

Repenser le secret ministériel

Yan Campagnolo

Volume 50, Number 1, 2020

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1070088ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1070088ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Campagnolo, Y. (2020). Repenser le secret ministériel. *Revue générale de droit*, 50(1), 5–37. <https://doi.org/10.7202/1070088ar>

Article abstract

This article describes the main shortcomings of the statutory framework regulating Cabinet secrecy in Canada and proposes solutions to address them. The first shortcoming is the indeterminacy of the term “Cabinet confidence” pursuant to sections 39 of the Canada Evidence Act and 69 of the Access to Information Act. Consequently, the executive has broad discretion to delineate the scope of Cabinet immunity. The second shortcoming stems from the absence of meaningful oversight and review mechanisms to prevent and correct possible abuses of this immunity by the executive. Based on the rule of law principle and an analysis of best practices in similar jurisdictions, the author makes recommendations to more clearly circumscribe the scope of Cabinet immunity and to ensure that claims of immunity are subject to meaningful review by an independent and impartial body. To that end, he proposes a narrower immunity, based on a criterion of injury, that could be justified only following an in-depth examination of the public interest. In addition, the author underscores the importance of excluding from the scope of the immunity any factual and contextual information underpinning government decisions that have been made public. Finally, he recommends that judges and the Information Commissioner of Canada be granted the power to examine Cabinet confidences when there is a dispute concerning the validity of a claim of immunity, and that judges be granted the additional power to compel production of those confidences when it is in the public interest.

Articles

Repenser le secret ministériel

YAN CAMPAGNOLO*

RÉSUMÉ

Le présent article décrit les principales lacunes du cadre législatif régissant le secret ministériel au Canada et propose des solutions pour y remédier. Une première lacune découle du caractère indéterminé du terme « renseignements confidentiels du Cabinet » aux articles 39 de la Loi sur la preuve au Canada et 69 de la Loi sur l'accès à l'information. Cela a pour conséquence de conférer à l'exécutif une vaste discrétion pour délimiter la portée de l'immunité du Cabinet. Une deuxième lacune résulte de l'absence de mécanismes de surveillance et de contrôle susceptibles d'empêcher et de corriger des revendications d'immunité potentiellement abusives de la part de l'exécutif. Sur la base du principe de la primauté du droit et d'une analyse des pratiques exemplaires dans les ressorts comparables, l'auteur formule des recommandations visant à mieux circonscrire l'immunité du Cabinet et à assujettir ses revendications à un véritable contrôle par un organisme indépendant et impartial. À cette fin, l'auteur préconise une immunité plus restreinte, fondée sur un critère de préjudice, dont la revendication pourrait uniquement se justifier à l'issue d'un examen approfondi de l'intérêt public. De plus, il insiste sur l'importance d'exclure de la portée de l'immunité les renseignements factuels et contextuels relatifs aux décisions gouvernementales ayant été rendues publiques. Finalement, il recommande de conférer aux juges et au commissaire à l'information du Canada le pouvoir d'examiner les renseignements confidentiels du Cabinet lorsque survient un différend sur la validité d'une revendication d'immunité, et d'accorder aux juges le pouvoir additionnel de contraindre la production de ces renseignements lorsque l'intérêt public le requiert.

* Professeur adjoint, Section de common law, Faculté de droit, Université d'Ottawa, et auteur du livre intitulé *Le secret ministériel: théorie et pratique*, publié par les Presses de l'Université Laval en 2020. Une version anglaise du présent article sera publiée dans le volume 13:3 de la *Revue de droit parlementaire et politique*. L'auteur tient à remercier les évaluateurs anonymes de la *Revue générale de droit* pour leurs judicieux commentaires sur une version antérieure de cet article.

MOTS-CLÉS :

Secret ministériel, immunité du Cabinet, renseignements confidentiels du Cabinet, réforme du droit, article 39 de la Loi sur la preuve au Canada, article 69 de la Loi sur l'accès à l'information.

ABSTRACT

This article describes the main shortcomings of the statutory framework regulating Cabinet secrecy in Canada and proposes solutions to address them. The first shortcoming is the indeterminacy of the term "Cabinet confidence" pursuant to sections 39 of the Canada Evidence Act and 69 of the Access to Information Act. Consequently, the executive has broad discretion to delineate the scope of Cabinet immunity. The second shortcoming stems from the absence of meaningful oversight and review mechanisms to prevent and correct possible abuses of this immunity by the executive. Based on the rule of law principle and an analysis of best practices in similar jurisdictions, the author makes recommendations to more clearly circumscribe the scope of Cabinet immunity and to ensure that claims of immunity are subject to meaningful review by an independent and impartial body. To that end, he proposes a narrower immunity, based on a criterion of injury, that could be justified only following an in-depth examination of the public interest. In addition, the author underscores the importance of excluding from the scope of the immunity any factual and contextual information underpinning government decisions that have been made public. Finally, he recommends that judges and the Information Commissioner of Canada be granted the power to examine Cabinet confidences when there is a dispute concerning the validity of a claim of immunity, and that judges be granted the additional power to compel production of those confidences when it is in the public interest.

KEY-WORDS:

Cabinet secrecy, Cabinet immunity, Cabinet confidence, law reform, section 39 of the Canada Evidence Act, section 69 of the Access to Information Act.

SOMMAIRE

Introduction.....	7
I. Contexte.....	7
II. Problématique.....	16
III. Recommandations.....	19
Conclusion.....	34
Annexe 1 : Article 39 de la <i>Loi sur la preuve au Canada</i>	36
Annexe 2 : Article 69 de la <i>Loi sur l'accès à l'information</i>	37

INTRODUCTION

Le secret ministériel est essentiel au bon fonctionnement du système de gouvernement responsable. Toutefois, à l'ordre fédéral au Canada, le Parlement a conféré aux « renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada » (ci-après « renseignements confidentiels du Cabinet ») un niveau de protection démesuré en comparaison avec les autres ressorts de type Westminster (c'est-à-dire le Royaume-Uni, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et l'ordre provincial au Canada). En effet, le régime législatif fédéral permet à l'exécutif d'empêcher pendant 20 ans la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet, tant dans le contexte du régime d'accès à l'information que dans le cadre de litiges. Le terme « renseignements confidentiels du Cabinet » y est défini de manière vague et non exhaustive, ce qui a pour conséquence de conférer une très vaste discrétion à l'exécutif pour délimiter la portée de l'immunité du Cabinet. De plus, le régime législatif prive le commissaire à l'information du Canada et les tribunaux du pouvoir d'examiner les renseignements protégés afin de déterminer si l'immunité a été revendiquée de manière raisonnable et de bonne foi par l'exécutif. La portée excessive du terme « renseignements confidentiels du Cabinet », jumelée à l'absence de mécanismes de surveillance et de contrôle adéquats, donne lieu à une application inappropriée de l'immunité. Sur la base du principe de la primauté du droit et des pratiques exemplaires dans les ressorts comparables, le présent article formule six recommandations visant à pallier ces problèmes, tout en conférant un niveau de protection adéquat au secret ministériel. L'article est divisé en trois sections qui exposent successivement le contexte, la problématique et les recommandations.

I. CONTEXTE

Les partis politiques sont souvent élus en promettant une ouverture et une transparence gouvernementales accrues. Toutefois, lorsqu'ils prennent le pouvoir, le voile du secret est rarement levé de manière importante. Les auteurs de la télésérie satirique de la BBC *Yes Minister* et *Yes Prime Minister* ont merveilleusement bien saisi cette dynamique dans le premier épisode intitulé [TRADUCTION] « Gouvernement ouvert ». La télésérie décrit la montée fulgurante du très honorable James Hacker, de simple député à ministre des Affaires administratives, puis à premier ministre du Royaume-Uni dans les années 1980. Dans le premier épisode, après avoir été assermenté, le ministre Hacker informe

son sous-ministre, sir Humphrey Appleby, que son parti politique a promis, lors de la campagne électorale, de favoriser l'ouverture gouvernementale et qu'il entend « fermement » respecter cette promesse :

[TRADUCTION] Nous avons besoin d'un nouveau balai. Nous ouvrirons les fenêtres et laisserons entrer un peu d'air frais. Nous mettrons fin aux dédales administratifs et rationaliserons la vieille machine bureaucratique grinçante. Nous ferons un grand ménage [...] par grand ménage et nouveau balai, je veux dire que nous favoriserons l'ouverture gouvernementale¹.

Par conséquent, lorsque le ministre Hacker apprend que son prédécesseur a approuvé l'achat de 1 000 écrans d'ordinateur fabriqués aux États-Unis, au prix de 10 000 livres sterling chacun, alors que le même produit est fabriqué dans sa circonscription électorale, où le taux de chômage est à la hausse, il décide de dénoncer publiquement ce regrettable contrat plutôt que de le cacher. Toutefois, après avoir mis la touche finale à son discours et demandé qu'il soit envoyé à la presse, le ministre Hacker reçoit une note de service du premier ministre qui l'informe de la signature imminente avec les États-Unis d'un important contrat commercial en matière d'armements. Il devient subitement très clair pour lui que son discours pourrait miner les relations anglo-américaines et déplaire au premier ministre. Préoccupé par l'incidence que son discours pourrait avoir sur son avenir en politique, le ministre Hacker décide d'abandonner son projet de critiquer le contrat et demande nerveusement à sir Humphrey s'il peut « étouffer » toute l'affaire. Heureusement pour lui, son discours était resté pris dans les dédales administratifs et n'avait pas été envoyé à la presse. Ce moment marque la fin de l'engagement « ferme » du ministre Hacker envers l'ouverture gouvernementale.

Au Canada, les promesses d'accroître l'ouverture gouvernementale ne sont pas plus rares dans la vraie vie. Dans le programme électoral du Parti conservateur du Canada en 2006, Stephen Harper a annoncé que « [l']heure de l'imputabilité » était enfin venue². Dans un style rappelant celui du ministre Hacker et en faisant référence aux nombreux scandales minant le Parti libéral du Canada, surtout celui des commandites qui faisait alors l'objet d'une enquête menée par le juge John

1. Jonathan Lynn et Antony Jay, *The Complete Yes Minister: The Diaries of a Cabinet Minister by the Right Hon. James Hacker MP*, Londres (R-U), Guild Publishing, 1990 aux pp 15–16.

2. Parti conservateur du Canada, *Changeons pour vrai*, Programme électoral fédéral, 2006 à la p 3 [Programme électoral du Parti conservateur de 2006].

Gomery³, M. Harper a promis de « faire le ménage au gouvernement » et de « remplacer la culture du “tout m’est dû” et de corruption par une culture d’imputabilité»⁴. Après avoir gagné l’élection générale de 2006, les conservateurs ont mis en œuvre certaines de leurs promesses électorales par l’adoption de la *Loi fédérale sur la responsabilité*⁵; toutefois, ils ont laissé de côté d’autres promesses qui auraient renforcé la *Loi sur l’accès à l’information*⁶ (ci-après « LAI »). En effet, ils n’ont pas : rendu l’exclusion des documents confidentiels du Cabinet sujette au pouvoir d’examen du commissaire à l’information; donné au commissaire le pouvoir d’ordonner la divulgation de renseignements gouvernementaux; fait en sorte que toutes les exceptions au droit d’accès soient justifiées par un critère de préjudice; ni ajouté à la LAI une clause imposant la divulgation de renseignements gouvernementaux lorsque l’intérêt public le requiert⁷. Les conservateurs n’ont donc pas respecté leurs promesses à cet égard.

À la suite de leur victoire électorale, les conservateurs ont souvent été critiqués pour leur manque de transparence, en particulier dans le cadre des débats relatifs (1) au traitement des prisonniers afghans en 2009–2010 et (2) aux coûts de projets de loi portant sur des mesures pénales, des baisses d’impôts pour les compagnies et l’achat d’avions de chasse F-35 en 2011. Dans ce dernier cas, les conservateurs ont invoqué le secret ministériel pour justifier leur décision de refuser la divulgation de renseignements demandés par le Comité permanent des finances de la Chambre des communes. Les députés des partis d’opposition ont contesté cette position, alléguant la nécessité de connaître le montant des propositions pour accomplir leur rôle constitutionnel, qui consiste à évaluer et à approuver les projets de loi. Cette confrontation a soulevé une question importante sur la gestion du secret ministériel au Canada : une décision de l’exécutif de garder confidentiels certains renseignements devrait-elle être assujettie à un pouvoir de surveillance et de contrôle indépendant de l’exécutif⁸? En

3. Voir le décret en conseil nommant le juge Gomery à titre de commissaire : CP 2004-110 (19 février 2004).

4. Programme électoral du Parti conservateur de 2006, *supra* note 2 à la p 3.

5. *Loi fédérale sur la responsabilité*, LC 2006, c 9.

6. *Loi sur l’accès à l’information*, LRC 1985, c A-1 [LAI].

7. Programme électoral du Parti conservateur de 2006, *supra* note 2 à la p 13.

8. Kristen Shane, « Time to Review “Cabinet Confidence,” Say MPs, Critics », *The Hill Times* (7 mars 2011).

l'absence de tout autre recours, et compte tenu de la position minoritaire des conservateurs au sein de la Chambre des communes, cette confrontation a finalement mené à l'adoption d'une motion d'outrage au Parlement et au déclenchement de l'élection générale de 2011⁹. Bien que les conservateurs aient finalement remporté cette élection et pu former un gouvernement majoritaire, leur réputation d'opacité a perduré¹⁰.

Au cours de l'élection générale de 2015, le Parti libéral du Canada a également promis, sans surprise, « un gouvernement ouvert et transparent »¹¹. Ses promesses les plus ambitieuses à cet égard visaient à rendre la *LAI* applicable au Bureau du premier ministre et aux bureaux des ministres, et à conférer au commissaire à l'information le pouvoir de rendre des ordonnances exécutoires de divulgation de renseignements gouvernementaux¹². À la suite de la victoire des libéraux, ces promesses ont été réitérées dans les lettres de mandat du premier ministre au président du Conseil du trésor ainsi qu'au ministre de la Justice et procureur général du Canada¹³. Néanmoins, les modifications apportées à la *LAI*, à l'initiative du gouvernement libéral, n'ont pas véritablement mis en œuvre ces promesses¹⁴. En date du 31 octobre 2019, le régime fédéral d'accès à l'information se classait au

9. *Débats de la Chambre des communes*, 40^e parl, 3^e sess, n^o 149 (25 mars 2011) à la p 1420. Voir aussi Heather MacIvor, « The Speaker's Ruling on Afghan Detainee Documents: The Last Hurrah for Parliamentary Privilege? » (2010) 19:1 *Const Forum Const* 129.

10. La Presse canadienne, « Conservatives Win "Most Secretive" Government Award », *CBC News* (29 avril 2012).

11. Parti libéral du Canada, *Le bon plan pour renforcer la classe moyenne*, Programme électoral fédéral, 2015 à la p 26, en ligne (pdf) : <www.liberal.ca/wp-content/uploads/2015/10/Le-bon-plan-pour-renforcer-la-classe-moyenne.pdf>.

12. *Ibid.* Contrairement aux conservateurs, les libéraux n'ont toutefois pas promis de réformer le secret ministériel.

13. Voir Lettre de mandat du président du Conseil du Trésor du Canada (12 novembre 2015); Lettre de mandat du ministre de la Justice et procureur général du Canada (12 novembre 2015).

14. Le 19 juin 2017, le président du Conseil du Trésor a déposé à la Chambre des communes le projet de loi C-58, la *Loi modifiant la Loi sur l'accès à l'information, la Loi sur la protection des renseignements personnels et d'autres lois en conséquence*, 42^e parl, 1^{re} sess, 2017. Ce dernier a reçu la sanction royale le 21 juin 2019 (LC 2019, c 18). À la suite d'une analyse détaillée du projet de loi, l'ancienne commissaire à l'information du Canada, Suzanne Legault, a conclu que les changements proposés n'avaient pas réellement pour effet de rendre la *LAI*, *supra* note 6, applicable au Bureau du premier ministre et aux bureaux des ministres, ni de conférer au commissaire à l'information le pouvoir de rendre des ordonnances exécutoires de divulgation de renseignements gouvernementaux. Selon elle, le projet de loi C-58 ne met donc pas en œuvre les promesses phares des libéraux en matière d'accès à l'information. Voir Commissaire à l'information du Canada, *Objectif transparence : la cible ratée* (septembre 2017), en ligne : <www.oic-ci.gc.ca/fr/ressources/rapports-publications/objectif-transparence-la-cible-ratee>.

58^e rang à l'échelle internationale et au 5^e rang à l'échelle nationale en termes d'ouverture et de transparence¹⁵. Comme l'a souligné l'ancien commissaire à l'information John Reid :

Les gouvernements ont le don de réveiller dans tout commissaire à l'information le sceptique qui sommeille. Maintes et maintes fois, régime après régime, scandale après scandale, les chefs de gouvernement suscitent des attentes toujours plus élevées en promettant davantage de responsabilisation et de transparence. Cependant, avec la même constance, les gouvernements conservent leur vive prédilection pour le secret [...]. Quand il s'agit de respecter le « droit de savoir » du public, les gouvernements trouvent extrêmement difficile de passer de la parole aux actes¹⁶.

L'ouverture et la transparence sont rarement une priorité pour les politiciens lorsqu'ils sont au pouvoir, et ce, quelle que soit leur affiliation politique. Il n'est généralement pas dans leur intérêt d'accroître la transparence puisqu'ils s'exposent ainsi à davantage de surveillance, de critiques et de responsabilité. Cela dit, la prédilection pour le secret n'est pas l'apanage de l'exécutif; on la retrouve aussi au sein du législatif et du judiciaire. En effet, les députés et les sénateurs reçoivent des avis confidentiels du personnel parlementaire et de leurs assistants. Les réunions des comités parlementaires et du Bureau de la régie interne de la Chambre des communes ont parfois lieu à huis clos¹⁷. Les réunions des caucus politiques sont, en principe, privées, à moins de circonstances exceptionnelles. De plus, les délibérations des juges ont lieu à huis clos. Par exemple, aux États-Unis, [TRADUCTION] « il est difficile d'imaginer des délibérations plus secrètes que celles qui ont lieu durant les réunions des juges de la Cour suprême »¹⁸. Les auxiliaires

15. Centre for Law and Democracy, *Global Right to Information Rating*, en ligne: <www.rti-rating.org/country-data>; Centre for Law and Democracy, *Canadian RTI Rating*, en ligne: <www.law-democracy.org/live/rti-rating/canada>.

16. Voir Commissaire à l'information du Canada, *Rapport annuel 2003–2004* à la p 3, en ligne: <publications.gc.ca/site/fra/9.502367/publications.html>.

17. Les réunions du Bureau de la régie interne de la Chambre des communes avaient traditionnellement lieu en privé. Cependant, depuis l'entrée en vigueur de l'article 51.1 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, LRC 1985, c P-1, le 22 juin 2017, ces réunions sont maintenant publiques, sauf dans les circonstances suivantes: le Bureau traite de questions portant sur la sécurité, l'emploi, les relations de travail ou les soumissions; les règlements administratifs du Bureau exigent qu'un dossier soit traité en privé; ou les membres présents du Bureau décident unanimement que la réunion doit avoir lieu en privé.

18. Mark J Rozell, *Executive Privilege: Presidential Power, Secrecy, and Accountability*, 3^e éd, Lawrence (Kansas), University Press of Kansas, 2010 à la p 53.

juridiques et le personnel des juges doivent respecter un strict engagement de confidentialité pour garder leur emploi. La situation est similaire au Canada¹⁹. Le professeur Mark Rozell soutient que le secret, dans le cadre du processus décisionnel, mène à de meilleures décisions que celles qui seraient prises à la suite d'un processus public. Ce qui importe, en fin de compte, est que le décideur justifie publiquement le [TRADUCTION] « résultat final », c'est-à-dire la décision prise à la suite du processus décisionnel, et qu'il en soit tenu responsable²⁰.

On dit souvent qu'un gouvernement ne peut fonctionner de manière complètement ouverte; il y a des raisons légitimes de préserver la confidentialité de certains renseignements²¹. Pour prendre un exemple évident, la divulgation à un ennemi de la stratégie militaire d'un État en temps de guerre porterait clairement préjudice à l'intérêt public de ce dernier. De manière analogue, un gouvernement devrait pouvoir protéger la confidentialité de son processus décisionnel interne, en particulier aux plus hauts échelons: [TRADUCTION] « Personne ne croit réellement que les réunions du Cabinet et les débats qui s'y déroulent devraient avoir lieu en présence de journalistes, de caméras de télévision et de tiers intéressés »²². Le premier ministre libéral de la Colombie-Britannique, Gordon Campbell, a introduit, sans succès, le concept de « Cabinet ouvert » à la suite de sa victoire électorale en 2001. Ces réunions « ouvertes » n'étaient pas de « vraies » réunions du Cabinet puisqu'elles ne donnaient lieu à aucun débat ou désaccord entre les ministres²³. Toutefois, bien qu'il existe des raisons légitimes de maintenir un certain niveau de confidentialité au sein du gouvernement, il y a aussi un risque que les agents publics cachent des renseignements pour des raisons illégitimes, afin d'éviter d'être gênés en public ou afin d'occulter un acte criminel, comme l'a fait le président américain Richard Nixon dans le cadre du scandale du Watergate²⁴. Dans le but de minimiser ce risque, il faut délimiter la portée légitime du secret

19. La Cour suprême du Canada a fait une analogie entre le secret ministériel et le secret judiciaire dans *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23 au para 40, [2010] 1 RCS 815.

20. Rozell, *supra* note 18 à la p 53.

21. Royaume-Uni, Comité Franks, *Report of the Departmental Committee on Section 2 of the Official Secrets Act 1911*, vol 1, Cmnd 5104, Londres (R-U), HMSO, 1972 au para 75.

22. Royaume-Uni, Comité Radcliffe, *Report of the Committee of Privy Councillors on Ministerial Memoirs*, Cmnd 6386, Londres (R-U), HMSO, 1976 au para 36 [*Report on Ministerial Memoirs*].

23. Graham White, *Cabinets and First Ministers*, Vancouver, UBC Press, 2005 à la p 116; Vaughn Palmer, « Open Cabinet: A Few Hits and What's Missing », *Vancouver Sun* (28 juin 2001).

24. *United States v Nixon*, 418 US 683 (1974).

gouvernemental et s'assurer que les décisions visant à empêcher la divulgation de renseignements soient assujetties à des mécanismes adéquats de surveillance et de contrôle.

Le présent article s'intéresse aux règles régissant le secret ministériel dans le système de gouvernement responsable de type Westminster. Il examine tout particulièrement le régime législatif fédéral au Canada. Le terme « secret ministériel » fait référence aux règles politiques (les conventions constitutionnelles) et aux règles juridiques (selon la common law et le droit législatif) qui visent à protéger la confidentialité du processus décisionnel collectif au sommet de l'exécutif.

D'un point de vue politique, dans le système de gouvernement responsable, selon lequel le gouvernement doit rendre des comptes à la Chambre des communes, les ministres ont besoin d'un forum (c'est-à-dire la salle de réunion du Cabinet) où ils peuvent librement proposer, débattre et décider des politiques et des actions du gouvernement. La confidentialité des travaux du Cabinet permet aux ministres de s'exprimer en toute franchise lors du processus délibératif²⁵. De plus, grâce à elle, les documents qui font état des opinions et des désaccords internes des ministres ne tombent pas entre les mains de leurs adversaires politiques, qui pourraient exploiter ces renseignements afin de miner la crédibilité du gouvernement et ainsi mettre en danger la capacité de ce dernier de préserver la confiance de la Chambre des communes. Le secret ministériel est essentiel au maintien de la solidarité ministérielle²⁶ et de la convention sur la responsabilité ministérielle collective²⁷. Historiquement, les tentatives d'assouplir la solidarité ministérielle, en permettant aux ministres de débattre des avantages et des inconvénients des initiatives gouvernementales avant qu'elles ne fassent l'objet d'un consensus au sein du Cabinet, comme l'a fait le premier ministre libéral Pierre Elliott Trudeau en 1968, ont échoué²⁸.

25. Voir Yan Campagnolo, « The Political Legitimacy of Cabinet Secrecy » (2017) 51:1 RJT 51 aux pp 66–67 [Campagnolo, « Legitimacy of Cabinet Secrecy »]. Voir aussi *Report on Ministerial Memoirs*, *supra* note 22 à la p 13.

26. Campagnolo, « Legitimacy of Cabinet Secrecy », *supra* note 25 aux pp 68–72. Voir aussi Robert MacGregor Dawson, *The Government of Canada*, 3^e éd révisée, Toronto, University of Toronto Press, 1957 à la p 219.

27. La convention sur la responsabilité ministérielle collective repose sur trois piliers interdépendants, c'est-à-dire l'obligation pour le gouvernement de préserver la confiance de la Chambre des communes, l'obligation pour les ministres d'être solidaires avec leurs collègues, et leur obligation de maintenir le secret des travaux du Cabinet.

28. *Débats de la Chambre des communes*, 28^e parl, 1^{re} sess, vol 5 (4 février 1969) à la p 5110. Voir aussi W A Matheson, *The Prime Minister and the Cabinet*, Toronto, Methuen, 1976 à la p 18.

En effet, les désaccords publics entre ministres donnent l'impression que le gouvernement est faible et désorganisé. En ce sens, il est possible de soutenir que le secret ministériel est [TRADUCTION] « un mal nécessaire dans la quête d'un processus décisionnel efficace et d'une bonne gouvernance »²⁹.

D'un point de vue juridique, la doctrine de l'immunité d'intérêt public selon la common law fournit à l'exécutif une justification pour refuser la divulgation de secrets du Cabinet lorsque l'intérêt public dans la saine administration du gouvernement (ci-après l'« intérêt du bon gouvernement ») l'emporte sur celui dans la saine administration de la justice (ci-après l'« intérêt de la justice »)³⁰. À l'ordre fédéral au Canada, la common law a été remplacée, de 1970 à 1982, par le régime législatif établi, à l'initiative du premier ministre Pierre Elliott Trudeau, au paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*³¹, et, depuis 1982, aux articles 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*³² (ci-après « LPC ») et 69 de la *LAI*³³. L'article 39 retire aux tribunaux le pouvoir d'examiner les renseignements confidentiels du Cabinet et d'en contraindre la production dans le cadre de litiges lorsque l'intérêt public le requiert (c'est-à-dire lorsque l'intérêt de la justice l'emporte sur celui du bon gouvernement)³⁴. Pour sa part, l'article 69 exclut les renseignements confidentiels du Cabinet de la portée de la *LAI* ainsi que de la compétence du commissaire à l'information et de la Cour fédérale³⁵. Ces dispositions rendent les renseignements confidentiels du Cabinet

29. White, *supra* note 23 à la p 141.

30. Voir généralement Yan Campagnolo, « A Rational Approach to Cabinet Immunity Under the Common Law » (2017) 55:1 Alta L Rev 43 [Campagnolo, « Rational Approach »]. Voir aussi Douglas C Hodgson, « Recent Developments in the Law of Public Interest Immunity: Cabinet Papers » (1987) 17:2 VUWLRL 53.

31. *Loi sur la Cour fédérale*, SRC 1970, 2^e supp, c 10. Le paragraphe 41(2) conférait une protection absolue aux documents susceptibles de dévoiler une « communication confidentielle du Conseil privé de la Reine pour le Canada » dans le cadre de litiges. Cette disposition a été abrogée en 1982.

32. *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5, art 39 [LPC], reproduit à l'annexe 1.

33. *LAI*, *supra* note 6, art 69, reproduit à l'annexe 2.

34. En comparaison, les juges ont le pouvoir d'examiner les renseignements relatifs aux relations internationales et à la défense et la sécurité nationales et de contraindre leur production dans le cadre de litiges. Voir les articles 38 à 38.17 de la *LPC*, *supra* note 32. Pour une discussion de l'historique et de la portée du régime législatif fédéral, voir Yan Campagnolo, « The History, Law and Practice of Cabinet Immunity in Canada » (2017) 47:2 RGD 239 [Campagnolo, « History of Cabinet Immunity »].

35. Voir généralement Campagnolo, « History of Cabinet Immunity », *supra* note 34.

inaccessibles pour une période de 20 ans³⁶. Parmi les ressorts de type Westminster étudiés dans le cadre de cet article, aucun autre ressort ne confère à ces renseignements un degré de protection aussi élevé.

Selon l'Organisation des Nations Unies, une saine gouvernance se mesure au moyen de plusieurs facteurs, tels que l'efficacité, la transparence, la responsabilité, la participation civile et le respect de la primauté du droit³⁷. Le secret ministériel favorise certainement l'efficacité gouvernementale. Si les travaux du Cabinet avaient lieu en public, cela aurait pour conséquence d'accroître la pression publique exercée sur les ministres par les parties prenantes et de susciter des critiques partisans de la part d'opposants politiques. Et, en fin de compte, cela aurait pour effet de paralyser le processus décisionnel collectif³⁸.

Toutefois, bien que le secret ministériel favorise l'efficacité gouvernementale, et non la transparence et la responsabilité gouvernementales, il nuit, dans une certaine mesure, à la participation civile et à la primauté du droit. En effet, les citoyens, les parlementaires (c'est-à-dire les députés et les sénateurs) et les juges doivent être en mesure d'accéder à l'information gouvernementale afin d'accomplir leurs devoirs civiques et constitutionnels³⁹. Tout d'abord, l'accès à l'information permet aux citoyens de participer pleinement au processus démocratique en exprimant des opinions informées sur les affaires publiques et en exerçant, le moment venu, leur droit de vote de façon éclairée⁴⁰. Dans cette optique, la presse joue un rôle crucial en communiquant aux citoyens les renseignements pertinents à cet égard. Ensuite, l'accès à l'information permet aux parlementaires d'accomplir leur rôle constitutionnel d'évaluer et d'approuver les projets de loi et les dépenses gouvernementales. Enfin, il permet aux juges de se prononcer de manière équitable, dans le cadre de litiges contre le gouvernement, en tenant compte de l'ensemble de la preuve pertinente, évitant ainsi

36. Voir les alinéas 39(4)a) de la *LPC*, *supra* note 32, et 69(3)a) de la *LAI*, *supra* note 6.

37. Organisation des Nations unies, Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique, «What Is Good Governance?» (10 juillet 2009), en ligne (pdf): <www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>.

38. Campagnolo, «Legitimacy of Cabinet Secrecy», *supra* note 25 aux pp 67–68. Voir aussi *Conway v Rimmer*, [1968] UKHL 2, [1968] AC 910 à la p 952.

39. Donald C Rowat, «How Much Administrative Secrecy?» (1965) 31:4 *Canadian Journal of Economics and Political Science* 479 à la p 480. Voir aussi *Dagg c Canada (Ministre des Finances)*, 2011 CSC 25 au para 61, [1997] 2 RCS 403.

40. Vincent Kazmierski, «Something to Talk About: Is There a Charter Right to Access Government Information?» (2008) 31:2 *Dal LJ* 351.

les dénis de justice. L'accès à l'information gouvernementale habilite donc les citoyens, les parlementaires et les juges à tenir le gouvernement responsable de ses politiques et ses actions. Et, au terme de plusieurs années, l'accès à certaines archives (contenant des renseignements antérieurement sensibles) permet aux chercheurs de donner vie à notre histoire nationale et de tirer des leçons importantes pour les générations futures⁴¹.

II. PROBLÉMATIQUE

Dans ce contexte, le régime législatif protégeant le secret ministériel au Canada pose deux problèmes. Le premier problème est celui de la portée excessivement large du régime. Les articles 39 de la *LPC* et 69 de la *LAI* protègent les « renseignements confidentiels du Cabinet » en tant que « catégorie » de renseignements, sans définir de façon substantielle le sens de cette expression⁴². Ces dispositions établissent une liste non exhaustive de documents dans lesquels de tels renseignements peuvent se trouver, c'est-à-dire : les mémoires au Cabinet; les documents de travail; les ordres du jour, les procès-verbaux des réunions du Cabinet et les comptes rendus des décisions prises; les communications entre les ministres quant aux travaux du Cabinet; les notes de breffage à l'intention des ministres relativement aux travaux du Cabinet; les avant-projets de loi et les projets de règlement; et les autres documents connexes⁴³. En 2017–2018, plus de 75 % des documents exclus en application de l'article 69 de la *LAI* tombaient dans la catégorie imprécise des « autres documents connexes »⁴⁴. Le caractère indéterminé de l'expression « renseignements confidentiels du Cabinet » confère aux agents publics une vaste discrétion leur permettant de protéger tout document possédant un lien, aussi ténu soit-il, avec le processus décisionnel collectif, ce qui conduit à une application

41. Voir notamment Dave Seglins et Jeremy McDonald, « Government Accused of Hoarding Canadian History in "Secret" Archives », *CBC News* (25 mai 2017).

42. Nicholas d'Ombain, « Cabinet Secrecy », (2004) 47:3 *Administration publique du Canada* 332 à la p 343.

43. La catégorie des « autres documents connexes » est celle visée par le paragraphe 39(2) de la *LPC*, *supra* note 32, et l'alinéa 69(1)g) de la *LAI*, *supra* note 6.

44. Voir Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, *Rapport statistique sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels pour l'exercice de 2017 à 2018*, en ligne : <www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/acces-information-protection-reseignements-personnels/statistiques-airpp/rapport-statistique-acces-information-protection-reseignements-personnels-exercice-2017-2018.html>.

inappropriée de l'immunité⁴⁵. De surcroît, dans le contexte du régime d'accès à l'information, l'exercice de cette discrétion est, depuis 2013, décentralisé au sein de chaque ministère, ce qui ne favorise pas une application cohérente de l'article 69 de la LAI⁴⁶.

L'exemple le plus flagrant d'application abusive de l'immunité du Cabinet par le gouvernement est la façon dont ce dernier a contourné au fil des ans l'« exception relative aux documents de travail ». Un document de travail était un document destiné à « présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil »⁴⁷. Ce type de document était utilisé à des fins de consultation et ne révélait aucune opinion ou recommandation ministérielle. Aux termes des alinéas 39(4)b) et 69(3)b) de la LAI, les documents de travail devenaient publiquement accessibles lorsque le Cabinet annonçait sa décision sur un sujet donné (ou, à défaut de publicité, lorsque la décision avait été prise au moins quatre ans auparavant). Or, en 1984, le premier ministre Pierre Elliott Trudeau a décidé qu'on ne rédigerait plus de documents de ce type. Le gouvernement a dès lors commencé à inclure les renseignements factuels et contextuels (qui se trouvaient auparavant dans les documents de travail) dans la section « Analyse » des mémoires au Cabinet — une catégorie de documents protégée durant 20 ans — et il a cessé d'appliquer l'exception relative aux documents de travail. En 2003, cette extension démesurée de l'immunité du Cabinet a été contestée avec succès devant la Cour d'appel fédérale⁴⁸. Le gouvernement a donc été obligé de divulguer la section « Analyse » des mémoires au Cabinet en application de l'exception relative aux documents de travail, et ce, jusqu'à ce que le premier ministre conservateur Stephen Harper décide de l'abolir en 2012⁴⁹. Les renseignements

45. Campagnolo, « History of Cabinet Immunity », *supra* note 34 aux pp 267–68; Ken Rubin, *Access to Cabinet Confidences: Some Experiences and Proposals to Restrict Cabinet Confidentiality Claims*, Ottawa (septembre 1986). Voir aussi les rapports annuels du commissaire à l'information des années 1992–1993, 1996–1997, 1999–2000 et 2000–2001, qui contiennent plusieurs exemples d'applications inappropriées de l'immunité du Cabinet, en ligne : <publications.gc.ca/site/fr/9.502367/publication.html>.

46. Voir Campagnolo, « History of Cabinet Immunity », *supra* note 34 aux pp 289–90. En comparaison, d'un point de vue pratique, seul le greffier du Conseil privé peut revendiquer l'immunité du Cabinet dans le cadre de litiges, ce qui favorise une application plus cohérente de l'article 39 de la LPC, *supra* note 32. *Ibid* aux pp 281–82.

47. Voir les alinéas 39(2)b) de la LPC, *supra* note 32, et 69(1)b) de la LAI, *supra* note 6.

48. *Canada (Commissaire à l'information) c Canada (Ministre de l'Environnement)*, [2001] 3 CF 514, confirmée par 2003 CAF 68.

49. Ken Rubin, « Harper's Cabinet Need Not Have Any Background Facts, Reinforces Greater Cabinet Secrecy », *The Hill Times* (14 avril 2014) à la p 15.

factuels et contextuels, ainsi que les opinions et recommandations ministérielles sont désormais entremêlés. Il est donc devenu difficile d'appliquer cette exception conformément à l'intention initiale du Parlement⁵⁰.

Le deuxième problème résulte de l'absence de mécanismes adéquats de surveillance et de contrôle des décisions de l'exécutif visant à refuser l'accès à l'information sur la base de l'immunité du Cabinet. Dans le cadre de procédures parlementaires, comme il a été démontré avec l'incident de 2011 relatif au refus des conservateurs de dévoiler les coûts de mesures pénales, de baisses d'impôts pour les compagnies et de l'achat des avions F-35, la Chambre des communes ne peut contraindre le gouvernement à divulguer les renseignements pertinents; elle peut uniquement le sanctionner pour outrage, dans la mesure où le gouvernement est minoritaire. Hormis cette sanction extrême, il n'existe aucune procédure de règlement des différends pour gérer ce type de conflit entre l'exécutif et le législatif. Dans le cadre de litiges, les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'examiner les renseignements afin de déterminer s'il s'agit véritablement de renseignements confidentiels du Cabinet dont la divulgation devrait être refusée dans l'intérêt public. Cette limite au pouvoir des juges est incompatible avec le principe de la primauté du droit. Elle serait même possiblement inconstitutionnelle⁵¹, bien que la Cour suprême du Canada n'ait pas, à ce jour, entériné cette position⁵². De même, aux termes de la *LAI*, le

50. Campagnolo, «History of Cabinet Immunity», *supra* note 34 aux pp 273–79.

51. Voir généralement Yan Campagnolo, «Cabinet Immunity in Canada: The Legal Black Hole» (2017) 63:2 RD McGill 201 [Campagnolo, «Legal Black Hole»]. Ce texte soutient que l'article 39 de la *LPC*, *supra* note 32, est inopérant en s'appuyant sur deux arguments : en premier lieu, le processus décisionnel établi par l'article 39 n'est pas compatible avec l'obligation d'agir équitablement, protégée par l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, SC 1960, c 44; et, en deuxième lieu, l'article 39 empiète sur la compétence et les pouvoirs inhérents des cours supérieures provinciales, protégés par l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5 [*Loi constitutionnelle de 1867*].

52. *Babcock c Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57 aux para 53–61, [2002] 3 RCS 3 [*Babcock*]. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a affirmé que le caractère quasi absolu de l'immunité du Cabinet, à l'article 39 de la *LPC*, *supra* note 32, ne viole pas les principes constitutionnels non écrits de la primauté du droit, de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance judiciaire. En se fondant sur des considérations historiques et sur l'existence d'une forme minimale de contrôle judiciaire, la Cour a ajouté que le régime législatif ne change pas fondamentalement la relation entre les pouvoirs exécutif et judiciaire de l'État. Toutefois, l'arrêt *Babcock* n'est pas cohérent, à cet égard, avec l'arrêt *Carey c Ontario*, [1986] 2 RCS 637 à la p 654, où la Cour a conclu, en se prononçant sur la doctrine de l'immunité du Cabinet selon la common law, qu'il serait « incompatible avec les rapports qui, de par la Constitution, doivent exister entre le pouvoir exécutif et les tribunaux de notre pays » de priver ces derniers du pouvoir d'examiner et de contraindre la production de documents du Cabinet.

commissaire à l'information et la Cour fédérale ne peuvent examiner les renseignements confidentiels du Cabinet. L'absence de mécanismes adéquats de surveillance et de contrôle, jumelée à la portée excessivement large du régime législatif, a pour effet de créer un « trou noir juridique ».

III. RECOMMANDATIONS

À la lumière de ce qui précède, quelles modifications devraient être apportées pour améliorer le régime législatif fédéral? Il s'agit de concevoir un système qui pourra protéger les renseignements confidentiels du Cabinet tout en respectant le principe de la primauté du droit. Ce système devrait aussi être compatible avec les pratiques exemplaires des ressorts de type Westminster. Comment peut-on maximiser l'intérêt public dans la saine administration de la justice ainsi que dans la transparence et la responsabilité gouvernementales, tout en veillant à ce que les travaux du Cabinet soient suffisamment protégés? Les six recommandations suivantes, qui sont pertinentes à la fois pour l'article 39 de la *LPC* et pour l'article 69 de la *LAI*, sont divisées en deux groupes. Les recommandations n^{os} 1, 2, 3 et 4 cherchent à garantir la proportionnalité de la portée de l'immunité du Cabinet à l'objectif qu'elle vise, c'est-à-dire assurer le bon fonctionnement du système de gouvernement responsable. Pour leur part, les recommandations n^{os} 5 et 6 cherchent à veiller à ce que les revendications d'immunité du Cabinet soient assujetties à des mécanismes adéquats de surveillance et de contrôle.

Recommandation n^o 1

Les renseignements confidentiels du Cabinet devraient être protégés sur la base d'un critère fondé sur le préjudice plutôt que sur la catégorie.

À l'heure actuelle, le régime législatif fédéral protège les renseignements confidentiels du Cabinet en fonction d'un critère fondé sur la « catégorie » plutôt que sur le « préjudice ». Ainsi, tout document réputé contenir des renseignements confidentiels du Cabinet est susceptible d'être protégé pour une période de 20 ans : le préjudice potentiel que sa divulgation pourrait causer à l'intérêt du bon gouvernement est tenu pour acquis plutôt que démontré. L'évaluation porte strictement sur la présence ou non de renseignements confidentiels du Cabinet dans les documents. L'absence de définition substantielle de cette

expression dans les lois pertinentes mène à une interprétation trop large de la catégorie⁵³. Pour limiter la portée de l'immunité du Cabinet, certains ressorts ont défini les renseignements confidentiels du Cabinet comme des renseignements qui « révèlent le contenu des délibérations du Cabinet » (Alberta⁵⁴, Colombie-Britannique⁵⁵, Île-du-Prince-Édouard⁵⁶, Manitoba⁵⁷, Nouveau-Brunswick⁵⁸, Nouvelle-Écosse⁵⁹, Ontario⁶⁰, Terre-Neuve-et-Labrador⁶¹ et Australie⁶²). Les dispositions législatives de ces ressorts contiennent toutefois une liste non exhaustive de documents (comme celles qui se trouvent aux paragraphes 39(2) de la *LPC* et 69(1) de la *LAI*), qui sont présumés « révéler le contenu des délibérations du Cabinet ». Tout renseignement ayant un lien, aussi ténu soit-il, avec le processus décisionnel collectif peut donc être protégé par l'immunité du Cabinet⁶³. Même si cette approche a reçu l'aval de comités parlementaires⁶⁴, de commissaires

53. Cela a été reconnu par un groupe de travail gouvernemental qui avait pour mandat de moderniser la *LAI*, *supra* note 6. Voir Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Accès à l'information : comment mieux servir les Canadiens* (juin 2002) aux pp 48–49, en ligne (pdf) : <publications.gc.ca/collections/Collection/BT22-83-2002F.pdf> [Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Rapport de 2002*].

54. *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSA 2000, c F-25, art 22(1) [*Loi de l'Alberta*].

55. *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSBC 1996, c 165, art 12(1) [*Loi de la Colombie-Britannique*].

56. *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSPEI 1988, c F-15.01, art 20(1) [*Loi de l'Île-du-Prince-Édouard*].

57. *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, CPLM, c F175, art 19(1) [*Loi du Manitoba*].

58. *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, LN-B 2009, c R-10.6, art 17(1) [*Loi du Nouveau-Brunswick*].

59. *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, SNS 1993, c 5, art 13(1) [*Loi de la Nouvelle-Écosse*].

60. *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, LRO 1990, c F.31, art 12(1) [*Loi de l'Ontario*].

61. *Access to Information and Protection of Privacy Act*, 2015, SNL 2015, c A-1.2, art 27(2)(b) [*Loi de Terre-Neuve-et-Labrador*].

62. *Freedom of Information Act 1982* (Cth), N° 3, art 34(3) [*Loi de l'Australie*].

63. Cela dit, les ressorts ayant adopté cette approche ont tenté de limiter la portée de l'immunité du Cabinet en précisant que les documents doivent avoir été « soumis ou préparés dans le but d'être soumis » au Cabinet ou doivent être « directement liés » au processus décisionnel collectif.

64. Voir Chambre des communes, Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, *Une question à deux volets : comment améliorer le droit d'accès à l'information tout en renforçant les mesures de protection des renseignements personnels*, Ottawa, Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1987 aux pp 38–39 [Chambre des communes, *Rapport de 1987*]; Chambre des communes, Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels

à l'information⁶⁵ et de groupes de travail gouvernementaux⁶⁶, on peut douter que son adoption limiterait véritablement la portée de l'immunité du Cabinet.

L'expression « renseignements confidentiels du Cabinet » est difficile à définir puisque toutes sortes de documents sont liées, directement ou non, au processus décisionnel collectif au sein de l'exécutif. Il est toutefois possible d'éviter ce problème en faisant reposer la protection sur un critère fondé sur le préjudice plutôt que sur la catégorie du document en cause⁶⁷. En appliquant un critère fondé sur le préjudice, un renseignement ne serait protégé que si sa divulgation porte réellement atteinte : (1) à la convention sur la responsabilité ministérielle collective; (2) à la franchise des discussions au sein du Cabinet; ou (3) à l'efficacité du processus décisionnel du Cabinet. Cette approche, adoptée au Royaume-Uni⁶⁸ et en Nouvelle-Zélande⁶⁹, énoncerait de manière explicite les raisons fondées sur l'intérêt public qui sous-tendent le secret ministériel. Les renseignements ne seraient plus protégés uniquement parce qu'ils appartiennent à la catégorie très vaste des renseignements confidentiels du Cabinet; ils le seraient plutôt parce que leur divulgation nuirait à l'intérêt du bon gouvernement. Des changements

et de l'éthique, *Examen de la Loi sur l'accès à l'information* (juin 2016) à la p 38, en ligne : <www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/ETHI/rapport-2> [Chambre des communes, *Rapport de 2016*].

65. Voir Commissaire à l'information du Canada, *Rapport annuel 1995–1996* aux pp 44–46, en ligne : <publications.gc.ca/site/fra/9.502367/publications.html> [CIC, *Rapport annuel 1995–1996*]; Commissaire à l'information du Canada, *Rapport annuel : 2000–2001* aux pp 54–55, en ligne (pdf) : <publications.gc.ca/site/fra/9.502367/publications.html> [CIC, *Rapport annuel 2000–2001*]; Commissaire à l'information du Canada, *Modifications proposées sur l'accès à l'information : présentation au Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique* (septembre 2005), art 69, [CIC, *Rapport de 2005*]; Commissaire à l'information du Canada, *Viser juste pour la transparence – Recommandations pour moderniser la Loi sur l'accès à l'information* (mars 2015) aux pp 64–65, en ligne : <www.oic-ci.gc.ca/fr/ressources/rapports-publications/2015-viser-juste-pour-la-transparence> [CIC, *Rapport de 2015*].

66. Voir Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Rapport de 2002*, supra note 53 à la p 48; Ministère de la Justice du Canada, *Un cadre compréhensif concernant la réforme de l'accès à l'information* (avril 2005) à la p 15, en ligne (pdf) : <www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/aiprp-atip/aai-ati/aai-ati.pdf> [Justice Canada, *Rapport de 2005*].

67. Au fil des années, seul un comité de la Chambre des communes a recommandé l'adoption d'un critère fondé sur le préjudice pour la protection des renseignements confidentiels du Cabinet. Voir généralement Bibliothèque du Parlement, *La Loi sur l'accès à l'information et les propositions de réforme*, Publication n° 2005-55-F (6 juin 2012) à la p 4, en ligne (pdf) : <publications.gc.ca/collections/collection_2012/bdp-lop/bp/2005-55-fra.pdf> [Bibliothèque du Parlement, *Rapport de 2012*].

68. *Freedom of Information Act 2000* (R-U), c 36, art 36(2) [*Loi du Royaume-Uni*].

69. *Official Information Act 1982* (N-Z), 1982/156, art 9(2)(f)–(g) [*Loi de la Nouvelle-Zélande*].

apportés par le gouvernement dans la structure du système de dossiers du Cabinet (comme les types de documents du Cabinet, leurs noms et leurs formats), comme cela s'est produit pour les documents de travail, n'auraient aucune incidence sur le degré de protection des renseignements confidentiels du Cabinet. Par conséquent, la portée de l'immunité du Cabinet en droit législatif serait compatible avec les conventions constitutionnelles⁷⁰ et la common law⁷¹.

Recommandation n° 2

L'immunité du Cabinet ne devrait pas s'appliquer lorsque l'intérêt public pour la divulgation l'emporte sur l'intérêt public qui s'y oppose.

Le régime législatif fédéral ne prévoit pas explicitement que le gouvernement doit examiner les aspects divergents de l'intérêt public avant de protéger les renseignements confidentiels du Cabinet, comme il le fait pour d'autres types de renseignements⁷². La Cour suprême du Canada a interprété l'article 39 de la *LPC* de telle sorte qu'il comprend l'examen de l'intérêt public dans le cadre de litiges⁷³. À l'heure actuelle, il n'existe toutefois aucune exigence similaire pour l'application de l'article 69 de la *LAI*. Or, comme l'immunité du Cabinet en est une d'intérêt public, elle ne devrait être revendiquée que lorsque l'intérêt public à ce que les renseignements restent confidentiels l'emporte sur l'intérêt public à ce qu'ils soient divulgués. Cela explique pourquoi les lois relatives à l'accès à l'information de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Nouvelle-Écosse, de l'Ontario, de Terre-Neuve-et-Labrador, du Yukon, du Royaume-Uni et de la Nouvelle-Zélande contiennent une disposition qui consacre la « primauté de l'intérêt public »⁷⁴, dont la portée s'étend

70. Voir Campagnolo, « Legitimacy of Cabinet Secrecy », *supra* note 25 aux pp 58–72.

71. Voir Campagnolo, « Rational Approach », *supra* note 30 aux pp 54–68.

72. Voir par ex le paragraphe 20(6) de la *LAI*, *supra* note 6, et l'alinéa 8(2)m) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, LRC 1985, c P-21.

73. *Babcock*, *supra* note 52 aux para 22, 28. Voir aussi les paragraphes 37(5) et 38.06(2) de la *LPC*, *supra* note 32.

74. La primauté de l'intérêt public s'applique de manière générale dans les lois suivantes : *Loi de l'Alberta*, *supra* note 54, art 32(1); *Loi de la Colombie-Britannique*, *supra* note 55, art 25(1); *Loi de l'Île-du-Prince-Édouard*, *supra* note 56, art 30(1); *Loi de la Nouvelle-Écosse*, *supra* note 59, art 31(1); *Loi de Terre-Neuve-et-Labrador*, *supra* note 61, art 27(3). La primauté de l'intérêt public s'applique de manière limitée, en situation de « grave danger pour la santé ou la sécurité du public ou pour l'environnement », dans les lois suivantes : *Loi de l'Ontario*, *supra* note 60, art 11(1); *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, LRY 2002, c 1, art 28(1) [*Loi du Yukon*]. Suivant la

notamment aux documents du Cabinet. Plusieurs commissaires à l'information ont préconisé l'ajout d'une telle disposition — qui s'appliquerait à toutes les catégories de documents — dans la LAI⁷⁵. Ce type d'exception requerrait la divulgation de documents du Cabinet, en dépit du préjudice que cela pourrait causer à l'intérêt du bon gouvernement, lorsque l'intérêt public dans la transparence gouvernementale l'emporte. Une disposition qui consacre la primauté de l'intérêt public dans la LAI pourrait s'appliquer, par exemple, lorsque la divulgation des documents est nécessaire pour éviter « un grave danger pour la santé ou la sécurité du public ou pour l'environnement »⁷⁶, ou encore pour faire la lumière sur des allégations crédibles de conduites répréhensibles, de mauvaise gestion ou d'actes criminels⁷⁷. La protection des documents du Cabinet, sur la base d'un critère fondé sur le préjudice et la primauté de l'intérêt public, suppose que ce type de documents devrait faire l'objet d'une exception « discrétionnaire ».

Recommandation n° 3

L'immunité du Cabinet ne devrait pas servir à protéger les renseignements factuels et contextuels, relatifs à une décision qui a été rendue publique.

À l'heure actuelle, le régime législatif fédéral prévoit une exception relative aux « documents de travail destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil »⁷⁸. Les documents de travail peuvent être divulgués lorsque la décision sous-jacente a été rendue publique ou, à défaut de publicité, lorsqu'elle a été prise au moins quatre ans auparavant⁷⁹. Certaines lois provinciales

Loi du Royaume-Uni, supra note 68, arts 2(2)(b), 35–36, et la *Loi de la Nouvelle-Zélande*, supra note 69, arts 9(1), 9(2)(f), 9(2)(g), les dispositions qui consacrent la primauté de l'intérêt public s'appliquent uniquement à certaines exceptions, dont celles qui protègent les documents du Cabinet.

75. CIC, *Rapport annuel 1995–1996*, supra note 65 aux pp 52–53; CIC, *Rapport annuel 2000–2001*, supra note 65 aux pp 59–60; CIC, *Rapport de 2005*, supra note 65, art 2.3; CIC, *Rapport de 2015*, supra note 65 aux pp 63–64.

76. *Loi de l'Ontario*, supra note 60, art 11(1); *Loi du Yukon*, supra note 74, art 28(1).

77. Comme cela était le cas dans le contexte des commissions d'enquête McDonald, Gomery et Oliphant ainsi que des poursuites criminelles contre les anciens ministres André Bissonnette (progressiste-conservateur) et John Munro (libéral). Voir Campagnolo, « Legitimacy of Cabinet Secrecy », supra note 25 aux pp 91–95.

78. Voir les alinéas 39(2)(b) de la LPC, supra note 32, et 69(1)(b) de la LAI, supra note 6.

79. Voir les alinéas 39(4)(b) de la LPC, supra note 32, et 69(3)(b) de la LAI, supra note 6.

contiennent une exception similaire⁸⁰. Cependant, le gouvernement fédéral a modifié le système de dossiers du Cabinet, ce qui a eu pour conséquence de contrecarrer l'application de cette exception. En pratique, pour que l'exception s'applique, il faudrait modifier le format des documents du Cabinet de manière à garantir que les renseignements factuels et contextuels (les secrets périphériques) puissent être séparés des opinions et des recommandations ministérielles (les secrets fondamentaux)⁸¹. En effet, [TRADUCTION] « [empêcher] la divulgation de faits n'est pas conforme à l'objet de la convention sur le secret des délibérations du Cabinet »⁸². Les juges, les parlementaires, les journalistes, les citoyens et les plaideurs ont besoin des faits pour tenir le gouvernement responsable. L'accès aux renseignements factuels et contextuels qui sous-tendent les dispositions législatives favoriserait aussi un meilleur dialogue institutionnel entre les trois branches de l'État⁸³. Une exception au secret ministériel pour ce type de renseignement a reçu l'aval de tous les rapports qui ont proposé des projets de réforme visant à moderniser le régime législatif fédéral⁸⁴. Il y aurait lieu d'envisager de

80. *Loi de l'Alberta*, *supra* note 54, art 22(2)(c); *Loi de la Colombie-Britannique*, *supra* note 55, art 12(2)(c); *Loi de la Nouvelle-Écosse*, *supra* note 59, art 13(2)(c); *Loi de l'Ontario*, *supra* note 60, art 12(1)(c); *Loi de Terre-Neuve-et-Labrador*, *supra* note 61, art 27(1)(d); *Loi du Yukon*, *supra* note 74, art 15(2)(c). Voir aussi : *Loi du Royaume-Uni*, *supra* note 68, arts 35(2) et 35(4); *Loi de l'Australie*, *supra* note 62, art 34(6).

81. Les secrets du Cabinet se divisent en deux catégories : les secrets fondamentaux et les secrets périphériques. Les « secrets fondamentaux » renvoient aux renseignements qui révèlent les opinions personnelles exprimées par les ministres durant les délibérations sur les politiques et les actions du gouvernement. Pour leur part, les « secrets périphériques » visent les renseignements relatifs au processus décisionnel collectif qui ne révèlent pas les opinions personnelles exprimées par les ministres lors des délibérations (par exemple, les renseignements factuels et contextuels). Puisque les secrets fondamentaux sont plus sensibles que les secrets périphériques, ils méritent une plus grande protection. Voir Campagnolo, « Legitimacy of Cabinet Secrecy », *supra* note 25 aux pp 65–66.

82. d'Ombrain, *supra* note 42 à la p 352. Voir aussi S I Bushnell, « Crown Privilege » (1973) 51:4 R of B Can 551 aux pp 581–82.

83. Sur la théorie du dialogue, voir généralement Kent Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, éd révisée, Toronto, Irwin Law, 2016. L'accès aux renseignements factuels et contextuels sur lesquels se fondent les politiques gouvernementales promouvrait aussi un meilleur dialogue entre les décideurs administratifs et les justiciables assujettis à leur pouvoir discrétionnaire. Voir Geneviève Cartier, « Administrative Discretion as Dialogue: A Response to John Willis (or: From Theology to Secularization) » (2005) 55:3 UTLJ 629.

84. Chambre des communes, *Rapport de 1987*, *supra* note 64 à la p 37; Commissaire à l'information du Canada, *Rapport annuel 1993–1994* à la p 28, en ligne : <publications/gc/ca/site/fra/9.502367/publications.html> [CIC, *Rapport annuel 1993–1994*]; CIC, *Rapport annuel 1995–1996*, *supra* note 65 aux pp 48–50; CIC, *Rapport annuel 2000–2001*, *supra* note 65 aux pp 57–58; Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Rapport de 2002*, *supra* note 53 aux pp 48–49; CIC, *Rapport de 2005*, *supra* note 65, art 69; CIC, *Rapport de 2015*, *supra* note 65 à la p 65; Chambre des communes, *Rapport de 2016*, *supra* note 64 à la p 38.

créer une exception similaire pour les documents officiels du Cabinet, qui ont une valeur probante et qui ne révèlent pas de secrets fondamentaux, comme ceux dans lesquels sont consignées les décisions du Cabinet et celles du Conseil du Trésor⁸⁵.

Recommandation n° 4

L'immunité du Cabinet ne devrait pas s'appliquer à une période qui excède la durée attendue de la carrière politique d'un ministre.

Le régime législatif fédéral comprend une exception applicable aux renseignements confidentiels du Cabinet « dont l'existence remonte à plus de vingt ans »⁸⁶. À l'instar des conventions constitutionnelles⁸⁷ et de la common law⁸⁸, le droit législatif⁸⁹ reconnaît que la sensibilité des renseignements confidentiels du Cabinet diminue avec le passage du temps. Les régimes provinciaux d'accès à l'information ainsi que ceux du Royaume-Uni, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande prévoient la protection des renseignements confidentiels du Cabinet durant une période allant de 10 à 25 ans⁹⁰. Plusieurs comités parlementaires, commissaires à l'information et groupes de travail gouvernementaux ont recommandé de réduire la durée de la protection à 15 ans à l'ordre

85. CIC, *Rapport de 2005*, supra note 65, art 69.

86. Voir les alinéas 39(4)a) de la LPC, supra note 32, et 69(3)a) de la LAI, supra note 6.

87. Voir Campagnolo, « Legitimacy of Cabinet Secrecy », supra note 25 aux pp 84–91.

88. Voir Campagnolo, « Rational Approach », supra note 30 aux pp 54–68.

89. Voir Campagnolo, « History of Cabinet Immunity », supra note 34 aux pp 271–73.

90. 10 ans: *Loi de la Nouvelle-Écosse*, supra note 59, art 13(2)(a).

15 ans: *Loi de l'Alberta*, supra note 54, art 22(2)(a); *Loi de la Colombie-Britannique*, supra note 55, art 12(2)(a); *Loi de l'Île-du-Prince-Édouard*, supra note 56, art 20(2)(a); *Loi du Nouveau-Brunswick*, supra note 58, art 17(2) (toutefois, après 15 ans, la divulgation ne peut se faire qu'avec l'approbation du Conseil exécutif); *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, LTN-O (Nu.) 1994, c 20, art 13(3) [*Loi du Nunavut*]; *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, LTN-O 1994, c 20, art 13(2) [*Loi des Territoires du Nord-Ouest*]; *Loi du Yukon*, supra note 74, art 15(2)a).

20 ans: *Loi du Manitoba*, supra note 57, art 19(2)a); *Loi de l'Ontario*, supra note 60, art 12(2) a); *Loi de Terre-Neuve-et-Labrador*, supra note 61, art 27(4)a); *Loi du Royaume-Uni*, supra note 68, art 62(1).

21 ans: *Archives Act 1983* (Cth), N° 79, art 3(7) (Australie), sauf pour les cahiers de notes du Cabinet qui sont protégés pour une durée de 31 ans aux termes de l'article 22A.

25 ans: *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, LRQ, c A-2.1, art 33 [*Loi du Québec*]; *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, SS 1990–91, c F-22.01, art 16(2)(a) [*Loi de la Saskatchewan*]; *Public Records Act 2005* (N-Z), 2005/40, art 21.

fédéral⁹¹. Le choix du nombre d'années est, dans une certaine mesure, arbitraire. Quel critère pourrait tout de même, de manière aussi objective que possible, guider ce choix? Un critère pertinent serait celui de la durée attendue de la carrière politique d'un ministre⁹². En effet, un ministre devrait normalement pouvoir s'attendre à ce que les opinions qu'il a exprimées durant les délibérations du Cabinet ne soient pas rendues publiques avant qu'il ne quitte la vie politique. Bien que la période de 20 ans prévue actuellement semble raisonnable en ce qui concerne les secrets fondamentaux⁹³, il serait utile de mener une étude empirique portant sur la durée des carrières des ministres depuis la création du Secrétariat du Cabinet en 1940, pour confirmer qu'il s'agit d'un point de référence adéquat. Quoi qu'il en soit, les dispositions législatives devraient établir clairement que la période de 20 ans constitue un maximum et non un minimum: la divulgation des renseignements confidentiels du Cabinet devrait être permise dans l'intérêt public avant l'expiration de ce délai.

Recommandation n° 5

Dans le cadre de litiges, les cours supérieures provinciales et la Cour fédérale devraient avoir le pouvoir d'examiner les renseignements confidentiels du Cabinet, d'évaluer les aspects divergents de l'intérêt public et, lorsque cela s'avère nécessaire, de contraindre la production de ces renseignements.

Dans le cadre de litiges, l'article 39 de la *LPC* prévoit que les tribunaux ne peuvent ni examiner les renseignements confidentiels du

91. Chambre des communes, *Rapport de 1987*, supra note 64 à la p 39; CIC, *Rapport annuel 1993–1994*, supra note 84 à la p 28; CIC, *Rapport annuel 1995–1996*, supra note 65 à la p 48; CIC, *Rapport annuel 2000–2001*, supra note 65 à la p 57; Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Rapport de 2002*, supra note 53 à la p 49; CIC, *Rapport de 2005*, supra note 65, art 69; CIC, *Rapport de 2015*, supra note 65 à la p 65. Dans le même esprit, voir Chambre des communes, *Rapport de 2016*, supra note 64 à la p 38.

92. Bureau du Conseil privé, *Loi sur le droit d'accès à l'information : document de travail*, par Walter Baker, Ottawa, Président du Conseil privé, 1979 à la p 18; Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *Procès-verbaux et témoignages*, n° 14 (11 décembre 1979) à la p 14:34 (hon Walter Baker); *Whitlam v Australian Consolidated Press* (1985), 60 ACTR 7 à la p 16.

93. En comparaison, la divulgation de secrets périphériques après qu'une décision ait été rendue publique ne porterait pas préjudice à l'intérêt du bon gouvernement puisque cela ne minerait pas l'efficacité du processus décisionnel collectif. L'intérêt du bon gouvernement peut toutefois requérir que les secrets fondamentaux demeurent confidentiels, et ce, même après que la décision sous-jacente a été rendue publique, afin de maintenir la franchise des discussions entre les ministres et de préserver la solidarité ministérielle.

Cabinet ni en contraindre la production lorsqu'une attestation conforme aux exigences de forme a été déposée par un ministre ou par le greffier du Conseil privé. Cette disposition prive les tribunaux de leur pouvoir de contrôler l'admissibilité de la preuve de même que de leur compétence d'effectuer un véritable contrôle des actes de l'exécutif⁹⁴. Pour régler ce problème, il faudrait permettre aux tribunaux d'examiner les renseignements confidentiels du Cabinet, d'évaluer les aspects divergents de l'intérêt public et, lorsque cela s'avère nécessaire, de contraindre la production des renseignements en question. Cela rétablirait le pouvoir et la compétence que les tribunaux possèdent déjà en common law⁹⁵. Il est toutefois plus difficile de déterminer quel tribunal devrait avoir le pouvoir de contraindre la production des renseignements confidentiels du Cabinet. Est-ce que cela devrait être les cours supérieures provinciales et la Cour fédérale, comme c'est le cas aux termes des articles 37 à 37.3 de la *LPC* (qui s'appliquent aux revendications d'immunité d'intérêt public en général), ou est-ce que seule la Cour fédérale devrait être investie de ce pouvoir, comme le prévoit les articles 38 à 38.17 de la *LPC* (qui s'appliquent aux immunités d'intérêt public fondées sur les relations internationales, la défense et la sécurité nationales)?

Les arguments en faveur d'une compétence exclusive de la Cour fédérale portent principalement sur des considérations de sécurité, d'expertise et de cohérence. Premièrement, les bureaux de la Cour fédérale satisfont déjà aux exigences de sécurité pour le traitement des documents secrets et très secrets, ce qui n'est pas nécessairement le cas des palais de justice où siègent les cours supérieures. Deuxièmement, comme seul un groupe restreint de juges de la Cour fédérale serait appelé à examiner les renseignements confidentiels du Cabinet, au fil du temps, ces juges développeraient une expertise sur le sujet. Au contraire, le juge d'une cour supérieure pourrait n'être que rarement, voire jamais, appelé à traiter de renseignements confidentiels du Cabinet durant sa carrière. Troisièmement, comme la Cour fédérale a une compétence exclusive en ce qui a trait à la production de renseignements relatifs aux relations internationales, à la défense et la sécurité nationales, il semblerait logique de lui conférer aussi une compétence exclusive en ce qui concerne la production des renseignements

94. Voir Campagnolo, « Legal Black Hole », *supra* note 51 aux pp 337–71.

95. Voir Campagnolo, « Rational Approach », *supra* note 30 aux pp 45–68.

confidentiels du Cabinet⁹⁶. Un tel choix favoriserait une application uniforme de l'article 39 de la *LPC* dans l'ensemble du pays.

Ces arguments ne justifient toutefois pas d'écarter la compétence des cours supérieures. En effet, aux termes de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹⁷, le Parlement ne peut priver les cours supérieures de leur pouvoir de contrôler l'admissibilité de la preuve et de leur compétence d'examiner la légalité des actes de l'exécutif⁹⁸. Ainsi, il serait inconstitutionnel que le Parlement dépouille les cours supérieures de leur autorité de statuer sur les revendications d'immunité du Cabinet. Cela serait aussi inefficace, puisqu'il en résulterait un processus à deux voies : à chaque fois qu'une revendication serait formulée dans le cadre d'une instance devant une cour supérieure, cette dernière serait tenue de surseoir à ses procédures pendant que la Cour fédérale qui, dans la plupart des cas, ne serait pas aussi familière avec les questions en litige, se prononcerait sur la production des renseignements confidentiels du Cabinet⁹⁹. De plus, le poids des arguments favorables à la compétence exclusive de la Cour fédérale ne devrait pas être surestimé. Les palais de justice où œuvrent les cours supérieures peuvent être adaptés pour satisfaire aux exigences pertinentes en matière de sécurité. En outre, le fait que les juges des cours supérieures seraient rarement saisis de dossiers mettant en cause la production de renseignements confidentiels du Cabinet ne signifie pas pour autant qu'ils n'auraient pas l'expertise pour en traiter. En effet, ces juges sont souvent appelés à trancher des questions de privilège et d'immunité, et aussi parfois à examiner des revendications d'immunité du Cabinet à l'ordre provincial¹⁰⁰. Tout manque d'uniformité entre leurs décisions finirait par être résolu par la Cour suprême du Canada. En définitive, le tribunal qui a compétence pour entendre la cause

96. Le ministère de la Justice a recommandé que la Cour fédérale se voie octroyer un pouvoir limité de contrôler les revendications d'immunité du Cabinet aux termes de la *LPC*, *supra* note 32, à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Babcock*, *supra* note 52. Voir Justice Canada, *Rapport de 2005*, *supra* note 66 aux pp 15–16.

97. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 51.

98. Voir Campagnolo, « Legal Black Hole », *supra* note 51 aux pp 353–71.

99. Il s'agit d'un problème important aux termes des articles 38 à 38.17 de la *LPC*, *supra* note 32. Voir *R c Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 RCS 110; Kent Roach, « "Constitutional Chicken": National Security Confidentiality and Terrorism Prosecutions after *R v Ahmad* » (2011) 54 SCLR (2^e) 357.

100. Voir par ex *Provincial Court Judges' Association of British Columbia v British Columbia (Attorney General)*, 2018 BCSC 1193, confirmée par 2018 BCSC 1390, 2018 BCCA 394, autorisation de pourvoi à la CSC accordée, 38381 (28 mars 2019); *Nova Scotia Provincial Judges' Association v Nova Scotia (Attorney General)*, 2018 NSSC 13, confirmée par 2018 NSCA 83, autorisation de pourvoi à la CSC accordée, 38459 (28 mars 2019).

devrait pouvoir statuer sur la revendication, puisqu'il est habituellement dans une meilleure position pour évaluer la pertinence des documents et pour protéger l'équité des procédures.

Pour assurer que les revendications d'immunité du Cabinet sont adéquatement évaluées par les tribunaux, il serait opportun que le Parlement circoncrive l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire. Il pourrait le faire en enchâssant dans la loi l'« approche rationnelle » (ou « pondérée ») relativement aux revendications d'immunité du Cabinet, dont il a été question dans un article connexe¹⁰¹. Par souci d'efficacité, et pour éviter les litiges relatifs à la production de documents qui ont un faible degré de pertinence, l'approche rationnelle préconise l'adoption d'une norme étroite de pertinence durant le processus de communication de la preuve¹⁰². Par souci d'équité, elle fait peser le fardeau de justification sur le gouvernement¹⁰³. Autrement dit, les tribunaux devraient examiner les documents en cause avant de se prononcer sur une revendication d'immunité d'intérêt public, à moins que le gouvernement ne démontre clairement que leur production n'est pas nécessaire au règlement équitable du litige. De plus, l'approche rationnelle recommande une analyse coûts-bénéfices pour l'évaluation des revendications d'immunité d'intérêt public: en principe, la production des documents devrait être ordonnée si l'intérêt de la justice, qui est déterminé en fonction du degré de pertinence des documents (sur les plans factuel et juridique)¹⁰⁴, est supérieur ou égal à celui du bon gouvernement¹⁰⁵, qui dépend du degré de préjudice

101. Voir généralement Campagnolo, « Rational Approach », *supra* note 30.

102. *Ibid* aux pp 68–71. À l'étape de la communication de la preuve, l'approche rationnelle favorise l'adoption de la norme de la simple pertinence plutôt que de celle de l'apparence de pertinence. En effet, les parties devraient uniquement être tenues de divulguer les documents qui sont, selon toute vraisemblance, véritablement pertinents au règlement équitable du litige plutôt que l'ensemble des documents qui s'y rapportent de manière générale.

103. *Ibid* aux pp 72–78. Afin de se décharger de son fardeau de justification, le gouvernement doit soumettre une attestation dans laquelle les documents sujets à l'immunité du Cabinet sont suffisamment décrits. De plus, le gouvernement doit expliquer pourquoi l'intérêt public requiert que ces documents soient protégés, en tenant compte de leur degré de pertinence et du degré de préjudice que causerait leur production.

104. *Ibid* à la p 69. La « pertinence factuelle » réfère à la valeur probante des éléments de preuve: autrement dit, suivant la logique et l'expérience, aident-ils à prouver ou à réfuter un fait en particulier? La « pertinence juridique » réfère à l'importance des éléments de preuve: autrement dit, aident-ils à prouver ou à réfuter un fait important et à l'égard duquel les parties ne s'entendent pas?

105. *Ibid* aux pp 85–86. À titre d'exception, en matière criminelle, étant donné que la liberté d'une personne est en jeu, la production des documents devrait être ordonnée si le degré de pertinence est de moyen à élevé, sans égard au degré de préjudice.

associé aux documents (en fonction du niveau de sensibilité de leur contenu et du moment de leur divulgation)¹⁰⁶. Enfin, par déférence envers l'expertise du gouvernement, l'approche rationnelle comprend une obligation judiciaire de minimiser le degré de préjudice — en caviardant les documents ou en assortissant leur utilisation de conditions — lorsque la production des documents est ordonnée¹⁰⁷. L'adoption de l'approche rationnelle donnerait aux tribunaux les balises nécessaires pour réaliser un équilibre adéquat entre l'intérêt de la justice et celui du bon gouvernement. Elle permettrait, en outre, aux justiciables de disposer des renseignements dont ils ont besoin pour assurer le règlement équitable de leur cause, sans indûment miner le bon fonctionnement de notre système de gouvernement.

Recommandation n° 6

Dans le cadre du régime d'accès à l'information, le commissaire à l'information et la Cour fédérale devraient disposer du pouvoir d'examiner les documents du Cabinet, et la Cour fédérale devrait disposer du pouvoir additionnel de rendre une ordonnance exécutoire de divulgation.

Comme l'article 69 de la *LAI* exclut les documents du Cabinet de la portée de cette loi, le commissaire à l'information et la Cour fédérale ne peuvent ni les examiner ni en contraindre la divulgation¹⁰⁸. Il est donc pratiquement impossible de déterminer si l'article 69 est appliqué de façon raisonnable et de bonne foi. Comme l'affirmait l'ancien commissaire à l'information, John Reid, « [le] principe de la confidentialité des documents du Cabinet risque d'être appliqué trop largement et

106. *Ibid* aux pp 81–84. La « sensibilité due au contenu » dépend du niveau hiérarchique du décideur (échelon supérieur vs échelon inférieur), de la nature de la politique (sécurité nationale vs activités commerciales) et de celle des renseignements (secrets fondamentaux vs secrets périphériques). La « sensibilité due au moment de la production » dépend de la question de savoir si la politique contestée est en cours d'élaboration (auquel cas le niveau de sensibilité sera plus élevé) ou si une décision finale a été prise et annoncée (auquel cas le niveau de sensibilité sera moins élevé).

107. *Ibid* aux pp 86–87. Voir par ex *Can Am Simulation Ltd v Newfoundland*, (1994) CanLII 10473 (NL SC), 118 Nfld & PEIR 35 (SC (TD)); *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v British Columbia*, 2002 BCSC 1509; *Nunavut (Department of Community and Government Services) v Northern Transportation Company Ltd*, 2011 NUCJ 4.

108. Aucune autre disposition de la *LAI*, *supra* note 6, n'a autant miné la crédibilité et terni la réputation du régime fédéral d'accès à l'information que l'article 69. Voir Chambre des communes, *Rapport de 1987*, *supra* note 64 à la p 37; CIC, *Rapport annuel 1993–1994*, *supra* note 84 à la p 26.

de façon trop intéressée par les gouvernements lorsqu'il n'existe pas d'organe de surveillance indépendant»¹⁰⁹. La solution consisterait à prévoir dans la *LAI* une « exception », par opposition à une « exclusion », pour les documents du Cabinet. Il faudrait alors décider qui devrait avoir le pouvoir d'examiner ceux-ci pour juger de la validité de la revendication. Deux approches ont été proposées. La première consisterait à conférer ce pouvoir à la Cour fédérale, mais non au commissaire à l'information. En présence d'une revendication non fondée, la Cour pourrait rendre une ordonnance exécutoire de divulgation. C'est l'approche qu'ont préconisée un comité parlementaire et des groupes de travail gouvernementaux¹¹⁰. Elle est fondée sur la présomption selon laquelle l'on ne peut faire confiance au commissaire pour traiter de secrets politiques. Comme ce dernier rend des comptes au Parlement, dont plusieurs membres sont des adversaires politiques des ministres, il ne devrait pas détenir le pouvoir d'examiner les documents du Cabinet. La seconde approche consisterait à autoriser tant le commissaire à l'information que la Cour fédérale à examiner les documents du Cabinet. Cette approche, qui a été systématiquement recommandée par les commissaires à l'information¹¹¹, a été adoptée dans pratiquement toutes les provinces canadiennes¹¹², au Royaume-Uni¹¹³, en Australie¹¹⁴ et en Nouvelle-Zélande¹¹⁵. La différence principale entre ces ressorts découle du fait que certains d'entre eux autorisent leur

109. Tel que cité dans CIC, *Rapport de 2015*, supra note 65 à la p 62.

110. Chambre des communes, *Rapport de 1987*, supra note 64 aux pp 37–39; Groupe d'étude de l'accès à l'information, *Rapport de 2002*, supra note 53 aux pp 49–50; Justice Canada, *Rapport de 2005*, supra note 66 à la p 15.

111. CIC, *Rapport annuel 1993–1994*, supra note 84 à la p 28; CIC, *Rapport annuel 1995–1996*, supra note 65 aux pp 43, 53–54; CIC, *Rapport annuel 2000–2001*, supra note 65 aux pp 53, 60–61; CIC, *Rapport de 2005*, supra note 65, art 69; CIC, *Rapport de 2015*, supra note 65 aux pp 63–65. Dans le même esprit, voir Chambre des communes, *Rapport de 2016*, supra note 64 à la p 38.

112. *Loi de l'Alberta*, supra note 54, art 56; *Loi de la Colombie-Britannique*, supra note 55, art 44(1)(b); *Loi de l'Île-du-Prince-Édouard*, supra note 56, art 53(2); *Loi du Manitoba*, supra note 57, art 50(2), 71; *Loi de la Nouvelle-Écosse*, supra note 59, art 38(1)(a); *Loi de l'Ontario*, supra note 60, arts 52(4), 56(2); *Loi du Québec*, supra note 90, art 141; *Loi de la Saskatchewan*, supra note 90, art 54(1)(a); *Loi de Terre-Neuve-et-Labrador*, supra note 61, art 97(3); *Loi du Nunavut*, supra note 90, art 34; *Loi des Territoires du Nord-Ouest*, supra note 90, art 34; *Loi du Yukon*, supra note 74, art 53(1)(b). Seul le Nouveau-Brunswick n'autorise pas le commissaire à l'information de la province à examiner les documents du Cabinet: *Loi du Nouveau-Brunswick*, supra note 58, art 70(1).

113. *Loi du Royaume-Uni*, supra note 68, arts 50, 55, annexe 3.

114. *Loi de l'Australie*, supra note 62, art 55U(3).

115. *Loi de la Nouvelle-Zélande*, supra note 69, arts 28–29A.

commissaire à l'information à ordonner la divulgation des documents tandis que d'autres ne l'autorisent pas¹¹⁶.

La seconde approche est la meilleure, et ce, pour trois raisons. Premièrement, il est plus rapide, économique et efficace que le commissaire à l'information examine et tente de répondre aux plaintes avant que ne s'amorcent les procédures devant la Cour fédérale. Si les plaignants pouvaient saisir directement le tribunal, cela « créerait des pressions énormes sur les ressources judiciaires »¹¹⁷. Deuxièmement, le commissaire n'est pas partisan et est juridiquement tenu de maintenir la confidentialité des documents du gouvernement¹¹⁸. Il n'y a aucun motif raisonnable de croire que le commissaire révélerait des renseignements confidentiels aux adversaires politiques des ministres¹¹⁹. Troisièmement, pour que le processus d'examen judiciaire puisse accomplir sa fonction de manière effective, quelqu'un doit pouvoir contester la revendication du gouvernement. Le commissaire ne pourrait pas le faire s'il ne participait pas à l'étape de l'enquête. En ce qui a trait à la question de savoir si le commissaire devrait être habilité à rendre des ordonnances exécutoires de divulgation des documents du Cabinet, le présent article ne prend pas position. L'octroi d'un tel pouvoir ferait passer le rôle du commissaire de celui de « protecteur du citoyen » à celui de « tribunal quasi judiciaire ». Cela requerrait d'apporter des changements structurels importants au Commissariat à

116. Les lois autorisant le commissaire à l'information à ordonner la divulgation des documents du Cabinet sont les suivantes : *Loi de l'Alberta*, *supra* note 54, art 72; *Loi de la Colombie-Britannique*, *supra* note 55, arts 58–59.01; *Loi de l'Île-du-Prince-Édouard*, *supra* note 56, art 66(2); *Loi du Manitoba*, *supra* note 57, art 66.8(2); *Loi de l'Ontario*, *supra* note 60, art 54(1); *Loi du Québec*, *supra* note 90, art 141. Les lois n'autorisant pas le commissaire à l'information à ordonner la divulgation des documents du Cabinet sont les suivantes : *Loi du Nouveau-Brunswick*, *supra* note 58, arts 70(1), 73; *Loi de la Nouvelle-Écosse*, *supra* note 59, art 39(1)(a); *Loi de la Saskatchewan*, *supra* note 90, art 55; *Loi de Terre-Neuve-et-Labrador*, *supra* note 61, art 47; *Loi du Nunavut*, *supra* note 90, art 35; *Loi des Territoires du Nord-Ouest*, *supra* note 90, art 35; *Loi du Yukon*, *supra* note 74, art 57; *Loi du Royaume-Uni*, *supra* note 68, art 54; *Loi de l'Australie*, *supra* note 62, art 55L(2); *Loi de la Nouvelle-Zélande*, *supra* note 69, art 30.

117. Commissaire à l'information du Canada, *Réponse au rapport du groupe d'étude de l'accès à l'information* (septembre 2002) aux pp 17–18, en ligne (pdf) : <publications.gc.ca/collections/Collection/IP4-1-2002F.pdf>.

118. Voir en particulier le paragraphe 35(1) ainsi que les articles 62 et 64 de la *LAI*, *supra* note 6.

119. Cela dit, afin de réduire le risque de compromettre la confidentialité des renseignements, le pouvoir d'examiner les documents du Cabinet ne devrait être exercé que par un nombre limité d'employés au sein du Commissariat à l'information, comme le recommandent les rapports suivants : CIC, *Rapport annuel 1995–1996*, *supra* note 65 aux pp 53–54; CIC, *Rapport annuel 2000–2001*, *supra* note 65 aux pp 60–61; CIC, *Rapport de 2015*, *supra* note 65 à la p 65; Chambre des communes, *Rapport de 2016*, *supra* note 64 à la p 38. Voir aussi le paragraphe 59(2) de la *LAI*, *supra* note 6, par analogie.

l'information pour que le processus décisionnel menant à une ordonnance de divulgation exécutoire soit présidé par un décideur indépendant et impartial.

Le rôle du commissaire à l'information et de la Cour fédérale consisterait à examiner les documents à huis clos et *ex parte* pour évaluer si leur divulgation porterait préjudice : (1) à la convention sur la responsabilité ministérielle collective; (2) à la franchise des délibérations du Cabinet; ou (3) à l'efficacité du processus décisionnel du Cabinet. Ce faisant, le commissaire ou la Cour fédérale s'en remettrait à l'expertise du gouvernement, qui est dans une meilleure position pour évaluer le préjudice potentiel à l'intérêt du bon gouvernement. Si la divulgation était jugée préjudiciable à l'intérêt du bon gouvernement, le commissaire ou la Cour déterminerait ensuite si la règle de la primauté de l'intérêt public devrait s'appliquer. Selon la *LAI*, l'intérêt quant à la transparence gouvernementale ne l'emporterait sur l'intérêt du bon gouvernement que dans des cas exceptionnels, par exemple, lorsqu'il est nécessaire de révéler les renseignements afin d'empêcher « un grave danger pour la santé ou la sécurité du public ou pour l'environnement »¹²⁰, ou de faire la lumière sur des allégations crédibles de conduites répréhensibles, de mauvaise gestion ou d'actes criminels.

Le présent article n'est pas favorable à l'ajout d'une disposition aux articles 39 de la *LPC* ou 69 de la *LAI*, qui permettrait au gouvernement d'infirmier une ordonnance du tribunal exigeant la production des renseignements confidentiels du Cabinet, tel qu'il en existe actuellement dans la législation canadienne. En effet, l'article 38.13 de la *LPC*¹²¹ autorise le procureur général du Canada à délivrer un certificat infirmant une décision judiciaire de contraindre dans le cadre de litiges la production de renseignements relatifs aux relations internationales et à la défense et la sécurité nationales. Bien que la délivrance d'un tel certificat puisse avoir un coût politique pour le gouvernement, le fait de permettre à un membre de l'exécutif d'infirmier une décision judiciaire rendue dans une cause précise — une fois que les deux parties ont eu l'occasion de présenter leurs arguments et que le tribunal a pu examiner les renseignements et évaluer l'intérêt public — est incompatible avec la primauté du droit. Si le gouvernement est insatisfait d'une

120. Voir par ex *Loi de l'Ontario*, *supra* note 60, art 11(1); *Loi du Yukon*, *supra* note 74, art 28(1).

121. Des dispositions analogues, autorisant l'exécutif à infirmier les décisions du commissaire à l'information, existent également dans les régimes d'accès à l'information du Québec et du Royaume-Uni. Voir *Loi du Québec*, *supra* note 90, art 145; *Loi du Royaume-Uni*, *supra* note 68, art 53(2).

décision judiciaire, c'est en interjetant appel qu'il peut y remédier, et ce, jusqu'à la Cour suprême du Canada, au besoin. Le gouvernement ne devrait pas être autorisé à infirmer lui-même les décisions judiciaires qui lui sont défavorables. Les dispositions telles que celles contenues dans l'article 38.13 de la *LPC* sont préoccupantes sous l'angle de la primauté du droit.

CONCLUSION

Cet article a démontré que le régime législatif fédéral présente des lacunes et devrait être réformé. L'expérience des provinces canadiennes et des autres ressorts de type Westminster — c'est-à-dire le Royaume-Uni, l'Australie et la Nouvelle-Zélande — fait ressortir que les renseignements confidentiels du Cabinet peuvent être bien protégés par une immunité plus restreinte dont l'exercice est sujet à des mécanismes adéquats de surveillance et de contrôle¹²². Il y a toutefois peu d'espoir que le gouvernement, quelle que soit son affiliation politique, prenne, par l'entremise du Parlement, des mesures pour moderniser les articles 39 de la *LPC* et 69 de la *LAI*. En effet, pourquoi le gouvernement changerait-il un régime qui lui donne un contrôle total sur la divulgation de ses secrets politiques? À moins qu'il n'ait quelque chose à gagner en changeant le régime, tout acteur intéressé souhaiterait maintenir le *statu quo*¹²³. Bien que la question du secret ministériel soit importante pour les juristes, les journalistes et les chercheurs, jusqu'à maintenant, elle n'a pas été une priorité pour la population canadienne en général. L'impulsion du changement devra donc venir d'ailleurs, une action en justice étant l'avenue la plus prometteuse. Il faut convaincre les tribunaux que le régime législatif est non seulement

122. Stanley L Tromp, *Fallen Behind: Canada's Access to Information Act in the World Context* (septembre 2008) aux pp 13–14, en ligne : <www3.telus.net/index100/report>. [TRADUCTION] « Le Canada doit certainement modifier ses propres lois sur l'accès à l'information pour se conformer aux pratiques exemplaires de ses partenaires du Commonwealth [...]. Cela ne constitue pas un objectif radical ou déraisonnable car, pour l'atteindre, les parlementaires canadiens n'ont pas besoin de faire un saut vers l'avenir; ils doivent simplement entrer dans le présent. » Le Canada est bien loin derrière la Nouvelle-Zélande, qui encourage la divulgation proactive des documents du Cabinet par leur publication en ligne. Voir Nouvelle-Zélande, Department of the Prime Minister and Cabinet, *Cabinet Manual*, 2017 aux para 8.14–8.19, en ligne : <dpmc.govt.nz/our-business-units/cabinet-office/supporting-work-cabinet/cabinet-manual>.

123. Il n'est donc pas surprenant que les projets de loi visant à réformer l'immunité du Cabinet n'aient pas été adoptés. Voir généralement Bibliothèque du Parlement, *Rapport de 2012, supra* note 67.

déficier du point de vue des politiques publiques, mais également inconstitutionnel sur la base des arguments avancés en doctrine¹²⁴. Une déclaration judiciaire d'inconstitutionnalité ouvrirait la voie à la modernisation de ce régime par le Parlement, à la lumière des recommandations énoncées dans le présent article.

124. Voir généralement Campagnolo, « Legal Black Hole », *supra* note 51.

ANNEXE 1 : ARTICLE 39 DE LA LOI SUR LA PREUVE AU CANADA

39 (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), un *renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada* s'entend notamment d'un renseignement contenu dans :

- a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;
- b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;
- c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;
- d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;
- e) un document d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);
- f) un avant-projet de loi ou projet de règlement.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), *Conseil* s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas :

- a) à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;
- b) à un document de travail visé à l'alinéa (2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

ANNEXE 2 : ARTICLE 69 DE LA *LOI SUR L'ACCÈS À L'INFORMATION*

69 (1) La présente partie ne s'applique pas aux documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, notamment aux :

- a) notes destinées à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;
- b) documents de travail destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;
- c) ordres du jour du Conseil ou procès-verbaux de ses délibérations ou décisions;
- d) documents employés en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;
- e) documents d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);
- f) avant-projets de loi ou projets de règlement;
- g) documents contenant des renseignements relatifs à la teneur des documents visés aux alinéas a) à f).

(2) Pour l'application du paragraphe (1), *Conseil* s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas :

- a) aux documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;
- b) aux documents de travail visés à l'alinéa (1)b), dans les cas où les décisions auxquelles ils se rapportent ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.