

À propos de l'affaire *Vérificateur général du Canada* : commentaires sur les documents du cabinet et la protection de leur caractère confidentiel par convention constitutionnelle

Jean Rhéaume

Volume 17, Number 3, 1986

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059258ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059258ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Rhéaume, J. (1986). À propos de l'affaire *Vérificateur général du Canada* : commentaires sur les documents du cabinet et la protection de leur caractère confidentiel par convention constitutionnelle. *Revue générale de droit*, 17(3), 579–593. <https://doi.org/10.7202/1059258ar>

Article abstract

In a recent and landmark decision, the Federal Court refused to admit that the constitutional convention protecting Cabinet documents prevented the General Auditor of Canada having access to them.

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

À propos de l'affaire *Vérificateur général du Canada* : commentaires sur les documents du cabinet et la protection de leur caractère confidentiel par convention constitutionnelle

JEAN RHÉAUME
Avocat à Québec

RÉSUMÉ

Dans un récent et important jugement, la Cour fédérale vient de déclarer que la convention constitutionnelle protégeant les documents du cabinet n'empêche pas le vérificateur général du Canada d'avoir accès à ceux-ci.

ABSTRACT

In a recent and landmark decision, the Federal Court refused to admit that the constitutional convention protecting Cabinet documents prevented the General Auditor of Canada having access to them.

SOMMAIRE

Les faits.....	580
La question en litige	580
Le jugement	581
Les motifs	581
Commentaires.....	582
1) Le lien entre les documents demandés et les dépenses de l'État.....	582
2) La règle générale : le droit d'accès.....	583
3) La convention constitutionnelle comme exception?.....	585
a) La première condition : l'existence de précédents	586
b) La deuxième condition : l'acceptation ou reconnaissance	586
c) La troisième condition : une raison d'être	589
Conclusion.....	592

« Un jugement historique »¹. « Kenneth Dye triomphe »². Certes, la récente décision rendue dans l'affaire *Vérificateur général du Canada*³ a attiré l'attention du public à juste titre. Outre le caractère astronomique de la dépense de fonds publics à l'origine de ce litige — sans compter les frais considérables encourus pour la cause elle-même! —, la responsabilité des ministres concernés par la survenance de cette dépense de même que les difficultés du vérificateur général à pouvoir se renseigner sur ce sujet ne pouvaient que justifier les journalistes d'éveiller l'intérêt légitime de la population canadienne. Pour les juristes, ce jugement revêt également une importance particulière du fait que, pour la première fois, un juge était appelé à déterminer si une disposition législative pouvait, sans viser les documents du Cabinet, en permettre l'accès malgré la présence d'une « convention constitutionnelle » en garantissant le secret.

LES FAITS

Mandataire de Sa Majesté, la société Petro-Canada a acquis en 1981 la compagnie Petrofina Canada Inc. — par l'entremise de l'une de ses filiales à part entière — pour une somme évaluée à au moins 1,7 milliards de dollars. À la suite de cette acquisition, le vérificateur général du Canada a tenté à diverses reprises d'obtenir de Petro-Canada et de certains fonctionnaires du gouvernement fédéral, y compris des ministres, les renseignements et documents relatifs à cet achat. Après avoir essuyé plusieurs refus, il s'adressa à la Division de première instance de la Cour fédérale pour faire reconnaître son droit d'accès à cette information. Rendant jugement en faveur du requérant, le juge en chef adjoint Jerome déclara que le refus du gouvernement — fondé sur le caractère secret (confidentiel) des documents du Cabinet — était injustifié.

LA QUESTION EN LITIGE

Telle que présentée par le juge Jerome et « résumée en très peu de mots, la question litigieuse qui se pose en l'espèce est celle de savoir si le droit à l'accès à des documents, qui est conféré au vérificateur général

1. Voir Michel VASTEL, « Le Vérificateur a le pouvoir de scruter les documents du Cabinet », *La Presse*, samedi 2 novembre 1985, p. 1; Bernard DESCÔTEAUX, « La Cour fédérale permet au Vérificateur général d'obtenir les documents confidentiels du Cabinet », *Le Devoir*, samedi 2 novembre 1985, p. 1.

2. Voir Denis LESSARD, « Le Cabinet soumis au Parlement », *Le Soleil*, samedi 2 novembre 1985, p. A-1.

3. *Vérificateur général du Canada c. Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources, Ministre des Finances, Sous-ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources et Sous-ministre des Finances*, [1985] 1 C.F. 719 (Div. 1^{ère} instance); en appel.

du Canada par l'article 13 de la *Loi sur le vérificateur général*, S.C. 1976-77, chap. 34, a préséance ou non sur la convention sur le secret du Conseil privé de la Reine pour le Canada »⁴. En réalité, il s'agit là seulement du résumé de l'une des nombreuses questions en litige⁵, la principale; tout comme le juge, nous nous limiterons à celle-ci.

LE JUGEMENT

Le juge en chef adjoint déclara d'abord que le requérant avait droit, conformément au paragraphe 1 de l'article 13 de la *Loi sur le vérificateur général*⁶,

de prendre connaissance des renseignements, y compris les renseignements que renferment les documents constituant des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine, qui concernent des dépenses de l'État et qui tombent sous le coup des responsabilités du vérificateur général [...] et que le demandeur estime nécessaires pour s'acquitter desdites responsabilités [...].⁷

Le juge Jerome ajouta à cet égard que le refus du Cabinet de lui en permettre l'accès était injustifié « même si ces renseignements sont contenus dans des documents confidentiels d'un gouvernement antérieur »⁸. Enfin, il rejeta la demande de *mandamus* ou d'injonction⁹.

LES MOTIFS

Le juge Jerome a rendu publics ses motifs provisoires le 1^{er} novembre 1985 et un peu plus tard, soit le 6 décembre de la même année, ses motifs « amendés » — définitifs — et le dispositif final du jugement. En bref, ses motifs se résument à ceci : les renseignements demandés par le vérificateur général lui sont accessibles parce qu'ils sont nécessaires à l'exercice de ses fonctions, que le paragraphe 13(1) de la

4. *Id.*, p. 724.

5. Outre les questions d'ordre procédural, se trouvaient posées trois questions sur le bien-fondé de la demande d'accès aux documents et de la demande aux tribunaux : *id.*, pp. 732-734, 748-749.

6. S.C. 1976-77, chap. 34. Le texte de cette disposition se lit comme suit :

13. (1) Sous réserve des dispositions d'une autre loi du Parlement qui se réfèrent expressément au présent paragraphe, le vérificateur général a le droit, à tout moment convenable, de prendre connaissance librement de tout renseignement se rapportant à l'exercice de ses fonctions; à cette fin, il peut exiger que les fonctionnaires fédéraux lui fournissent tous les renseignements, rapports et explications dont il a besoin.

7. *Supra*, note 3, p. 752.

8. *Id.*, p. 753.

9. *Id.*, p. 754.

Loi sur le vérificateur général s'applique en l'espèce et que la convention constitutionnelle protégeant le caractère secret des documents exigés — même s'il en reconnaît volontiers l'existence — ne constitue pas une exception à cette disposition. Il s'agit donc, à son avis, d'un cas où il doit s'en tenir à l'application du texte même de la loi¹⁰ :

Si telles sont les conséquences, qu'il en soit ainsi. Ces conséquences découlent du libellé d'une mesure législative dont l'intention me paraît claire et parfaitement compatible avec l'obligation fondamentale de tenir le gouvernement responsable des dépenses publiques.

COMMENTAIRES

Nos observations porteront successivement sur le lien entre les documents auxquels l'accès était demandé et les dépenses de l'État, sur le droit d'accès général reconnu au vérificateur général par la loi et, enfin, sur la possibilité que la soi-disant convention constitutionnelle protégeant le secret des documents du Cabinet constitue une exception à ce droit.

1) Le lien entre les documents demandés et les dépenses de l'État

Le vérificateur général réclamait l'accès à des « rapports d'évaluation concernant l'acquisition de Petrofina Canada Inc. préparés par les défendeurs, ou reçus par eux » ainsi que des renseignements « concernant l'emploi de fonds à même les comptes du Canada [...] pour l'acquisition de Petrofina Canada Inc. »¹¹. Pour l'obtenir, il devait établir que les documents en question avaient un lien avec les dépenses de l'État car son droit d'accès existe seulement dans la mesure où il lui permet d'accomplir son mandat¹². En l'espèce, ce lien était pour ainsi dire évident et le juge Jerome a décidé avec raison que l'achat de la compagnie Petrofina par la société d'État Petro-Canada entraînait une dépense de fonds publics.

En effet, le financement de cette acquisition était assuré par les revenus perçus sous le régime de la *Loi sur l'administration de l'énergie*¹³ et versés dans le Compte d'accroissement du taux de propriété canadienne créé par le crédit 5c de l'Annexe de la *Loi n° 4 de 1980-81 portant affectation de crédits*¹⁴. Puisque ce compte non budgétaire spécial figurait dans

10. *Id.*, p. 749.

11. *Id.*, p. 753. Cette description diffère de celle donnée à la page 731 des motifs.

12. Voir *supra*, note 6 et le texte correspondant.

13. S.C. 1974-75-76, chap. 47.

14. S.C. 1980-81-82-83, chap. 51.

les *Comptes publics* du gouvernement fédéral¹⁵, le vérificateur général du Canada devait, dans l'exercice de ses fonctions, attester que les versements destinés à financer cet achat à partir de ce compte l'étaient en conformité de la loi et des règlements¹⁶. Il devait aussi, dans un cas si important, signaler à la Chambre des communes s'il s'agissait d'une acquisition faite « sans égard à l'économie ou à l'efficience »¹⁷.

2) La règle générale : le droit d'accès

Portant sur des renseignements se rapportant à l'exercice des fonctions du vérificateur général, la demande de ce dernier fondée sur le paragraphe 13(1) de la *Loi sur le vérificateur général* devait être accueillie à moins que les défendeurs ne trouvent à cette disposition une exception expresse dans une autre loi fédérale. Ils n'y réussirent pas car aucune des trois lois fédérales contenant une disposition protégeant le caractère confidentiel des délibérations du Conseil privé de la Reine pour le Canada ne réfère expressément au droit d'accès du vérificateur général¹⁸. Malgré ce fait, le greffier du Conseil privé intervint pour s'opposer à la divulgation à la Cour des renseignements requis en produisant une attestation « conformément à l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* [...] et aussi en vertu de l'immunité de *common law* concernant la communication d'informations confidentielles de la Couronne »¹⁹.

En l'espèce, rien ne laissait voir que le vérificateur général ait réclamé la communication des documents à la cour de façon à ce que le juge saisi du litige puisse décider si le refus du gouvernement était justifié : peut-être l'attestation visait-elle à prévenir une ordonnance de la cour de les produire devant elle pour un examen à huis clos²⁰. Quoi qu'il en soit, le juge en chef adjoint Jerome a fait en *obiter* une affirmation surprenante à l'égard de cette objection²¹ :

Puisque je rends un jugement déclaratoire plutôt qu'une ordonnance portant production de documents, l'attestation visée à l'article 36.3 de la *Loi sur la*

15. Voir *Comptes publics du Canada 1982*, vol. I, pp. 2-1 et suiv. et 8-8; vol. III, pp. 4, 6, 113 et suiv.

16. Voir la *Loi sur le vérificateur général*, *supra*, note 6, al. 7(2)c).

17. *Id.*, al. 7(2)d).

18. Voir l'article 69 de la *Loi sur l'accès à l'information*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe I; l'article 70 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, *ibid.*, annexe II; l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*, *ibid.*, annexe III.

19. *Supra*, note 3, p. 734.

20. Cet examen préalable à la divulgation est une procédure appropriée dans les cas où l'on invoque les articles 36.1 ou 36.2 de la *Loi sur la preuve au Canada*, *supra*, note 18, mais spécifiquement prohibée par l'article 36.3 de la même Loi pour les cas où l'on invoque cette disposition.

21. *Supra*, note 3, p. 748.

preuve au Canada, qui aurait constitué un obstacle absolu à toute ordonnance de ma part visant la production de documents, n'a pas de portée directe en l'espèce.

Cette déclaration surprend en effet sous deux aspects. D'une part, nous cernons difficilement le motif pour lequel l'attestation visée à cet article 36.3 empêcherait la communication des documents à la cour — et ensuite leur divulgation à la partie requérante — seulement dans les cas où l'on requiert une ordonnance portant production de documents. Des raisons pour le moins d'ordre pratique démontrent l'absurdité à laquelle conduirait une telle situation : à chaque fois qu'une partie à un litige désirerait avoir connaissance du contenu de documents couverts par cette disposition, il lui suffirait désormais de procéder par requête pour obtenir un jugement déclaratoire plutôt que par tout autre recours. D'autre part, même dans le cas où le vérificateur général réclamerait une ordonnance portant production de documents afin d'en prendre seul connaissance, nous ne voyons pas comment l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* pourrait empêcher l'application du paragraphe 13(1) de la *Loi sur le vérificateur général* dont il ne constitue pas une exception puisqu'il ne le vise pas expressément et que, de plus, il a été adopté postérieurement à cette disposition de portée générale.

Par ailleurs, on peut se demander pourquoi, dans un contexte où le vérificateur général s'appuie sur une disposition législative précise qui s'applique sous réserve « des dispositions d'une autre loi du Parlement », le greffier du Conseil privé a invoqué une « immunité de *common law* ». En effet, la soi-disant immunité, qui en réalité n'est que le droit de la Couronne de s'opposer lors d'un litige à la divulgation de renseignements lorsque l'intérêt public l'exige²², est depuis quelques années dans un état critique dans les juridictions où le législateur n'est pas encore intervenu pour en préciser les limites²³, de même qu'en droit fédéral où elle ne subsiste actuellement que dans la mesure prévue à l'article 36.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*²⁴.

22. Voir *Carey c. R.*, (1984) 1 D.L.R. (4th) 498, p. 532 (C.A. Ont.).

23. Voir René DUSSAULT et Jean RHÉAUME, « Le rôle de la jurisprudence et de la législation dans le développement du droit du secret administratif en Angleterre, au Canada, au Québec et dans les autres provinces », *Cambridge Special Lectures 1985* (texte d'une allocution prononcée le 22 juillet 1985 aux Conférences Cambridge; publication en cours). Pour un exposé détaillé voir René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, tome 2, chapitre 4, section 1 (publication en cours).

24. *Supra*, note 18. Il faut se rappeler que cette disposition vise le secret administratif et non le secret relatif à l'identité des indicateurs (déléateurs) de police : voir *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, p. 108.

3) La convention constitutionnelle comme exception ?

Comme argument principal pour justifier le refus d'accès, les procureurs des défendeurs soutenaient que « la divulgation de l'information demandée violerait la convention constitutionnelle qui interdit de divulguer les renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. De plus, les documents confidentiels en cause concernent le ministère de l'ancien Premier ministre Trudeau et sont donc protégés par la convention constitutionnelle concernant les documents des anciens ministères »²⁵.

Sans parvenir à la lui faire reconnaître comme exception à l'article 13 de la *Loi sur le vérificateur général*²⁶, ils ont néanmoins réussi à convaincre le juge en chef adjoint Jerome de l'existence « au Canada [d'] une convention en vertu de laquelle les délibérations privées des ministres de la Couronne au Conseil de Sa Majesté demeurent confidentielles »²⁷. Bien que nous partagions l'avis du juge Jerome en ce qui concerne l'absence d'exception à la disposition précitée, nous sommes moins enclins à admettre l'existence de la convention constitutionnelle à laquelle il se réfère distincte de la convention constitutionnelle protégeant le secret relatif à l'élaboration des mesures budgétaires.

Selon la définition donnée par le juge en chef Freedman du Manitoba²⁸, une convention constitutionnelle « se situe quelque part entre un usage ou une coutume d'une part et une loi constitutionnelle de l'autre [...] Elle est une règle que ceux à qui elle s'applique considèrent comme obligatoire [...] la sanction de la violation d'une convention est politique et non juridique ». Approuvée par la Cour suprême du Canada dans les *Renvois* de 1981²⁹ et de 1982³⁰, cette définition ne suffit cependant pas pour déterminer si, dans un cas précis, une convention existe. À cette fin, il faut pouvoir répondre de façon affirmative aux trois questions formulées par sir W. Ivor Jennings³¹ et acceptées par la Cour suprême dans ces *Renvois*³² :

Premièrement, y a-t-il des précédents; deuxièmement, les acteurs dans les précédents se croyaient-ils liés par une règle; et troisièmement, la règle a-t-elle une raison d'être?

25. *Supra*, note 3, p. 734.

26. *Id.*, p. 742.

27. *Id.*, p. 739.

28. *Dans l'affaire de la Loi relative à l'expédition des décisions provinciales d'ordre constitutionnel*, (1981) 117 D.L.R. (3d) 1, pp. 13-14 (le texte français est une traduction de la Cour suprême du Canada dans cette affaire).

29. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, pp. 852 et 883.

30. *Renvoi : Opposition à une Résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, p. 802.

31. *The Law and the Constitution*, 5^e éd., 1959, p. 136.

32. Voir le *Renvoi* de 1981, *supra*, note 29, p. 888; le *Renvoi* de 1982, *supra*, note 30, p. 802.

a) *La première condition : l'existence de précédents*

En ce qui concerne les précédents, le juge Jerome mentionne qu'ils se produisent tous les jours à la Chambre des communes lorsqu'« on répond au nom du Cabinet que certaines questions écrites [...] ne recevront pas de réponse parce que ce serait violer la convention du secret du Cabinet »³³. Soit! Ancien Orateur de la Chambre, le juge en chef adjoint bénéficie en la matière d'une expérience certaine et que nul ne saurait mettre en doute. Mais, qu'à cela ne tienne, les précédents ne constituent pas l'élément principal pour déterminer l'existence d'une convention³⁴.

b) *La deuxième condition : l'acceptation ou reconnaissance*

Comme autorités à l'appui de la thèse voulant que les acteurs se soient crus liés par une règle dans ces précédents, le juge en chef adjoint renvoie³⁵ à deux auteurs canadiens, à trois arrêts anglais, à trois lois fédérales récentes, ainsi qu'au *Règlement de la Chambre des communes*. Examinant ces textes dans l'ordre inverse pour ensuite mieux aborder l'étude de la dernière condition, exprimons d'abord notre réserve quant à l'affirmation selon laquelle il est « manifeste que la convention est reconnue par le Règlement de la Chambre qui en traite spécialement »³⁶, puisque l'article 56 de ce *Règlement*³⁷ prévoit de façon très générale :

Lorsque l'Orateur est d'avis qu'une motion dont un député a saisi la Chambre est contraire aux règles et privilèges du Parlement, l'Orateur en informe immédiatement la Chambre, avant de mettre la question aux voix, et cite l'article du Règlement ou l'autorité applicable en l'espèce.

Or, outre le fait que cette disposition — ou un autre article du *Règlement* — ne mentionne pas expressément le secret des délibérations et documents du Conseil privé, elle soulève un doute sur son application à ce secret qui, selon toute apparence, est plutôt un privilège de l'Exécutif qu'un privilège du Parlement³⁸.

Par contre, le texte de chacune des dispositions des trois lois mentionnées par le juge Jerome prévoit expressément l'impossibilité d'avoir accès aux documents du Cabinet tels que définis au sens large par ces

33. *Supra*, note 3, p. 740.

34. Voir le *Renvoi* de 1982, *supra*, note 30, pp. 807, 814, 816.

35. *Supra*, note 3, pp. 739-742.

36. *Id.*, p. 741.

37. *Règlement de la Chambre des communes*, « Articles permanents et provisoires », 9 septembre 1985. Le juge Jerome ne mentionne pas cet article précis mais c'est sûrement celui le plus pertinent auquel il pouvait faire allusion.

38. Voir Henri BRUN, « L'exécutif et ses documents : orientation récente du droit canadien », (1974) 15 *C. de D.* 659, p. 660.

articles³⁹. Mais il ne s'agit pas là, avec déférence pour l'opinion contraire, de dispositions visant à reconnaître l'existence d'une convention constitutionnelle sur le secret des délibérations du Conseil privé : bien qu'elles puissent produire un effet similaire en empêchant un député d'avoir accès à des documents ainsi protégés, elles ont d'abord pour but d'empêcher un citoyen — en tout temps dans les deux premiers cas et lors d'un litige dans le troisième — d'en obtenir la communication. Or, depuis qu'il y en a, les conventions constitutionnelles existent "for the legislature and the executive to act in harmony if the government is to be carried on efficiently"⁴⁰ et la sanction de leur violation est politique — e.g. démission d'un ministre — et non juridique, ce qui n'est pas le cas avec ces trois dispositions⁴¹.

Pour la même raison, les trois arrêts mentionnés par le juge en chef adjoint Jerome ne démontrent pas le bien-fondé de la proposition voulant que les acteurs — le Parlement et l'Exécutif — se croyaient liés par le secret des délibérations du Cabinet. En 1968, dans l'affaire *Conway c. Rimmer*⁴², on affirmait de façon définitive le pouvoir des tribunaux judiciaires d'évaluer les motifs d'intérêt public invoqués pour justifier le refus de la Couronne de divulguer des documents lors d'un litige. En *obiter*, certains membres de la Chambre des Lords avaient mentionné que l'exercice de ce pouvoir semblait impossible lorsqu'on invoquait comme motif qu'il s'agissait de documents du Cabinet ayant rapport à l'élaboration de la politique gouvernementale⁴³.

En 1975, dans *Attorney-General c. Jonathan Cape Ltd.*⁴⁴, Lord Widgery décidait que les mémoires d'un ancien ministre, qui dévoilaient même les prises de positions des ministres lors des délibérations du Cabinet, pouvaient être publiés à cause de leur caractère déjà purement historique⁴⁵, même si en l'espèce ils concernaient certains événements encore récents. À son avis, même dans le cas où il s'agit de documents du Cabinet, un juge doit évaluer les motifs d'intérêt public invoqués avant de refuser la divulgation⁴⁶.

Dans l'affaire *Burmah Oil Co. c. Bank of England*⁴⁷, la Chambre des Lords décida en 1979 que même les documents du Cabinet pouvaient

39. Voir *supra*, note 18.

40. *Halsbury's Laws of England*, (4th ed.), vol. 8, 1974, p. 539, par. 817.

41. Voir, par exemple, l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*, *supra*, note 18.

42. [1968] 1 All E.R. 874 (H.L.).

43. *Id.*, p. 902, par Lord Hodson et p. 910, par Lord Pearce.

44. [1976] 1 Q.B. 752 (Q.B.D.).

45. *Id.*, p. 771. Sur le caractère purement historique des documents, voir *Conway c. Rimmer*, *supra*, note 42, p. 888.

46. *Supra*, note 44, p. 768.

47. [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.). Un an plus tôt, la Haute Cour d'Australie avait

être divulgués à une partie lors d'un litige lorsque le juge conclut, après avoir examiné les documents, que l'intérêt public dans leur divulgation l'emporte sur celui de les garder secrets.

Ces trois arrêts relatifs au secret administratif ne contiennent aucune mention de l'existence d'une convention constitutionnelle sur le secret des délibérations du Conseil privé. Tout au plus Lord Widgery déclara-t-il que⁴⁸ :

The basis of this contention [that Cabinet proceedings and Cabinet papers are secret and cannot be publicly disclosed until they have passed into history] is the confidential character of these papers and proceedings, derived from the convention of joint Cabinet responsibility.

Toutefois, dans la récente affaire *Air Canada*⁴⁹ qui semble avoir été oubliée, deux membres de la Chambre des Lords ont exprimé des points de vue fort intéressants et pertinents sur le sujet qui nous occupe. Ainsi, Lord Fraser mentionna que l'attestation avait été produite par le sous-ministre plutôt que par le ministre parce que certains des documents "related to formulation of the policy of the previous government which, by constitutional practice, are not disclosed to their successors in another government"⁵⁰. Pour sa part, Lord Wilberforce expliqua l'intervention du sous-ministre en disant que "the actions of successive governments are involved and a powerful convention prevents ministers having access to papers of their predecessors"⁵¹.

Malgré l'importante différence dans la terminologie employée, ces affirmations constituent certainement un appui plus solide pour soutenir la thèse voulant qu'il existe un secret des documents et délibérations du Conseil privé protégé par une convention ou, du moins, une « pratique ». Elles se situent toutefois dans un cadre très restreint : dans les deux cas, il est clairement indiqué que cette façon de procéder protège les documents d'un ancien ministre contre l'accès par ses successeurs, de telle sorte qu'elle ne met pas nécessairement à l'abri du Parlement — ou du vérificateur général — les documents du Cabinet *actuel*. Or, l'on s'en rappelle, lorsque le vérificateur général du Canada a pour la première fois exigé de Petro-Canada et des ministres les documents relatifs à l'acquisition de la compa-

affirmé dans *Sankey c. Whitlam*, (1978) 53 A.L.J.R. 11, qu'un citoyen pouvait avoir accès à des documents du Cabinet nécessaires pour déterminer le résultat de l'action par laquelle il accusait l'ancien Premier ministre et d'ex-ministres d'avoir comploté pour que le gouvernement emprunte des sommes importantes contrairement à certaines dispositions de lois financières.

48. *Attorney-General c. Jonathan Cape Ltd.*, *supra*, note 44, p. 764.

49. *Air Canada c. Secretary of State for Trade (no. 2)*, [1983] 1 All. E.R. 910 (H.L.).

50. *Id.*, p. 914.

51. *Id.*, p. 918. Voir aussi *Air Canada c. Secretary of State for Trade*, [1983] 1 All E.R. 161 (Q.B.D.) et 172 (C.A.), à la page 177 où Lord Denning, Maître des Rôles, se réfère à une "long-standing and important constitutional rule".

gnie Petrofina, il ne demandait pas l'accès à des documents des membres d'un ancien Cabinet mais de ceux du Cabinet alors à la tête du gouvernement. De plus, il ne réclamait pas cet accès à titre de ministre mais en tant que fonctionnaire du Parlement mandaté à cette fin. Enfin, pour faire écho à une exigence rappelée par Lord Fraser, il désirait des rapports d'évaluation sur la compagnie acquise et non des documents du Cabinet ayant trait à l'élaboration de la politique gouvernementale sur une matière quelconque, économique ou autre.

En dernier lieu, le juge en chef adjoint cite la doctrine : nous la verrons à l'instant lors de l'examen de la troisième condition, puisque le juge Jerome y recourt pour cerner la raison d'être de la convention dont il affirme reconnaître l'existence.

c) La troisième condition : une raison d'être

De l'avis de Dawson⁵² et de Mallory⁵³, pour ne citer que les noms de ces deux auteurs auxquels le juge Jerome renvoie, le secret des délibérations du Cabinet doit être maintenu afin que les personnes qui le composent puissent s'exprimer librement et spontanément sur les sujets dont ils sont saisis et aussi afin qu'ils respectent leur serment d'office⁵⁴. De même, comme l'énonçait encore Lord Wilberforce dans l'affaire *Burmah Oil Co.*⁵⁵ :

Un de ces motifs est la nécessité d'une communication franche entre les personnes chargées d'établir des politiques. [...] Un autre motif est la protection contre l'examen par des critiques éventuels, du processus interne d'élaboration par le gouvernement d'importantes mesures gouvernementales.

Ce à quoi le juge en chef adjoint Jerome s'empresse d'ajouter : « J'admets sans hésitation que ces deux énoncés reflètent fidèlement le droit applicable au Canada en ce qui concerne les conventions constitutionnelles »⁵⁶. Avec déférence pour l'opinion contraire, les motifs avancés par ces auteurs et repris dans cet extrait ne justifient pas une telle conclusion.

En premier lieu, la nécessité d'une communication franche et spontanée entre les fonctionnaires apparaît un motif beaucoup moins

52. R. MacGregor DAWSON, *The Government of Canada*, 5^e éd. révisée par Norman WARD, 1970, p. 185.

53. James Russell MALLORY, *The Structure of Canadian Government*, 1971, pp. 90-91. (Les procureurs ou le juge auraient pu se référer à la deuxième édition, parue en 1984).

54. Voir *id.*, p. 91, où l'auteur ajoute dans une note que "Lowell argued that it was incorrect to base the obligation of Cabinet secrecy on the Privy Councillor's oath".

55. *Supra*, note 47, p. 707 (la traduction est celle donnée à la page 740 dans l'affaire *Vérificateur général*).

56. *Supra*, note 3, p. 740.

important depuis l'affaire *Conway c. Rimmer*⁵⁷ et surtout depuis l'affaire *Burmah Oil*⁵⁸. Utilisé avec succès pour demander le secret administratif aussi longtemps que les tribunaux n'évaluaient pas son bien-fondé, ce motif était à l'origine invoqué pour garder secrète l'identité des délateurs de police craignant des représailles et demeure — dans ce cas précis⁵⁹ — encore valable⁶⁰.

Deuxièmement, la critique prématurée — *i.e.* antérieure à la divulgation officielle à la population des mesures politiques du gouvernement, et non la critique prévisible après la publication de ces mesures — peut probablement constituer une menace pour l'efficacité des délibérations d'un gouvernement. Bien que cette possibilité semble, une fois de plus, faire pencher le plateau de la balance en faveur du refus d'accès au vérificateur général, deux faits nous incitent à croire qu'il n'en est rien. D'une part, la fonction même du vérificateur général, qui consiste à constater si les dépenses de fonds publics ont été effectuées en conformité de la loi et eu égard à l'économie et à l'efficacité⁶¹, lui interdit de se prononcer sur l'opportunité des programmes politiques⁶² : c'est d'ailleurs pour cette raison, l'absence de critique de sa part quant aux orientations politiques du gouvernement, qu'on lui reconnaît l'accès à tous les documents dont il a besoin. D'autre part, dans un contexte où la portée du principe de l'imputabilité de l'Administration tend de plus en plus à augmenter pour atteindre toutes les personnes ayant exercé un pouvoir de décision⁶³, la crainte de la critique extérieure paraît démodée et surannée, voire archaïque.

Enfin, la nécessité d'assurer la franchise et la spontanéité de même que celle d'éviter la critique se révèlent les motifs mêmes qui ont servi dès le départ à invoquer ce qu'on qualifie habituellement de secret administratif. Or c'est notre préention — et nous sommes prêts à la soute-

57. *Supra*, note 42.

58. *Supra*, note 47, p. 724, par Lord Keith.

59. Il est significatif que l'extension apportée par les arrêts *Rogers c. Secretary of State for the Home Department*, [1972] 2 All E.R. 1057 (H.L.) et *D. c. National Society for Prevention of Cruelty to Children*, [1977] 1 All E.R. 589 (H.L.) ait fait apparaître la "public interest immunity".

60. Voir *Bisaillon c. Keable*, *supra*, note 24.

61. Voir la *Loi sur le vérificateur général*, *supra*, note 6, al. 7(2)d).

62. Au Québec, l'alinéa 2 de l'article 25 et l'alinéa 3 de l'article 28 de la *Loi sur le vérificateur général*, L.R.Q., chap. V-5.0.1, prévoient spécifiquement que le vérificateur « ne doit pas mettre en cause le bien-fondé des politiques et objectifs de programmes [...] ». Au fédéral, de telles dispositions ne se retrouvent pas dans la *Loi sur le vérificateur général*, mais on en trouve l'équivalent, pour les cas où il s'agit de sociétés d'État, à l'article 147 de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10.

63. Voir, par exemple, Commission royale d'enquête sur la gestion financière et l'imputabilité (Commission Lambert), *Rapport final*, 1979; André GÉLINAS, « La commission parlementaire : mécanisme d'imputabilité à l'égard des sous-ministres et de dirigeants d'organismes », (1984) 27 *Adm. Pub. Can.* 372.

nir plus longuement à un autre moment — que la protection absolue longtemps accordée à l'Administration, et au Cabinet en particulier, contre la divulgation de leurs documents, est due à une erreur. Survenue au siècle dernier, cette erreur proviendrait de la confusion entre le droit d'invoquer l'intérêt public pour s'opposer à la divulgation de certains documents⁶⁴ et le droit d'un haut fonctionnaire de l'État de présenter, comme moyen de défense lors d'une action en dommages-intérêts pour diffamation, l'immunité absolue (*absolute privilege*) protégeant le caractère confidentiel des renseignements obtenus dans l'accomplissement de ses fonctions officielles⁶⁵. Comme le soulignait un auteur selon qui l'origine du fondement de ce « privilège » remonterait au XVII^e siècle⁶⁶ :

It was a period of some considerable social unrest as Parliament struggled for supremacy over the King. As each government fell, the King's former ministers found themselves attacked in the courts and in Parliament by their successors in office. The basis of this class of privilege was [. . .] to protect members of the civil service from liability — in fact this was admitted in the House of Lords in *Conway v. Rimmer*. Is there a real need for this branch of the privilege?

Si nous essayons de dresser un bilan pour déterminer si les questions de sir Jennings nous ayant servi de trame ont reçu une réponse, nous constatons que la prétendue « convention constitutionnelle sur le secret du Conseil privé de la Reine pour le Canada » n'existe pas puisque la première condition est en principe remplie mais que la seconde l'est seulement à l'égard des documents d'un Cabinet antérieur et que la troisième l'est à l'égard de la population et de ses élus mais non du vérificateur général. Par ailleurs, si elle existait, elle n'empêcherait pas ce dernier d'avoir accès à tous les documents nécessaires puisqu'elle ne viserait pas ce droit fondé sur le principe fondamental du système parlementaire canadien, à savoir qu'« aucun denier ne pouvait être obtenu du peuple sans qu'il se soit prononcé »⁶⁷ et par conséquent qu'il est aussi important « que

64. Cette confusion se reflétait évidemment dans la façon de décrire le motif pour lequel on s'opposait à la divulgation : ainsi, on alléguait sans trop distinguer que la divulgation serait contraire "to the public interest", "to the public policy", "to public order" ou encore "to the interests of the public service".

65. Les arrêts suivants, qui ont marqué le développement du secret administratif, étaient tous des cas où il s'agissait d'une action en dommages-intérêts pour diffamation : *Anderson c. Hamilton*, (1820) 129 E.R. 917; *Cooke c. Maxwell*, (1817) 171 E.R. 614 (K.B.); *Home c. Bentinck*, (1820) 129 E.R. 907 (Ex. C.); *Beatson c. Skene*, (1843-60) All E.R. 882 (Ex. C.); *Wyatt c. Gore*, (1817) 171 E.R. 250 (Common Pleas); *Gugy c. Maguire*, (1863) 13 L.C.R. 33 (B.R.); *Bradley c. McIntosh*, (1884) 5 O.R. 227 (Q.B.) infirmé à 231 (Common Pleas).

66. Peter E.J. WELLS, "Crown Privilege", (1976) 3 *Queen's L. J.* 126, pp. 132-133.

67. *Supra*, note 3, p. 747.

la dépense de deniers publics fasse l'objet d'une surveillance constante et étroite du Parlement »⁶⁸.

CONCLUSION

En plus de remettre à l'honneur le principe de la suprématie du législateur, le paragraphe 13(1) de la *Loi sur le vérificateur général* illustre bien à quel point réclamer le secret de certains documents appartenant à une « catégorie »⁶⁹, sans tenir compte de leur contenu, constitue encore un problème difficile que seule une intervention du législateur fédéral⁷⁰ semble pouvoir résoudre. En effet, il nous paraît incontestable que c'est uniquement en faisant adopter une nouvelle disposition précise par le Parlement que le gouvernement pourra — si l'on admet, pour les fins de la discussion, que cela n'irait pas à l'encontre de la responsabilité constitutionnelle du Parlement de contrôler les dépenses gouvernementales — enlever au vérificateur général le droit d'accès à ses documents comme il a réussi à le faire dans les cas des citoyens et des tribunaux⁷¹.

Par ailleurs, même si une nouvelle disposition pouvait en principe interdire au vérificateur général d'avoir accès aux procès-verbaux des délibérations du Cabinet, il est plutôt improbable qu'elle suffise pour empêcher les tribunaux d'en prendre connaissance, surtout si cela s'avérait nécessaire pour qu'ils puissent exercer un contrôle véritable et efficace de la légalité des actes de l'Exécutif⁷². Si l'on se fie à un *obiter* du juge en chef adjoint Jerome⁷³, l'affaire *Vérificateur général du Canada* devient

68. *Ibid.*

69. La notion de « catégorie » des documents est apparue dans *Smith c. East India Co.*, (1841) 41 E.R. 550 (Ch.).

70. Le texte même du paragraphe 13(1) de la *Loi sur le vérificateur général* indique qu'un règlement ou un décret seraient insuffisants. Au Québec, pour les motifs que le libellé de l'alinéa 3 de l'article 48 de la *Loi sur le vérificateur général*, *supra*, note 62, exige également une disposition législative expresse au contraire et que l'article 7 du *Décret 1900-81 sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil exécutif, G.O.Q.*, Partie 2, 1981, p. 3489, ne répond pas à cette exigence, il est permis de croire que le vérificateur général du Québec pourrait avoir accès aux documents du Cabinet, voire au mémoire des délibérations du Conseil exécutif.

71. Voir *supra*, note 18.

72. Voir *Operation Dismantle Inc. c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 462; *Singh c. Ministre de l'emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, pp. 215-216; Denis LEMIEUX et Esther SAVARD, « Vers une judiciarisation du Conseil des ministres? », (1985) 26 *C. de D.* 361. Voir aussi le raisonnement du juge Stephen à propos de la nature de la poursuite intentée en justice, dans *Sankey c. Whitlam*, *supra*, note 47, p. 28.

73. *Supra*, note 3, p. 750.

très significative à cet égard. Et, bien qu'elle invite à la réflexion plus qu'elle ne permet de tirer une simple conclusion, cette affaire rend compte à merveille de la constatation faite par Lord Widgery⁷⁴ : “it seems to me that the degree of protection afforded to Cabinet papers and proceedings cannot be determined by a single rule of thumb”.

74. *Attorney-General c. Jonathan Cape Ltd.*, *supra*, note 44, p. 767.