

Les fondements du secret des délibérations du Conseil exécutif

Guy Tremblay*

Résumé	327
1. Les besoins du pouvoir exécutif	329
2. Le fondement systémique du secret des délibérations du Conseil exécutif	331
3. Les fondements conceptuels du secret des délibérations du Conseil exécutif	333
4. Les fondements juridiques du secret des délibérations du Conseil exécutif	334
5. Les implications des fondements du secret des délibérations.	336
Conclusion	337

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

RÉSUMÉ

Le secret des délibérations du Conseil exécutif québécois trouve en premier lieu son fondement dans la nature des choses, c'est-à-dire dans la nécessité de permettre l'élaboration optimale des politiques et l'efficacité du processus décisionnel. Tous les États ont besoin d'un exécutif central capable de soupeser diverses options avant d'agir. Dans le cas du Québec, le secret des délibérations possède une justification supplémentaire vu la nature de son parlementarisme : la responsabilité ministérielle renforce le besoin de cette solidarité ministérielle qui compte beaucoup sur la confidentialité. Enfin, sur le plan de l'argumentation, le secret des délibérations s'est le plus souvent fondé sur l'idée d'assurer la plus grande liberté de parole possible à l'intérieur du Conseil exécutif ; et sur le plan des sources du droit, il a été reconnu par la common law et par des dispositions précises dans les lois du Québec.

Le système juridique est largement le produit des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Mais ces pouvoirs sont eux-mêmes assujettis au droit, y compris à diverses contraintes législatives et constitutionnelles. Ils jouissent en même temps de privilèges et de prérogatives qui les mettent à l'abri de certaines portions du droit ordinaire. Ces règles d'exception permettent à chacun des trois pouvoirs de l'État d'assumer les responsabilités pour lesquelles il a été créé.

C'est ainsi que les assemblées législatives, tant provinciales que fédérales, disposent des immunités et privilèges qui sont liés à leurs fonctions constitutionnelles, en l'occurrence leurs fonctions législative, délibérative et de contrôle du gouvernement¹. Le pouvoir judiciaire jouit de même de protections adaptées à son rôle propre : la séparation des pouvoirs et l'indépendance judiciaire garantissent en particulier l'inamovibilité des juges, leur sécurité financière et leur autonomie décisionnelle². Or le pouvoir exécutif a lui aussi besoin d'une marge de manœuvre comparable.

1. Les besoins du pouvoir exécutif

Le pouvoir exécutif est certainement celui qui dans l'État assure la présence la plus assidue. Dès l'époque de l'État-gendarme, il avait hérité de diverses « prérogatives royales » qui lui conféraient des pouvoirs, des privilèges et des immunités exorbitants du droit commun. Plusieurs de ces prérogatives ont été conservées jusqu'à aujourd'hui, tant au Canada qu'au Québec, afin de permettre au gouvernement et à l'administration de jouer pleinement leur rôle. L'efficacité que permet l'exercice des prérogatives royales se manifeste bien par exemple au palier fédéral dans le domaine de la direction des forces armées et des affaires étrangères.

C'est un sain pragmatisme qui a justifié aussi ce « privilège de la Couronne » permettant à l'administration publique de préserver la

1. *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667.

2. Voir Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 814-839.

confidentialité de ses renseignements. L'auteur britannique S.A. de Smith le fait ressortir éloquemment :

A primary purpose of Crown privilege has been to maintain the efficient conduct of affairs or "the proper functioning of the public service". Some important information cannot be obtained at all except under a pledge of secrecy. Many persons will not write completely candid appreciations if they have reason to think that their comments may be subsequently divulged.³

Le privilège en question profite à toutes les composantes du pouvoir exécutif et à l'administration publique dans toute sa généralité.

Si on se concentre maintenant sur l'organe central du pouvoir exécutif, qui est au Québec le Conseil exécutif, on réalise bien qu'il doit disposer de même de protections particulières que requiert sa mission. Le secret des délibérations est l'une de ces protections et sa justification, son fondement se trouve d'abord et avant tout dans la nature des choses : « it is inherent in the nature of things that government at a high level cannot function without some degree of secrecy »⁴. Le secret des délibérations « is based upon the inherent needs of government, and the mutual trust which needs to exist between Ministers and between Ministers and their senior advisors »⁵.

Tous les gouvernements dans les démocraties modernes revendiquent le droit de délibérer à huis clos, à l'abri des intrusions judiciaires, afin de servir les rouages nécessaires aux prises de décision. Un rapport britannique de 1976 a étudié par exemple la situation de la France, de la Suède, du Canada et des États-Unis pour conclure qu'un gouvernement ne peut pas fonctionner tout à fait à découvert et qu'il doit pouvoir préserver la confidentialité de ses travaux, surtout aux plus hauts niveaux décisionnels⁶.

Dans l'affaire du Watergate, le juge en chef Burger, au nom de la Cour suprême des États-Unis, a souligné l'importance pour le gou-

3. S.A. de SMITH, *Constitutional and Administrative Law*, Harmondsworth (Angl.), Penguin Books, 1971, p. 601-602.

4. *Sankey c. Whitlam*, (1978) 142 C.L.R. 1 (H.C. Austr.), 40, par le juge en chef Gibbs ; voir au même effet l'opinion du j. Mason aux p. 97-98. La raison d'être du secret est le « proper functioning of the executive branch of government » : *Leeds c. Alberta (Minister of the Environment)*, (1990) 69 D.L.R. (4th) 681 (B.R. Alb.), 692.

5. Il s'agit là de l'opinion du secrétaire du Cabinet britannique rapportée dans *A.-G. c. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484, 488 (B.R.).

6. Voir *Sankey*, précité, note 4, p. 98.

vernement de tout État de protéger la confidentialité des communications :

Human experience teaches that those who expect public dissemination of their remarks may well temper candor with a concern for appearances and for their own interests to the detriment of decision-making process.⁷

En ce qui concerne les États-Unis mêmes, la Cour reconnaît le caractère fondamental du privilège de l'exécutif pour le bon fonctionnement du gouvernement :

A President and those who assist him must be free to explore alternatives in the process of shaping policies and making decisions and to do so in a way many would be unwilling to express except privately.⁸

Dans cette affaire criminelle, la Cour a jugé que le privilège revendiqué n'était pas absolu et elle a ordonné que les enregistrements et documents relatifs aux conversations du président avec ses conseillers soient produits pour examen par le juge du procès.

Si le « privilège de l'exécutif » comprenant le secret des délibérations est nécessaire dans un régime de séparation des pouvoirs comme celui des États-Unis, il l'est encore plus dans un régime parlementaire comme celui du Québec et du Canada.

2. Le fondement systémique du secret des délibérations du Conseil exécutif

En 1867, l'année même où la fédération canadienne fut créée, Walter Bagehot publiait une analyse célèbre de la constitution anglaise dans laquelle il en révélait l'« efficient secret » : la fusion de l'exécutif et du législatif dans ce comité suprême de la Chambre des communes appelé le Cabinet⁹. Et voici comment à ses yeux le Cabinet pouvait prétendre à cette prééminence :

What holds a British Cabinet together and makes it truly efficient [...] is a combination of party loyalty, collective responsibility and secrecy.¹⁰

7. *United States c. Nixon*, (1974) 418 U.S. 683, 706.

8. *Ibid.*, p. 708.

9. Walter BAGEHOT, *The English Constitution*, 1867, Ithaca (N.Y.), Cornell University Press, 1966, dans l'introduction par R.H.S. Crossman, p. 39, et dans le texte de Bagehot, p. 65 et s.

10. *Ibid.*, p. 21.

Selon Bagehot, les membres du Cabinet qui se sont opposés sans succès à une politique donnée doivent l'appuyer publiquement, par solidarité ministérielle. La confidentialité des délibérations leur assure que le contraste entre leurs arguments privés et leur appui public ne sera jamais révélé ; sans une telle assurance, le Cabinet serait resté un faible comité des Communes¹¹.

La même logique ressortait encore en 1970 du célèbre ouvrage de R. MacGregor Dawson. En dépit du fait que les conseils des ministres dans le monde britannique perdaient un peu de leur prestige, notamment au profit du premier ministre, Dawson voyait le Cabinet fédéral comme le centre de gravité du système politique canadien¹² et, pour lui, le secret des délibérations permettait de maintenir la solidarité ministérielle et la survie du gouvernement¹³. Par exemple,

Lord Melbourne is reported to have told his cabinet on one occasion that he did not much care what decision was taken as long as they all told the same story. Mistakes in policy are not likely to be as immediately disastrous to confidence in Parliament and in the country, as are evidences of internal disagreement.¹⁴

Aujourd'hui, la logique systémique qui justifiait du temps de Bagehot le secret des délibérations conserve toute sa raison d'être, en raison du principe de la responsabilité ministérielle : la chambre des élus ne peut pas destituer un ministre sans risquer de faire tomber tout le gouvernement et de provoquer sa propre dissolution. Le Conseil exécutif du Québec œuvre justement dans un tel système.

Le cœur, l'essence du régime parlementaire québécois réside dans le droit de vie ou de mort réciproque du gouvernement et de l'Assemblée nationale. Comme celle-ci peut toujours faire tomber le gouvernement par un vote de non-confiance, le gouvernement a tout avantage à maintenir une cohésion capable d'assurer sa survie. La jurisprudence a reconnu que la responsabilité collective du cabinet est une caractéristique du système de gouvernement britannique et

11. *Ibid.*, p. 21-22.

12. R. MacGREGOR DAWSON, *The Government of Canada*, 5^e éd. rév. par N. WARD, Toronto, University of Toronto Press, 1970, p. 168.

13. *Ibid.*, p. 185-186.

14. J.A. CORRY et J.E. HODGETTS, *Democratic Government and Politics*, 3^e éd. révisée, Toronto, University of Toronto Press, 1959, p. 165. « The confidentiality of Cabinet discussions and documents is essential to the maintenance of solidarity » : Andrew HEARD, *Canadian Constitutional Conventions. The Marriage of Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, p. 65.

qu'elle justifie le secret des délibérations¹⁵. De même, la confidentialité des renseignements du Cabinet fédéral fut établie « for long standing reasons based on constitutional principles such as responsible government »¹⁶. Ainsi, au Québec, la responsabilité ministérielle face à l'Assemblée nationale justifie une forte solidarité ministérielle, laquelle entraîne à son tour le nécessaire secret des délibérations¹⁷.

3. Les fondements conceptuels du secret des délibérations du Conseil exécutif

Le secret des délibérations du Conseil exécutif s'explique aussi par d'autres considérations. La justification le plus souvent invoquée souligne la nécessité de favoriser la discussion libre et spontanée au cabinet¹⁸. Cette justification a fait l'objet de critiques et elle fut rejetée par certains¹⁹, mais la Cour suprême l'a fait sienne récemment :

Les personnes auxquelles incombe la lourde responsabilité de prendre des décisions gouvernementales doivent se sentir libres de discuter de tous les aspects des problèmes dont elles sont saisies et d'exprimer toutes les opinions possibles, sans crainte de voir les documents qu'elles ont lus, les propos qu'elles ont tenus et les éléments sur lesquels elles ont fondé leur décision faire ultérieurement l'objet d'un examen public. [...] Si leurs déclarations étaient susceptibles de divulgation, les membres du Cabinet pourraient censurer leurs propos, consciemment ou non. Ils pourraient se garder d'exprimer des positions impopulaires ou de faire des commentaires qui risqueraient d'être considérés politiquement incorrects.²⁰

15. *Jonathan Cape*, précité, note 5, p. 495.

16. *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185 (C.A.), par. 36, cité avec approbation dans *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 56.

17. BRUN, TREMBLAY et BROUILLET, *op. cit.*, note 2, p. 376-380. Voir aussi *Singh, ibid.*, par. 18 : une ancienne protection législative des renseignements du Cabinet fédéral fut reconnue valide dans *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641 (C.A.), 665, où on lit que cette disposition « vise principalement à protéger la solidarité du Cabinet et la liberté pour lui de s'exprimer spontanément ». Sur la solidarité ministérielle, la « convention of public unanimity », voir de SMITH, *op. cit.*, note 3, p. 176-179.

18. *Jonathan Cape*, précité, note 5, p. 496 ; *Sankey*, précité, note 4, p. 40 ; DAWSON, *op. cit.*, note 12, p. 185, voit dans la liberté de parole une conséquence du secret des délibérations.

19. Voir *Sankey*, précité, note 4, p. 63 et 97, et *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, 657-659.

20. *Babcock*, précité, note 16, par. 18, où la Cour souligne aussi que les ministres ne doivent pas se sentir entravés par la nécessité de demeurer cohérents par rapport au passé ou par le risque d'avoir à se justifier un jour.

Pour les fins de ses travaux, le conseil des ministres doit de même compter sur l'avis de fonctionnaires pouvant s'exprimer sans aucune réserve²¹.

En plus de garantir la spontanéité des délibérations d'un conseil des ministres, la Cour suprême a reconnu que le secret était justifié par un autre motif, soit parer aux répercussions politiques indésirables : en particulier, la confidentialité permet d'éviter de susciter ou attiser « des critiques publiques ou politiques mal fondées ou spécieuses » et les ministres ne devraient pas être placés dans une situation où ils « pourraient faire l'objet d'un harcèlement qui rendrait impossible le gouvernement par le Cabinet »²².

Par ailleurs, le cabinet des ministres est chez nous le principal instigateur des mesures législatives proposées au Parlement. Il est aussi à l'origine des principales politiques publiques à mettre en œuvre dans la société. Il ne conviendrait pas de permettre à certains de percer le secret des délibérations et d'être au courant avant d'autres des intentions gouvernementales. La même préoccupation se manifeste bien dans le secret qui accompagne le processus d'élaboration du budget.

4. Les fondements juridiques du secret des délibérations du Conseil exécutif

Ce sont les règles de common law et d'*equity* qui ont traditionnellement régi la confidentialité des délibérations des conseils des ministres en droit britannique²³. Ainsi, les objections à la production en justice des documents du cabinet étaient accueillies par application de l'immunité absolue portant sur l'ensemble des documents gouvernementaux²⁴. Cette immunité fut par la suite réduite en fonction de l'intérêt public, mais sauf en ce qui concerne les documents du cabinet²⁵. Plus récemment encore, cette dernière exception est large-

21. *Inuit Tapirisat of Canada c. Léger*, [1979] 1 C.F. 710, 721 (C.A.). En appel, à [1980] 2 R.C.S. 735, la Cour suprême ne s'est pas prononcée sur ce point.

22. *Babcock*, précité, note 16, par. 18, citant *Carey*, précité, note 19, p. 659. Voir aussi *Sankey*, précité, note 4, p. 40 et 97.

23. Dans l'affaire *Jonathan Cape*, précitée, note 5, la Cour applique non seulement la common law, mais aussi l'*equity* aux p. 494-495.

24. Voir *Duncan c. Cammell, Laird & Co. Ltd.*, [1942] A.C. 624 (C.L.), où fait foi l'affidavit d'un ministre selon lequel la divulgation d'un document porterait atteinte à l'intérêt public.

25. *Conway c. Rimmer*, [1968] A.C. 910, 952, 971, 973, 979, 987 et 993 (C.L.). Dans *Jonathan Cape*, précité, note 5, p. 490, on lit qu'aucune cour n'ordonnera la production de documents du cabinet dans le cadre d'une action en justice.

ment disparue parce que la common law permet à une cour d'examiner le document afin de déterminer « si l'intérêt public commande que la confidentialité soit préservée ou que le renseignement soit divulgué »²⁶. Les travaux d'un conseil des ministres semblent toutefois jouir d'une protection un peu plus grande puisque ce n'est que « parfois » que leur secret doit céder le pas à un autre intérêt public, notamment celui de préserver l'intégrité du système judiciaire²⁷.

De fait, dans l'affaire *Carey*, la Cour suprême a énuméré les divers facteurs à considérer pour décider si les renseignements du gouvernement doivent être divulgués – et l'un de ces facteurs se rapporte au niveau du processus décisionnel qui est en cause. Or, un cabinet ou conseil des ministres se situe au niveau décisionnel le plus élevé, ce qui justifie une plus grande retenue judiciaire dans son cas. Cette décision

précise toutefois que le niveau de l'échelon gouvernemental impliqué n'est pas le principal facteur à considérer. Il s'agit essentiellement de comparer l'intérêt public tendant en l'espèce à préserver le secret des travaux du conseil des ministres avec l'intérêt public tendant à favoriser la divulgation pour la bonne administration de la justice. Il faut donc considérer, d'une part, la nature de la politique étatique en cause, le contenu des documents impliqués et le caractère plus ou moins récent des délibérations et, d'autre part, la nature et l'importance de la procédure judiciaire en cours.²⁸

En vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*²⁹, la confidentialité des renseignements du Cabinet fédéral fait l'objet « d'une protection plus grande que celle offerte par la common law »³⁰. Au Québec, par contre, les travaux du Conseil exécutif ne jouissent que d'une protection relative semblable à celle qu'accorde la common law. Par l'article 308 du *Code de procédure civile* en vigueur depuis 1966, le Québec a conféré au privilège de la Couronne un caractère relatif :

26. *Babcock*, précité, note 16, par. 23. Dès l'arrêt *Sankey*, précité, note 4, la Cour a appliqué aux travaux du Cabinet et documents d'État la règle générale de l'immunité relative dégagée dans *Conway*, *ibid.* Voir aussi *Burmah Oil Co. c. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (C.L.), et l'affaire *Carey*, précitée, note 19. En ce qui concerne les témoignages oraux de membres ou anciens membres d'un cabinet, l'intérêt public doit aussi se plaider au cas par cas : *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686.

27. *Babcock*, *ibid.*, par. 19, la Cour citant *Carey*, *ibid.*

28. BRUN, TREMBLAY et BROUILLET, *op. cit.*, note 2, p. 379.

29. L.R.C. (1985), c. C-5.

30. *Babcock*, précité, note 16, par. 23.

Jusqu'à et depuis un siècle au Québec comme l'écrit le juge en chef Deschênes, « la thèse de l'immunité absolue avait reçu la sanction de la loi et de la jurisprudence », du moins jusqu'à ce que cette Cour en 1965 soulève un doute sur le caractère absolu du privilège de l'art. 332 C.p.c. alors en vigueur, sans pour autant l'écarter. (Voir *Gagnon c. Commission des valeurs mobilières du Québec et al.*, [1965] R.C.S. 73.)³¹

Par ailleurs, la législation fédérale et québécoise sur l'accès aux documents publics et sur la protection des renseignements personnels protège en principe la confidentialité des renseignements du Conseil privé et du Conseil exécutif³².

5. Les implications des fondements du secret des délibérations

Les ministres prêtent un serment de discrétion qui formalise leur engagement au secret. La raison d'être fonctionnelle et collective du secret des délibérations empêche que des ministres individuellement puissent y renoncer ; si des travaux du cabinet doivent être dévoilés, c'est le chef de l'État qui doit y consentir, sur l'avis du premier ministre³³. Toutefois, cette règle est plus ou moins rigide et d'ex-ministres se sont permis à l'occasion des indiscrétions³⁴. Il reste qu'on voit mal dans quelles circonstances un premier ministre pourrait trouver opportun de lever le secret (sauf lorsque les travaux n'ont plus qu'un intérêt historique). En effet, la levée du secret dans un cas donné créerait un précédent qui pourrait amener les ministres ou leurs conseillers à se censurer à l'avenir. Ceux-ci n'auraient plus l'assurance que leurs interventions et leurs avis resteront absolument confidentiels. Par analogie, on peut dire que les Communes ont eu raison de refuser à la Commission Gomery le droit de se servir du témoignage qu'un acteur du scandale des commandites avait fait devant un comité parlementaire. Les futurs témoins pourront compter que l'immunité à l'égard de leur déposition sera également garantie³⁵.

31. *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 215, 226.

32. Art. 69 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), c. A-1 ; art. 70 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), c. P-21 ; et art. 33 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1.

33. *Jonathan Cape*, précité, note 5, p. 495 ; *Inuit Tapirisat*, précité, note 21. Voir aussi *Leeds*, précité, note 4, p. 695 ; DAWSON, *op. cit.*, note 12, p. 187.

34. Voir de SMITH, *op. cit.*, note 3, p. 178.

35. Voir *Gagliano c. Procureur général du Canada*, 2005 CF 576, dont l'appel fut rejeté parce que sans objet (2006 CAF 86). Au par. 75, on trouve notamment la

Étant donné qu'en common law l'immunité relative accordée aux délibérations d'un cabinet fait partie de la protection du secret administratif en général, il est normal que soient couverts par le secret non seulement les interventions verbales des ministres, mais aussi les documents qu'ils produisent (et ceux qu'ils font produire par les haut fonctionnaires) en vue des réunions du Conseil exécutif³⁶. Les renseignements des comités d'un cabinet jouissent de la même immunité³⁷.

En common law toujours, du point de vue temporel maintenant, le secret des délibérations d'un cabinet devient plus susceptible d'être levé au fur et à mesure de l'écoulement du temps³⁸. Même à une époque où les secrets du cabinet étaient fortement protégés, la cour dans *Jonathan Cape* a refusé une demande d'injonction contre la publication des mémoires d'un ex-ministre malgré l'écoulement d'une période relativement courte³⁹.

Évidemment, la portée du secret des délibérations en common law peut être modifiée par le législateur. Ce sont alors les termes de la législation en cause qui conditionnent les tenants et aboutissants de la confidentialité.

Conclusion

Le secret des délibérations du Conseil exécutif québécois trouve en premier lieu son fondement dans la nature des choses, c'est-à-dire dans la nécessité de permettre l'élaboration optimale des politiques et l'efficacité du processus décisionnel. Tous les États ont besoin d'un

citation suivante : « If there were any exceptions which permitted his statements to be questioned subsequently, at the time when he speaks in Parliament he would not know whether or not there would subsequently be a challenge to what he is saying. »

36. Dans *Jonathan Cape*, précité, note 5, p. 490, la Cour parle des « cabinet papers » comme étant protégés. Plus spécifiquement, il fut jugé que le principe du secret s'étend aux mémoires ou avis destinés au cabinet et produits par les différents services du gouvernement : *Inuit Tapirisat*, précité, note 21. La Cour suprême dans *Babcock*, précité, note 16, par. 18, souligne que la tradition britannique reconnaît depuis longtemps la confidentialité des discussions du cabinet « et des documents préparés en vue de ces discussions ».
37. Voir *Carey*, précité, note 19, p. 642-643.
38. L'écoulement du temps est un des facteurs à considérer selon *Carey, ibid.* Voir par exemple l'affaire *Leeds*, précitée, note 4, aux p. 690-691, et l'affaire *Smallwood*, précitée, note 30, aux p. 706-707.
39. *Jonathan Cape*, précité, note 5. La cour a trouvé qu'il n'y aurait pas d'entrave à la libre discussion dans le cabinet du jour, vu l'écoulement d'une dizaine d'années depuis l'époque relatée dans les mémoires (p. 496).

exécutif central capable de soupeser diverses options avant d'agir. Dans le cas du Québec, le secret des délibérations possède une justification supplémentaire vu la nature de son parlementarisme : la responsabilité ministérielle renforce le besoin de cette solidarité ministérielle qui compte beaucoup sur la confidentialité. Enfin, sur le plan de l'argumentation, le secret des délibérations s'est le plus souvent fondé sur l'idée d'assurer la plus grande liberté de parole possible à l'intérieur du Conseil exécutif ; et sur le plan des sources du droit, il a été reconnu par la common law et par des dispositions précises dans les lois du Québec.