

Le privilège du secret gouvernemental devant les tribunaux, un secret bien gardé ?

Benoît Belleau
avec la collaboration de Simon Larose*

Résumé	305
1. Historique du droit au secret gouvernemental (le privilège de la Couronne)	307
1.1 Fondement	307
1.2 Source du privilège	308
1.3 Évolution du privilège au Canada et au Québec	308
2. Législation fédérale et québécoise en matière de secret gouvernemental	310
2.1 Historique de l'article 308 C.p.c.	310
2.2 Nature et portée	311
2.3 Le lien avec la <i>Loi sur l'accès</i>	312
2.4 Les délibérations du Conseil des ministres	314

* Les auteurs sont avocats à la direction du Contentieux du ministère de la Justice à Montréal. Les propos contenus dans ce texte sont personnels aux auteurs et n'engagent pas le ministère de la Justice du Québec.

2.5	Distinction avec le secret d'État fédéral	315
3.	L'application par les tribunaux de l'immunité relative . . .	317
3.1	La nécessité d'une déclaration détaillée et convaincante de l'autorité ministérielle	317
3.2	Le contenu de la déclaration assermentée	318
3.3	Les motifs de confidentialité additionnels	322
3.4	Les modalités auxquelles ont recours les tribunaux pour respecter la confidentialité de l'information tout en permettant le débat entre les parties	322
	Conclusion	323

RÉSUMÉ

Le privilège relatif au secret gouvernemental est issu de la common law et il a été partiellement codifié à l'article 308 du *Code de procédure civile* du Québec. Il n'accorde qu'une immunité relative, de sorte qu'il appartient au juge d'apprécier la suffisance des motifs d'ordre public invoqués par l'État en fonction des facteurs définis par les tribunaux. Ces facteurs doivent être pris en considération pour déterminer l'opportunité d'avoir recours à la déclaration ministérielle assermentée prévue à l'article 308 C.p.c. et pour en préciser le contenu, le cas échéant.

Il arrive que des justiciables demandent la divulgation de documents et de renseignements gouvernementaux dans le cadre de procès civils. Ils font ces demandes soit en vertu de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹, soit en vertu des dispositions du *Code de procédure civile* (C.p.c.) lors d'interrogatoires préalables ou lors de l'audition, ou soit même dans des demandes séparées en vertu des deux à la fois. Ces demandes visent à obtenir accès à des documents ministériels échangés entre des fonctionnaires au sein de ministères ou entre des ministères et, le cas échéant, aux mémoires ou délibérations du Conseil des ministres, dans l'espoir d'y trouver des informations utiles à leur cause.

La partie qui requiert l'information et les documents gouvernementaux en présume souvent l'existence ou l'apprend lors de l'interrogatoire d'un fonctionnaire qui représente l'État dans le cadre d'une sorte de recherche à l'aveuglette parmi les documents gouvernementaux.

Quels sont les moyens dont dispose le gouvernement pour s'opposer à de telles demandes devant les tribunaux ? Ces moyens sont-ils efficaces et quelle est l'attitude des juges lorsqu'ils sont saisis d'une objection à la preuve fondée sur le privilège de la Couronne à l'égard de la partie confidentielle des mémoires du Conseil des ministres, des délibérations au sein du Conseil des ministres ou de notes ministérielles destinées à un ministre ?

1. Historique du droit au secret gouvernemental (le privilège de la Couronne)

1.1 Fondement

En principe, l'État ne peut être contraint à divulguer devant les tribunaux un renseignement ou un document dont la divulgation serait contraire à l'ordre public. Ce principe qui est énoncé à l'article

1. L.R.Q., c. A-2.1.

308 du *Code de procédure civile* du Québec a pour objet de favoriser le bon fonctionnement du gouvernement. Il met en opposition deux règles d'intérêt public : d'une part, l'intérêt de la société à ce que ne soient pas révélées des informations susceptibles d'affecter le bon fonctionnement du gouvernement et, d'autre part, l'intérêt des justiciables au nom de la bonne administration de la justice, d'être en mesure d'établir tous les faits pertinents au litige².

Dans l'arrêt *Babcock*³, la Cour suprême a reconnu l'importance de la confidentialité de discussions au sein du Conseil des ministres pour le bon fonctionnement du gouvernement, même si celle-ci n'a pas un caractère absolu.

1.2 *Source du privilège*

Le secret gouvernemental qui permet à l'autorité publique de s'opposer à la preuve de faits ou à la divulgation de documents préjudiciables à l'intérêt public lors d'un procès (Crown Privilege) et lors d'un interrogatoire avant procès (Crown Immunity) prend sa source dans la common law qui s'applique de façon supplétive en droit public québécois.

Par conséquent, on doit se référer au droit anglais pour interpréter l'article 308 C.p.c.⁴.

1.3 *Évolution du privilège au Canada et au Québec*

Avant l'arrêt *R. c. Snider*⁵ rendu en 1954 par la Cour suprême du Canada, il appartenait au pouvoir exécutif et non aux tribunaux de décider si la divulgation d'informations ou la production de documents était contraire à l'intérêt public (immunité absolue). L'autorité gouvernementale n'avait pas à motiver sa décision de tenir ces informations confidentielles⁶.

La Cour suprême du Canada dans *Snider* a modifié cette approche en concluant qu'il appartenait aux tribunaux et non au ministre

2. Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 826.

3. *Babcock c. Canada*, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 18 [*Babcock*].

4. J.-C. ROYER, *supra*, note 2, p. 827-830.

5. *R. c. Snider*, [1954] R.C.S. 479 [*Snider*].

6. J.-C. ROYER, *supra*, note 2, p. 833.

de décider si la divulgation d'une information était contraire à l'intérêt public (immunité relative).

Néanmoins, jusqu'en 1964, les tribunaux ont continué de maintenir des objections fondées sur un affidavit général, malgré l'arrêt *Snider*, appliquant ainsi une forme d'immunité absolue. Il suffisait pour le ministre de produire un affidavit général indiquant qu'un document contenait des informations dont la divulgation serait préjudiciable au bon fonctionnement du gouvernement pour écarter la preuve⁷.

Ainsi, en 1965, la Cour suprême, dans l'arrêt *Gagnon c. Commission des valeurs mobilières du Québec*⁸, a infirmé une décision de la Cour d'appel et refusé une objection à la preuve fondée sur un affidavit général qui se limitait à alléguer :

[...] qu'il est d'intérêt public que les faits et documents recueillis au cours des enquêtes faites par la Commission des Valeurs Mobilières du Québec ne soient pas divulgués [...].

La Cour suprême a alors réitéré l'approche adoptée dans *Snider* selon laquelle le secret gouvernemental n'est pas absolu et qu'il ne suffisait pas de produire une attestation générale et non spécifique⁹. Il est donc maintenant essentiel que la déclaration assermentée du ministre ou du sous-ministre, produite en vertu de l'article 308 C.p.c., énonce, de façon détaillée, les motifs d'ordre public invoqués pour s'opposer à la divulgation des renseignements ou documents demandés, de façon à en permettre le contrôle judiciaire.

L'importance relative qui doit exister entre l'intérêt public à protéger la confidentialité des renseignements gouvernementaux et l'intérêt public de la bonne administration de la justice a varié au fil des ans, comme l'indique le juge La Forest dans l'arrêt *Carey*¹⁰.

L'immunité relative qui prévaut en common law, a été codifiée par l'article 308 C.p.c., de sorte qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier judiciairement la suffisance des motifs invoqués à l'appui du secret gouvernemental.

7. *Ibid.*, p. 833.

8. *Gagnon c. Commission des Valeurs Mobilières du Québec*, [1965] R.C.S. 73.

9. J.-C. ROYER, *supra*, note 2, p. 834.

10. *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, p. 647 [*Carey*].

2. Législation fédérale et québécoise en matière de secret gouvernemental

Le privilège de la couronne existe tant en faveur du gouvernement provincial que du gouvernement fédéral. Les deux paliers de gouvernements ont la possibilité de légiférer sur le secret gouvernemental. Les articles 37 à 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*¹¹ protègent les secrets du gouvernement fédéral alors que l'article 308 du *Code de procédure civile* s'applique à ceux du gouvernement provincial. Le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit une immunité absolue à l'égard de certains documents.

2.1 Historique de l'article 308 C.p.c.

Dans le cadre de l'arrêt *Bisaillon c. Keable*¹², relatif au privilège de l'indicateur de police, la Cour suprême a tracé l'historique législatif de l'article 308 C.p.c.

Elle retrace son origine au 28 juin 1867, date d'entrée en vigueur de l'ancien article 275 qui traite du secret du fonctionnaire de l'État¹³ :

[275] Il (le témoin) ne peut être contraint de déclarer ce qui lui a été révélé confidentiellement à raison de son caractère professionnel comme aviseur religieux ou légal, ou comme fonctionnaire de l'état lorsque l'ordre public y est concerné.

En 1966, est entré en vigueur le *Code de procédure civile* dont l'article 308, lequel se lit ainsi à la suite de sa modification en 1975 par la *Charte des droits et libertés* :

[308] De même, ne peuvent être contraints de divulguer ce qui leur a été révélé dans l'exercice de ses fonctions [...] le fonctionnaire de l'État, si le juge est d'avis, pour les raisons exposées dans la déclaration assermentée du ministre ou du sous-ministre de qui relève le témoin que la divulgation serait contraire à l'ordre public.

On retrouve les commentaires suivants des commissaires à la codification au sujet de cette disposition¹⁴ :

11. *Loi sur la preuve*, L.R.C. (1985), c. C-5 [*Loi sur la preuve*].

12. *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, 98-104 [*Bisaillon*].

13. *Bisaillon*, précité, note 12, p. 98.

14. *Bisaillon*, précité, note 12, p. 101.

Par ailleurs, le paragraphe 3 du texte suggéré précise en quoi consiste le secret des fonctionnaires publics. Dans l'état actuel des textes, il suffit qu'un ministre déclare que la matière au sujet de laquelle le fonctionnaire est interrogé est d'ordre public, pour que ce dernier soit dispensé de répondre. Pour éviter ce qu'il pourrait y avoir d'arbitraire dans un tel procédé, *la disposition suggérée oblige le ministre à motiver son objection et donne au juge le pouvoir d'en apprécier le bien-fondé*. Il semble que ce soit là la formule la plus apte à concilier les divers intérêts mis en cause. (nos italiques)

2.2 Nature et portée

Les secrets gouvernementaux ou des institutions qui relèvent de l'Assemblée nationale sont protégés par l'article 308 du C.p.c.

Cet article du *Code de procédure civile* permet d'empêcher la divulgation de documents ou de témoignages si le juge est d'avis que cela serait contraire à l'ordre public. Il faut se référer à la common law pour les cas qui ne sont pas visés par l'article 308 C.p.c.¹⁵. La Cour suprême a reconnu que l'article 308 C.p.c. est une codification partielle de la common law¹⁶, ainsi que le souligne la Cour suprême dans *Bisaillon* :

[...] En d'autres termes, la codification de l'article 308 porte uniquement sur cette partie de la common law qui est comprise dans le droit relatif au privilège de la Couronne, mais non pas sur le régime juridique spécifique réservé au principe du secret relatif à l'indicateur de police.¹⁷

L'article 308 C.p.c. accorde une immunité relative à l'égard des informations qui ont été révélées au fonctionnaire dans l'exécution de ses fonctions. C'est au juge qu'il appartient de décider si les motifs invoqués dans la déclaration assermentée sont suffisants pour justifier le maintien du secret gouvernemental. Le juge doit alors se demander si le privilège invoqué est à ce point important pour le bon fonctionnement du gouvernement qu'il l'emporte sur la bonne administration de la justice¹⁸.

On a reconnu d'une part la primauté du pouvoir judiciaire sur le pouvoir exécutif en ce qui concerne la priorité qu'il faut donner soit au

15. Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale, Précis de droit des institutions administratives*, 2^e éd., revue et augmentée, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 1236.

16. *Bisaillon*, précité, note 12, p. 102.

17. *Bisaillon*, précité, note 12, p. 102.

18. J.-C. ROYER, *supra*, note 2, p. 848.

privilège de la Couronne, soit à l'administration de la justice, advenant conflit entre les deux. Le législateur québécois adopte donc le principe constitutionnel pour lequel cette cour avait manifesté une préférence [...].¹⁹

Afin de permettre au juge de décider si le recours au secret gouvernemental est justifié, l'article 308 C.p.c. prévoit la procédure à suivre. Il requiert une déclaration ministérielle assermentée dans laquelle doivent être allégués de façon détaillée les motifs d'empêcher que soit produite une preuve ou un témoignage couvert par le secret gouvernemental, ainsi que le souligne le juge Beetz dans *Bisailon* :

D'autre part, l'art. 308 du *Code de procédure civile* entérine, pour les cas qui s'y prêtent, la procédure de la déclaration ministérielle assermentée que l'on avait souvent suivie dans la pratique pour invoquer le privilège de la Couronne et qui se trouvait déjà esquissé dans l'alinéa ajouté à l'art. 332 en 1958.²⁰

La durée de la protection contre la divulgation n'est pas indéfinie. Dans l'arrêt *Carey*²¹, on peut lire :

La Cour a estimé en outre que la protection contre la divulgation ne devait pas durer indéfiniment. En effet, la durée de l'immunité serait fonction de la teneur des documents. Quand on affirmait dans l'arrêt *Conway c. Rimmer* que les documents du Cabinet ne devaient pas être divulgués tant que l'intérêt qu'ils présentaient n'était pas purement historique, on allait à l'encontre du principe énoncé dans ce même arrêt selon lequel la divulgation de documents doit être refusée seulement dans la mesure où l'intérêt public le commande. Les questions sur lesquelles portaient les documents dont il s'agissait dans cette affaire-là remontaient à plus de trois ans auparavant et n'avaient plus d'importance réelle.

2.3 Le lien avec la Loi sur l'accès

La *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* prévoit la confidentialité de divers renseignements ayant des incidences administratives ou politiques (art. 30 à 40) notamment les mémoires ou comptes rendus des délibérations du Conseil exécutif (art. 33(6°)) et les opinions juridiques (art. 31).

19. *Bisailon*, précité, note 12, p. 102.

20. *Bisailon*, précité, note 12, p. 102.

21. *Carey*, précité, note 10, p. 664.

Bien que la *Loi sur l'accès* ait un caractère prépondérant (art. 168), elle n'a pas pour effet de restreindre la production d'un document dans le cadre d'un débat judiciaire, ainsi que l'indique la juge Tourigny dans *Société nationale de l'amiante c. Lab Chrysotile inc.*²² :

L'article 171 a précisément pour effet de soustraire les tribunaux à l'application des dispositions de la loi et de leur permettre, lorsqu'ils en arrivent à la conclusion qu'il y a lieu de le faire, de se prononcer sur le caractère confidentiel des documents et, au besoin, de déterminer les mesures appropriées pour assurer cette confidentialité.

L'article 171 se lit comme suit :

171. Malgré les articles 168 et 169, la présente loi n'a pas pour effet de restreindre :

1^o l'exercice du droit d'accès d'une personne à un document résultant de l'application d'une autre loi ou d'une pratique établie avant le 1^{er} octobre 1982, à moins que l'exercice de ce droit ne porte atteinte à la protection des renseignements personnels ;

2^o la protection des renseignements personnels ni l'exercice du droit d'accès d'une personne à un renseignement nominatif la concernant, résultant de l'application d'une autre loi ou d'une pratique établie avant le 1^{er} octobre 1982 ;

3^o la communication de documents ou de renseignements exigés par le Protecteur du citoyen ou par assignation, mandat ou ordonnance d'une personne ou d'un organisme ayant le pouvoir de contraindre à leur communication.

Cet article suit de près les dispositions relatives à la prépondérance de la loi sur toute autre loi québécoise, à moins d'une disposition expresse à cet effet.

Si l'on peut dire qu'il demeure une certaine ambiguïté dans les textes et que le législateur québécois n'a pas précisé la façon dont doivent s'harmoniser les dispositions de la Loi d'accès et celles du *Code de procédure civile*, il faut tout de même donner à l'article 171.3^o un quelconque effet.

Il me paraît que, même si cela peut paraître étrange à première vue, lorsque l'on considère l'ensemble de la loi, le législateur a décidé que la loi ne pouvait avoir pour effet de restreindre la communication d'un document lorsqu'il est visé par un *subpœna*, ou une ordonnance quelconque, dans le cas qui nous occupe, de la Cour supérieure.

22. [1995] R.J.Q. 757, 760 (C.A.).

L'article 171 de la *Loi sur l'accès* a donc pour effet de soustraire les tribunaux à l'application de cette loi et de leur permettre de se prononcer sur le caractère confidentiel de renseignements ou de documents et, le cas échéant, de déterminer les mesures appropriées pour assurer la confidentialité.

Néanmoins, le Tribunal peut s'inspirer de la *Loi sur l'accès* pour déterminer le caractère confidentiel des documents visés par la demande dans le cadre d'une objection²³.

2.4 Les délibérations du Conseil des ministres

Les motifs pour lesquels doit être maintenue la confidentialité des délibérations du Conseil des ministres au nom du bon fonctionnement du gouvernement, ont été énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Babcock*²⁴ :

La tradition démocratique britannique, dont s'inspire la tradition canadienne, reconnaît depuis longtemps la confidentialité des discussions tenues dans l'enceinte du Cabinet et des documents préparés en vue de ces discussions. Cette confidentialité s'explique aisément. 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 : voir *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185 (C.A.), par. 21 et 22. 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. L'opinion de lord Salisbury, exposé à la p. 13 du *Report of the Committee of Privy Counsellors on Ministerial Memoirs* (janvier 1976), résume bien la raison d'être de la reconnaissance et de la protection accordées aux renseignements confidentiels du Cabinet :

[Traduction] Les discussions du Cabinet ne se prêtaient pas au prononcé de jugements mûrement réfléchis mais visaient plutôt la recherche de conclusions pratiques. Elles ne pouvaient être vrai-

23. D. FERLAND et B. EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd., p. 601-602.

24. *Babcock*, précité, note 3, par. 18.

ment efficaces à cet égard que si l'échange des idées y atteignait le même degré de liberté et de spontanéité que celui propre aux conversations privées – les membres 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. [...] La première règle de conduite des délibérations du Cabinet qu'il avait l'habitude de proclamer était qu'un membre ne doit jamais « rafraîchir la mémoire » d'un autre membre – c'est-à-dire comparer sa contribution actuelle au fonds commun d'opinions avec un point de vue qu'il a exprimé auparavant...

Le processus de gouvernement démocratique atteint son efficacité maximum lorsque les membres du Cabinet à qui incombe le choix des politiques et des décisions gouvernementales peuvent s'exprimer sans réserve au sein du Cabinet. En plus de garantir la spontanéité des délibérations du Cabinet, notre Cour a reconnu dans l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, p. 659, que la protection des documents du Cabinet était justifiée par un autre motif, soit éviter de « suscite[r] ou attise [r] des critiques publiques ou politiques mal fondées ou spécieuses ». Ainsi, lorsqu'ils prêtent leur serment de membres du Conseil privé, les ministres s'engagent à ne rien révéler des délibérations du Cabinet, et la Chambre des communes et les tribunaux respectent la confidentialité du processus décisionnel du Cabinet.

Bien que l'arrêt *Babcock* traite des dispositions de la *Loi sur la preuve fédérale*, ces propos peuvent s'appliquer également au secret des délibérations du Conseil des ministres du Québec et ils doivent être pris en considération lorsque les tribunaux doivent déterminer si l'intérêt public commande davantage le maintien de la confidentialité ou la divulgation en appliquant des facteurs énoncés dans *Carey*²⁵.

2.5 Distinction avec le secret d'État fédéral

Les articles 37 à 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* visent la confidentialité de certaines informations provenant du gouvernement fédéral ou de ses institutions. Les articles de la *Loi sur la preuve* trouvent application devant toute cour de juridiction fédérale ou provinciale. Malgré l'article 2 de la *Loi sur la preuve au Canada*, les dispositions de cette loi s'appliquent à toutes questions juridiques tant en matière civile que pénale²⁶.

25. *Babcock*, précité, note 3, par. 19.

26. J.-C. ROYER, *supra*, note 2, p. 837.

L'article 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* accorde une immunité absolue dans certaines circonstances, ce qui constitue une modification à la common law qui applique l'immunité relative à la divulgation de certains renseignements²⁷ :

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 [...].

On retrouve au deuxième alinéa de cet article une liste non exhaustive des documents visés par le premier alinéa. À titre d'exemple, une note destinée à soumettre des propositions au Conseil privé jouit d'une immunité absolue. Notons que cette immunité absolue a une durée de vie limitée.

39. (4) L'alinéa (1) ne s'applique pas :

1. à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans ;
2. 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.

Il demeure toujours possible pour le justiciable de contester l'attestation délivrée par le greffier ou le ministre lorsque les renseignements à l'égard desquels l'immunité est invoquée ne relèvent pas du paragraphe 39(1) ou si l'exercice de la discrétion prévue au paragraphe 39(1) a été faite de façon irrégulière²⁸.

Par ailleurs, les articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* attribuent une immunité relative à des renseignements non couverts par l'article 39 dont la divulgation serait contraire à l'intérêt public. En ce sens, ils sont similaires à ce que prévoit l'article 308 C.p.c. Ils ont été interprétés par la Cour suprême dans l'arrêt *Babcock*²⁹, qui en résume la portée :

27. *Loi sur la preuve*, précitée, note 11.

28. J.-C. ROYER, *supra*, note 2, p. 839.

29. *Babcock*, précité, note 3, par. 17.

Les articles 37, 38 et 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* régissent les oppositions à la divulgation de renseignements protégés détenus par le gouvernement fédéral. L'article 37 vise tous les cas où la Couronne fait valoir son immunité, sauf en ce qui a trait aux renseignements confidentiels du Cabinet ou du Conseil privé de la Reine pour le Canada ; l'art. 38 traite des oppositions relatives aux relations internationales ou à la défense nationale ; enfin l'art. 39 s'applique aux renseignements confidentiels du Cabinet. Sous le régime des art. 37 et 38, un juge détermine si l'intérêt public commande davantage la divulgation des renseignements ou, au contraire, leur protection. Par contre, pour l'application de l'art. 39, c'est le greffier ou le ministre qui soupèsent les intérêts opposés. Si le greffier ou le ministre attestent valablement que des renseignements sont confidentiels, le juge ou le tribunal est tenu de rejeter la demande de divulgation des renseignements, sans les examiner.

3. L'application par les tribunaux de l'immunité relative

3.1 La nécessité d'une déclaration détaillée et convaincante de l'autorité ministérielle

L'immunité étant relative, les tribunaux doivent apprécier, à la lumière de la déclaration ministérielle assermentée, si la protection de la confidentialité des affaires du gouvernement doit l'emporter sur l'importance de divulguer l'information pour préserver l'intégrité du système judiciaire. Comme les juges, dans un souci d'assurer le respect du droit à l'audition des administrés, ont souvent tendance à favoriser la divulgation des renseignements ou documents lorsqu'il est démontré leur pertinence au litige, il importe d'accorder une attention particulière à la préparation de la déclaration ministérielle prévue à l'article 308 C.p.c.

Elle doit exposer de façon détaillée les motifs particuliers d'ordre public qui ont amené le gouvernement à traiter les documents en cause de façon confidentielle. C'est sur ce document que le juge se fondera pour déterminer s'il y a lieu d'accorder préséance au secret gouvernemental pour des motifs « d'ordre public » parce que leur divulgation pourrait nuire au bon fonctionnement du gouvernement.

Il n'existe pas de définition de l'expression « ordre public » :

Le concept général de « l'ordre public » n'est pas défini par le législateur. D'ailleurs, il serait difficile de cerner ce concept par le biais d'une définition puisque, comme l'indique le professeur Angers Larouche, « il s'agit d'un concept philosophique ».

[...]

L'ordre public, c'est d'abord et avant tout l'intérêt social et général ; toutefois, cette notion d'intérêt social n'est pas statique, elle est appelée à changer dans le temps et l'espace.³⁰

Les auteurs R. Dussault et G. Pelletier soulignent d'ailleurs la difficulté de trancher une objection fondée sur l'article 308 C.p.c., à l'aide d'un critère aussi imprécis que l'ordre public³¹.

[...] il paraît assez improbable que les tribunaux apprécient le bien-fondé de l'opposition du ministre à partir de critères purement objectifs. L'ordre public est une notion trop imprécise pour que dans un contexte comme celui du secret administratif, où l'intérêt public intervient sans aucun doute, les tribunaux puissent exercer un contrôle de pure légalité sans faire intervenir les éléments d'un contrôle d'opportunité.

Patrice Garant, pour sa part, estime que cette notion d'ordre public serait beaucoup plus restrictive que celle d'intérêt public, de sorte que le contrôle judiciaire devrait plutôt porter sur la légalité que sur l'opportunité³².

Il semble, en pratique, que dans la majorité des cas, les tribunaux ont estimé qu'il fallait assimiler la notion d'ordre public à l'intérêt public parce que l'article 308 C.p.c. a codifié partiellement la common law.

3.2 *Le contenu de la déclaration assermentée*

Il est nécessaire de connaître les facteurs énoncés par les tribunaux relativement au secret gouvernemental pour déterminer l'opportunité de produire une déclaration ministérielle assermentée et, le cas échéant, en préciser le contenu.

L'arrêt *Carey* de la Cour suprême résume ces facteurs que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu de

30. *Summer Sports inc. c. Pavillon Chasse & Pêche*, C.S., n° 700-05-000445-845.

31. R. DUSSAULT et G. PELLETIER, « Le professionnel fonctionnaire face aux mécanismes d'inspection professionnelle et de discipline institués par le *Code des professions* », (1977) 37 *R. du B.* 2, 79.

32. P. GARANT, *Droit administratif*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 73.

maintenir le caractère confidentiel de renseignements et documents gouvernementaux³³ :

La jurisprudence qui précède, et en particulier l'arrêt *Smallwood*, règle à mon avis plusieurs des questions en cause en l'espèce. Cet arrêt détermine que les documents du Cabinet doivent être divulgués au même titre que d'autres éléments de preuve, à moins que cela ne porte atteinte à l'intérêt public. Toutefois, on ne saurait faire abstraction du fait que de tels documents concernent le processus décisionnel à l'échelon le plus élevé du gouvernement. Les tribunaux doivent agir avec prudence en ordonnant leur production. Toutefois, le palier du processus décisionnel dont il s'agit n'est qu'un élément parmi beaucoup d'autres à prendre en considération. Plus importantes encore, à ce qu'il me semble, sont la nature de la politique en question et la teneur précise des documents. Aussi, en ce qui concerne la protection du processus décisionnel, le moment où sera divulgué un document ou un renseignement constitue un facteur extrêmement important. La révélation des discussions et des projets du Cabinet au stade de l'élaboration ou dans d'autres situations où le public s'intéresse vivement à ces choses risquerait de nuire gravement au bon fonctionnement du gouvernement par le Cabinet, mais cela n'est guère le cas lorsqu'il s'agit d'une politique de moindre importance qui a cessé depuis longtemps de susciter beaucoup d'intérêt parmi le public.

À ces considérations, et la liste n'est pas exhaustive, on doit bien entendu ajouter l'importance qu'il y a de produire les documents dans l'intérêt de la justice. À ce propos, des points tels que l'importance de la cause et la nécessité ou l'opportunité de produire les documents afin qu'elle puisse être plaidée d'une manière adéquate et équitable sont autant de facteurs à faire entrer en ligne de compte. En même temps, il est bien de se rappeler que seuls doivent être révélés les faits particuliers se rapportant au litige. Ainsi, on ne se trouve pas à s'écarter sérieusement du principe général du secret qui s'applique aux plus importantes décisions gouvernementales.

Le Tribunal doit donc apprécier les motifs d'intérêt public gouvernemental à ne pas divulguer l'information parce qu'elle est susceptible de nuire au bon fonctionnement du gouvernement à la lumière des motifs d'intérêt public invoqués par le justiciable qui en requiert la production à titre de preuve des faits en litige, de façon à lui permettre de plaider efficacement sa cause. La déclaration ministérielle assermentée de l'article 308 C.p.c. doit donc tenir compte de ces facteurs que le juge aura à apprécier :

33. *Carey*, précité, note 10, p. 670-671.

- Le niveau du palier gouvernemental concerné par les renseignements ;
- La nature de la politique en question ou la teneur précise des documents ;
- Le moment où sera divulgué un document ou un renseignement ;
- La pertinence dans un litige de produire ces documents dans l'intérêt de l'administration de la justice afin de permettre aux parties de faire une preuve complète des faits en litige.

Le niveau du palier gouvernemental concerné par les renseignements constitue un facteur important dans l'application de l'article 308 C.p.c. Bien que non déterminant en soi, les tribunaux se montreront davantage prudents lorsqu'ils auront à se pencher sur la divulgation d'un mémoire au Conseil des ministres par exemple³⁴.

De plus, la nature ou la teneur du document visé par la demande de divulgation, son caractère politique ainsi que le moment de sa divulgation constituent des éléments importants³⁵. Plus les risques que la divulgation nuise au bon fonctionnement du gouvernement sont grands, surtout si le sujet est d'actualité et fait l'objet d'attention médiatique, plus les tribunaux doivent faire preuve de prudence.

Le justiciable qui demande la divulgation doit pour sa part démontrer l'importance et la pertinence qu'il y a à produire les documents ou renseignements qu'il demande pour lui permettre de plaider adéquatement sa cause. À cette fin, il doit démontrer que les renseignements recherchés sont susceptibles de faire progresser le débat, se rapportent au litige, qu'ils ne constituent pas une recherche à l'aveuglette, et qu'ils puissent être susceptibles de constituer une preuve en soi, ainsi que la Cour d'appel du Québec l'a précisé dans l'arrêt *Westinghouse*³⁶.

Dans l'arrêt *Fueco*³⁷, la Cour d'appel a précisé comment doit s'apprécier la pertinence au stade d'un interrogatoire après défense portant sur tous les faits en litige :

34. *Babcock*, précité, note 3, par. 18.

35. *Carey*, précité, note 10, p. 671.

36. *Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735 (C.A.), p. 2741.

37. *Fueco c. Société générale de financement du Québec et al.*, C.A.M., n° 500-09-016626-061, 20 novembre 2006, juge Dufresne.

[5] Au stade de l'interrogatoire préalable, avant ou après défense, la pertinence s'apprécie principalement par rapport aux allégations contenues dans les actes de procédure (*Glegg c. Smith & Nephew Inc.*, [2005] 1 R.C.S. 724, 736). Dans l'arrêt *Glegg* précité, le juge Louis LeBel apporte la précision suivante à propos de l'interrogatoire au préalable :

Bien employée, cette procédure peut continuer à accélérer la marche du procès et la résolution des débats judiciaires (références omises). (Nos italiques)

[6] Le concept de pertinence s'apprécie par rapport à l'obligation des parties de faire la preuve de l'ensemble des éléments de base de leur réclamation (*Domaine de la Rivière Inc. c. Aluminium du Canada Ltée*, [1985] R.D.J. 30). Ce concept s'apprécie largement et il correspond à une notion d'utilité pour la conduite de l'instance (*Glegg c. Smith & Nephew Inc.*, précité, *Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735 (C.A.), p. 2741).

[7] Par ailleurs, l'absence de pertinence (parce qu'un fait n'a pas de rapport avec le litige ou est dénué de valeur probante) et l'absence de connexité permettent d'exclure une preuve sans intérêt (Jean-Claude Royer, *La preuve civile*, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, par. 975 et 976). La seule allégation d'un fait ne suffit pas à rendre un fait pertinent (*Napper c. Cité de Sherbrooke*, [1968] R.C.S. 716, 720).

[8] En somme, si le juge doit faire preuve de prudence lorsque l'objection est fondée sur la pertinence, étant donné le caractère exploratoire de l'interrogatoire préalable (*Kruger c. Kruger*, [1987] R.D.J. 11, 17 (C.A.)), l'exercice ne peut toutefois pas constituer une recherche à l'aveuglette (*Blaikie c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1990] R.D.J. 473, 477 (C.A.) ; *Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735, 2738, 2739 (C.A.)).

Il est souvent difficile, surtout à l'étape de l'interrogatoire préalable, de déterminer si les faits qu'une partie veut mettre en preuve seront importants pour la solution du litige, lorsqu'est formulée une objection fondée sur le secret gouvernemental.

Néanmoins, le motif de non-pertinence des documents dont on demande la divulgation, de même que le caractère souvent exploratoire de l'interrogatoire (recherche à l'aveuglette), doivent être pris en considération par le juge pour trancher l'objection fondée sur le secret gouvernemental.

C'est donc à la lumière de l'ensemble de ces facteurs que le juge devra apprécier les motifs d'intérêt public pour déterminer s'il doit maintenir ou rejeter l'objection fondée sur le secret gouvernemental.

3.3 Les motifs de confidentialité additionnels

Le tribunal pourra également prendre en considération d'autres motifs de confidentialité applicables aux renseignements dont on demande la divulgation comme le secret professionnel, le secret des informations relatives aux relations internationales ou interprovinciales, les secrets industriels, etc., ce qui peut contribuer à renforcer les arguments relatifs au secret gouvernemental prévu à l'article 308 C.p.c.

À titre d'exemple, il est possible de retrouver dans les mémoires du Conseil des ministres des informations de la nature d'opinions juridiques qui jouissent d'une immunité en vertu du secret professionnel ou d'autres informations à caractère confidentiel.

3.4 Les modalités auxquelles ont recours les tribunaux pour respecter la confidentialité de l'information tout en permettant le débat entre les parties

L'audition sur une objection faite en vertu de l'article 308 C.p.c. présente des difficultés. En effet, comment permettre un débat approprié sur l'immunité conférée par cet article devant le juge en vertu des facteurs développés par la Cour suprême dans l'arrêt *Carey*, sans dévoiler les renseignements en cause ?

Au fil des ans, les tribunaux ont procédé de diverses façons lors des débats judiciaires en vertu de l'article 308 C.p.c.

En principe, le juge devrait faire un examen préalable et *ex parte* des renseignements visés par l'objection fondée sur l'article 308 C.p.c. à la lumière de la déclaration ministérielle assermentée afin d'apprécier les motifs d'ordre public invoqués par l'État³⁸.

Parfois, le juge préférera procéder en présence de la partie qui demande l'accès aux documents confidentiels en identifiant de façon très générale la nature de l'information contenue dans le document, ce qui devrait permettre, sans divulguer les informations aux procu-

38. D. FERLAND et B. EMERY, *supra*, note 23, p. 495-496.

reurs de cette partie, de faire des représentations appropriées. Le défi pour le juge consiste alors à définir la nature de l'information contenue au document sans en révéler le contenu, tout en permettant à la partie qui en requiert la divulgation de plaider efficacement.

Conclusion

L'examen des facteurs énoncés dans l'arrêt *Carey* dans le cadre d'une objection fondée sur le secret gouvernemental en vertu de l'article 308 C.p.c. est un exercice de pondération difficile.

Le juge est souvent porté à tenir pour acquis que l'information demandée sera pertinente au litige et, dans un souci de transparence, à autoriser la production de documents confidentiels pour permettre au justiciable de plaider sa cause de manière adéquate. Pour démontrer l'importance de maintenir les renseignements et documents de l'État confidentiels afin d'assurer le bon fonctionnement du gouvernement, on doit pouvoir s'appuyer sur une déclaration ministérielle claire et détaillée des motifs d'ordre public invoqués et s'assurer que l'administré parvienne à démontrer que cette information se rapporte véritablement au litige et qu'elle est importante pour sa solution. Mais il est souvent difficile de prévoir l'issue d'un tel débat.

Il sera donc toujours préférable lors de la préparation de documents destinés aux ministres ou au Conseil des ministres d'envisager la possibilité que de tels documents puissent être susceptibles d'être rendus publics par décision du tribunal, surtout dans le contexte où la possibilité de recours judiciaire est élevée.

