



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia, 2020 CSC 20
APPEL ENTENDU : 9 décembre 2019
JUGEMENT RENDU : 31 juillet 2020
DOSSIER : 38381

ENTRE :

Procureur général de la Colombie-Britannique
Appelant

et

Provincial Court Judges' Association of British Columbia
Intimée

- et -

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureure générale du Québec, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Association canadienne des juges des cours supérieures, Association du Barreau canadien, Association canadienne des juges des cours provinciales, Fédération canadienne des contribuables et Association canadienne des libertés civiles
Intervenants

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer

MOTIFS DE JUGEMENT : (par. 1 à 121)
La juge Karakatsanis (avec l'accord du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer)

NOTE : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

C.-B. (P.G.) c. PROV. CT. JUDGES' ASSN.

Procureur général de la Colombie-Britannique

Appelant

c.

Provincial Court Judges' Association of British Columbia

Intimée

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
Association canadienne des juges des cours supérieures,
Association du Barreau canadien,
Association canadienne des juges des cours provinciales,
Fédération canadienne des contribuables et
Association canadienne des libertés civiles**

Intervenants

**Répertorié : Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court
Judges' Association of British Columbia**

2020 CSC 20

N° du greffe : 38381.

2019 : 9 décembre; 2020 : 31 juillet.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Rémunération des juges — Recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges au procureur général d'une province concernant la rémunération, les indemnités et les avantages consentis aux juges provinciaux — Mémoire au Cabinet relatif aux recommandations de la commission et à la réponse du gouvernement déposé par le procureur général — Résolution adoptée par l'Assemblée législative rejetant l'augmentation salariale recommandée par la commission — Demande de contrôle judiciaire de la résolution de l'Assemblée législative présentée par les juges — Le mémoire au Cabinet devrait-il faire partie du dossier de contrôle judiciaire ?

En octobre 2016, la commission sur la rémunération des juges de la Colombie-Britannique a recommandé d'augmenter le salaire des juges provinciaux de 8,2 pour cent pour l'année 2017-2018. Le procureur général a soumis un mémoire au Cabinet relatif aux recommandations de la commission. Il a ensuite déposé la proposition de réponse du gouvernement au rapport de la commission et proposé l'adoption d'une résolution visant le rejet de l'augmentation salariale recommandée par la commission ainsi que l'approbation d'une hausse de plutôt 3,8 pour cent. L'Assemblée législative a adopté la résolution. La Provincial Court Judges' Association a demandé que cette résolution fasse l'objet d'un contrôle judiciaire et a

sollicité une ordonnance intimant au procureur général de produire le mémoire au Cabinet pris en compte par le gouvernement au moment de préparer sa réponse. La protonotaire saisie de la requête a ordonné au procureur général de produire le mémoire au Cabinet. Les appels interjetés par le procureur général de la décision de la protonotaire devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique puis devant la Cour d'appel ont été rejetés.

Arrêt : L'appel est accueilli et l'ordonnance de production du mémoire au Cabinet rendue par la protonotaire est annulée.

Un gouvernement doit donner des motifs précis justifiant sa décision de s'écarter de quelque façon que ce soit des recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges. La réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission est sujette à la forme limitée de contrôle judiciaire décrite dans l'arrêt *Bodner c. Alberta*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286. Le contrôle de ce type est le moyen qui vise à garantir que le gouvernement respecte le mécanisme d'examen par une commission et qui préserve la confiance du public dans l'administration de la justice que ce mécanisme vise à protéger. La réponse du gouvernement doit respecter la norme de justification dite de la rationalité. L'arrêt *Bodner* a défini une analyse en trois étapes permettant de déterminer si la décision d'un gouvernement de s'écarter des recommandations d'une commission satisfait à cette norme. Ce cadre d'analyse exige du tribunal qu'il se demande (1) si le gouvernement a justifié par un motif légitime sa décision de s'écarter des

recommandations de la commission, (2) si les motifs invoqués par le gouvernement ont un fondement factuel raisonnable, et (3) si le mécanisme d'examen par une commission a été respecté et les objectifs du recours à une commission — à savoir préserver l'indépendance de la magistrature et dépolitiser la fixation de la rémunération des juges — ont été atteints.

La nature limitée du contrôle judiciaire de type *Bodner*, le rôle du tribunal de révision et l'objet du mécanisme ont une incidence sur les éléments de preuve qui seront examinés par le tribunal de révision. Il faut appliquer les règles en matière de preuve et de production de manière à tenir compte des caractéristiques uniques du contrôle de type *Bodner* et à respecter aussi bien le principe de l'indépendance judiciaire que celui de la confidentialité du processus décisionnel du Cabinet. Le dossier relatif à un contrôle de type *Bodner* renferme nécessairement toute position ayant été exposée devant la commission par le gouvernement, les juges et les autres intervenants; le rapport de la commission, y compris ses recommandations; et la réponse du gouvernement à ces recommandations. Certains types d'éléments de preuve additionnels sont admissibles s'ils sont pertinents pour déterminer s'il a été satisfait à l'une ou l'autre des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*, y compris des éléments de preuve qui visent à mettre en question le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel s'est appuyé le gouvernement, le manque de participation concrète ou de respect dont ce dernier a fait preuve envers le mécanisme d'examen par une commission, ou encore le fait que la réponse du gouvernement était fondée sur un objectif illégitime ou déguisé. À cette fin, la partie qui sollicite le

contrôle peut demander à ce que le gouvernement produise des éléments de preuve en sa possession. Dans la mesure où un contrôle de type *Bodner* vise souvent des décisions dans lesquelles le Cabinet a joué un rôle, la partie qui entend exercer ce type de recours pourrait demander la production d'un document confidentiel du Cabinet.

En général, dans un contrôle de type *Bodner*, la question qui se pose est celle de savoir si, dans sa réponse aux recommandations d'une commission, un gouvernement a manqué à ses obligations constitutionnelles qui découlent du principe de l'indépendance judiciaire. La pertinence de tout élément de preuve additionnel proposé doit donc être analysée au regard des questions que devra trancher le tribunal saisi d'un tel contrôle. Pour être pertinents, les éléments de preuve proposés doivent contenir des renseignements qui tendent à concerner un fait en lien avec une des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*.

Cependant, il faut quelque chose de plus que la pertinence pour établir le juste équilibre entre le respect de la confidentialité des délibérations du Cabinet et le maintien de l'intégrité dans son ensemble du contrôle de type *Bodner*. Même si toute consultation d'un document confidentiel du Cabinet mine la confidentialité des délibérations du Cabinet dans une certaine mesure, celle menée par un juge d'un document qui porte sur les délibérations du Cabinet relativement à la magistrature la minerait encore plus. Des considérations particulières entrent donc en jeu lorsque la partie qui demande le contrôle de type *Bodner* sollicite la production par le

gouvernement d'un document se rapportant au processus décisionnel du Cabinet. La partie qui demande le contrôle doit faire ressortir du dossier quelque chose — y compris des éléments de preuve autrement admissibles — qui étaye sa prétention selon laquelle le document peut tendre à démontrer que la réponse du gouvernement n'a pas satisfait à une ou à plusieurs des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*. Il ne suffit pas d'affirmer que le décideur disposait du document ou que celui-ci apporterait au tribunal de révision des renseignements contextuels additionnels.

Si la partie qui demande le contrôle effectue la démonstration requise — à savoir qu'il existe des raisons de croire que le document peut contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une des exigences décrites dans l'arrêt *Bodner* —, le gouvernement devra produire le document en question aux fins d'un examen par le tribunal. Celui-ci devra alors examiner le document en privé pour déterminer si, de fait, il fournit des éléments de preuve qui tendent à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à l'une ou l'autre des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*. Le document doit se révéler utile pour attaquer la légitimité des motifs invoqués par le gouvernement, ou encore pour mettre en doute le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel il s'est appuyé, le respect dont il a fait preuve envers le mécanisme d'examen par une commission ou l'atteinte des objectifs du recours à ce mécanisme.

Même si le document satisfait à ce critère, sa production demeure assujettie à toute autre règle de preuve empêchant sa divulgation, notamment celle

relative à l'immunité d'intérêt public. Cette doctrine empêche la divulgation d'un document lorsque le tribunal est convaincu que l'intérêt du public à ce qu'un document demeure confidentiel l'emporte sur celui à ce qu'il soit divulgué. L'immunité d'intérêt public exige de mettre soigneusement en balance ces intérêts opposés du public qui doivent être évalués en fonction d'un document précis, dans le cadre d'une instance donnée. C'est au gouvernement qu'il incombe d'établir qu'un document est visé par cette immunité et qu'il ne devrait donc pas être divulgué. En ce qui a trait aux documents confidentiels du Cabinet, l'intérêt du public à ce qu'un document relatif aux délibérations du Cabinet demeure confidentiel étant important, il doit être supplanté par un intérêt du public encore plus important à ce qu'il soit divulgué. Les principaux facteurs pertinents pour l'exercice de mise en balance des intérêts opposés du public quant à la confidentialité et à la divulgation ont été énoncés dans l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637. Il s'agit du palier du processus décisionnel, de la nature de la politique en question, de la teneur précise des documents, du moment où sera divulgué le document, de l'intérêt de l'administration de la justice et de la question de savoir si la partie qui cherche à obtenir la production des documents allègue une conduite peu scrupuleuse de la part du gouvernement.

Dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, divers facteurs jouent bien souvent en faveur du maintien de la confidentialité d'un document. Le processus décisionnel du Cabinet se situe au plus haut échelon décisionnel du pouvoir exécutif. La rémunération des juges est un domaine de politique publique important et sensible. Les documents concernant les délibérations du Cabinet peuvent fort bien rendre

compte des opinions de certains ministres et révéler des désaccords entre eux; en conséquence, leur contenu est souvent très sensible. Selon la teneur du document, le moment où ce dernier serait divulgué peut également jouer en faveur du maintien de sa confidentialité.

L'intérêt de l'administration de la justice embrasse un vaste éventail de considérations, y compris l'importance de la cause et la nécessité ou l'opportunité de produire le document. Dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, ces considérations jouent dans les deux sens. Même si les contrôles de ce type sont d'une grande importance, le fait qu'une des parties réclame la production d'un document confidentiel du Cabinet pertinent dans ce contexte ne saurait, en soi, servir de fondement général à la divulgation. Au moment d'examiner la question de l'intérêt de l'administration de la justice, le tribunal doit donc se concentrer sur la mesure dans laquelle le document a un rapport avec les questions en litige. Si le document tend à établir que le gouvernement a décidé de fournir publiquement des motifs trompeurs pour justifier sa réponse aux recommandations de la commission, qu'il s'est appuyé sur un fondement factuel comportant des lacunes fondamentales, qu'il a agi pour atteindre un objectif illégitime ou déguisé, ou qu'il s'est montré indifférent ou irrespectueux envers le recours au mécanisme d'examen par une commission, cela portera si directement — et de manière si déterminante — sur l'issue du contrôle de type *Bodner* que l'exclusion du document en question serait contraire à l'intérêt de l'administration de la justice. En revanche, si l'incidence d'un document du Cabinet sur le contrôle de type *Bodner* est limitée et si son exclusion du dossier peut

difficilement empêcher le tribunal de révision de trancher au fond les questions en litige, il se pourrait que la valeur probante de cette preuve soit trop faible pour justifier une divulgation.

En l'espèce, l'Association n'a pas fait la démonstration préliminaire requise pour qu'un juge ordonne la production du document du Cabinet afin de le consulter. L'Association n'a fourni aucun élément de preuve ni signalé aucune circonstance donnant des raisons de croire que le mémoire au Cabinet tendrait à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à la norme fixée par l'arrêt *Bodner*. Rien à la face même du dossier n'indique que le mémoire au Cabinet pourrait contenir des éléments de preuve qui tendraient à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence constitutionnelle. En outre, il ne suffit pas d'invoquer un précédent dans lequel le gouvernement avait fondé sa décision sur une considération illégitime — comme le révèle un mémoire soumis antérieurement au Cabinet produit en tant que partie au dossier — pour que le mémoire au Cabinet en cause en l'espèce soit pertinent. Il faut davantage pour conclure à l'existence de raisons de croire que le mémoire est susceptible de contenir des éléments de preuve qui tendraient à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence décrite dans l'arrêt *Bodner*.

Puisque l'Association n'a pas fait la démonstration préliminaire requise, le procureur général n'a pas à produire le document en vue de son examen par la Cour. Il est inutile de décider si autre règle de preuve, comme l'immunité d'intérêt

public, s'appliquerait de sorte que le procureur général pourrait refuser de produire le mémoire au Cabinet.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts expliqués : *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; **arrêts mentionnés :** *Nouvelle-Écosse (Procureur Général) c. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2020 CSC 21; *Stonechild, Re*, 2007 SKCA 74, 304 Sask R. 1; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour Suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, 100 Admin L.R. (5th) 301; *Sobeys West Inc. c. College of Pharmacists of British Columbia*, 2016 BCCA 41, 80

B.C.L.R. (5th) 243; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Provincial Court Judges' Association of British Columbia c. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1022; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, [2018] 2 R.C.S. 687; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3; *Québec (Commission des droits de la personne) c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 215; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110; *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Ainsworth Lumber Co. c. Canada (Attorney General)*, 2003 BCCA 239, 14 B.C.L.R. (4th) 302; *Telezone Inc. c. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161; *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3; *R. c. Barros*, 2011 CSC

51, [2011] 3 R.C.S. 368; *Somerville c. Scottish Ministers*, [2007] UKHL 44, [2007] 1 W.L.R. 2734; *Al Rawi c. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531; *Conway c. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *Nova Scotia Provincial Judges' Association c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117; *Nova Scotia (Attorney General) c. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Commonwealth c. Northern Land Council*, [1993] HCA 24, 176 C.L.R. 604; *Air Canada c. Secretary of State for Trade*, [1983] 2 A.C. 394.

Lois et règlements cités

Attorney General Act, R.S.B.C. 1996, c. 22, art. 2(j).

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 283.

Constitution Act, R.S.B.C. 1996, c. 66, art. 10(3).

Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1996, c. 89, art. 9.

Judicial Compensation Act, S.B.C. 2003, c. 59, art. 2, 5(1), (3), (5), (5.1), (5.2), 6(1), (2), (3), (4), 7.1, 8(1).

Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 11, 18, 54, 90 à 92, 96 à 101, 100 à 102, 106, 126.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 42(1)d).

Loi de 2019 sur la responsabilité de la Couronne et les instances l'intéressant, L.O. 2019, c. 7, ann. 17, art. 13(2).

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 37 à 39.

O.C. 213/2017.

Proceedings against the Crown Act, R.S.N.S. 1989, c. 360, art. 11.

Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, règle 22-1(4)(c).

Doctrine et autres documents cités

d'Ombraïn, Nicholas. « Cabinet secrecy » (2004), 47(3) *Administration publique du Canada* 332.

Forcese, Craig, and Aaron Freeman. *The Laws of Government: The Legal Foundations of Canadian Democracy*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2011.

Heard, Andrew. *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law & Politics*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2014.

Royer, Jean-Claude, et Catherine Piché. *La preuve civile*, 5^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2016.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Harris et Dickson), 2018 BCCA 394, 19 B.C.L.R. (6th) 188, 430 D.L.R. (4th) 660, 48 Admin L.R. (6th) 279, [2018] B.C.J. No. 3445 (QL), 2018 CarswellBC 2776 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge en chef Hinkson, 2018 BCSC 1390, 19 B.C.L.R. (6th) 168, [2018] B.C.J. No. 2995 (QL), 2018 CarswellBC 2158 (WL Can.), qui a confirmé une ordonnance de la protonotaire Muir, 2018 BCSC 1193, [2018] B.C.J. No. 1410 (QL), 2018 CarswellBC 1891 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Stein K. Gudmundseth, c.r., Andrew D. Gay, c.r., et Clayton J. Gallant,
pour l'appelant.

Joseph J. Arvay, c.r., et Alison M. Latimer, pour l'intimée.

Michael H. Morris et Marilyn Venney, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sarah Kraicer et Andrea Bolieiro, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Brigitte Bussières et Robert Desroches, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Thomson Irvine, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Doreen C. Mueller, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Pierre Bienvenu, Azim Hussain et Jean-Simon Schoenholz, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures.

Guy J. Pratte, Ewa Krajewska et Neil Abraham, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Steven M. Barrett et Colleen Bauman, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours provinciales.

Adam Goldenberg et Stephanie Willsey, pour l'intervenante la Fédération canadienne des contribuables.

Andrew K. Lokan et Lauren Pearce, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

[1] Le présent pourvoi découle d'un litige mettant en jeu les rapports qui existent entre deux des branches de l'État. Il requiert que notre Cour mette en balance plusieurs impératifs constitutionnels liés à l'administration de la justice et à la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire de l'État : la dimension financière de l'indépendance judiciaire, la responsabilité que partagent l'exécutif et le législatif quant à la prise de décisions concernant les deniers publics et l'intérêt public à ce que l'exécutif puisse mener ses affaires internes confidentiellement.

[2] Comme le pourvoi connexe *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2020 CSC 21, le présent pourvoi porte sur la question de savoir si un mémoire au Cabinet concernant une réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission d'examen

de la rémunération des juges peut faire partie du dossier en cas de contrôle judiciaire de cette réponse. Dans l'affirmative, il faudra ensuite déterminer si, pour des motifs liés à l'immunité d'intérêt public, également parfois appelée exception d'intérêt public, le procureur général de la Colombie-Britannique devrait malgré tout pouvoir refuser de produire le mémoire.

[3] Après avoir conclu que le document confidentiel du Cabinet réclamé par la Provincial Court Judges' Association of British Columbia (Association) était pertinent et non protégé par l'immunité d'intérêt public, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont ordonné au procureur général de le produire.

[4] Selon moi, ils ont eu tort de le faire.

[5] Dans sa jurisprudence relative à l'indépendance judiciaire, la Cour a constamment cherché à établir un juste équilibre entre plusieurs considérations constitutionnelles opposées en créant un mécanisme unique pour fixer la rémunération des juges. Pour soutenir ce mécanisme, la Cour a établi, dans l'arrêt *Bodner c. Alberta*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286¹, une forme de contrôle judiciaire à la fois circonscrite et rigoureuse. Pour trancher le présent pourvoi, la Cour doit appliquer les règles en matière de preuve et de production de manière à tenir compte des caractéristiques uniques du contrôle limité décrit dans l'arrêt *Bodner* et à

¹ *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286 (*Bodner*).

respecter aussi bien le principe de l'indépendance judiciaire que celui de la confidentialité du processus décisionnel du Cabinet.

[6] Pour les motifs qui suivent, lorsqu'une partie qui sollicite un contrôle de type *Bodner* réclame la production, par le gouvernement, d'un document se rapportant aux délibérations du Cabinet, elle doit d'abord établir qu'il existe des raisons de croire que le document pourrait contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une des exigences de l'analyse établie dans l'arrêt *Bodner*. C'est seulement après que cette démonstration a été faite que le gouvernement est tenu de produire le document en vue de sa consultation par un juge. Si le document fournit effectivement des éléments de preuve tendant à démontrer que la réponse du gouvernement ne respecte pas les exigences constitutionnelles, le tribunal peut alors décider si l'immunité d'intérêt public ou une autre règle de preuve invoquée par le gouvernement s'applique de manière à empêcher la production.

[7] L'immunité d'intérêt public nécessite de mettre soigneusement en balance des intérêts opposés du public : d'une part, l'intérêt à ce que la confidentialité des renseignements soit protégée et, d'autre part, l'intérêt à ce que ceux-ci soient divulgués. L'intérêt du public à ce qu'un document relatif aux délibérations du Cabinet demeure confidentiel étant important, il doit être supplanté par un intérêt du public encore plus important à ce qu'il soit divulgué. Dans le cadre d'un contrôle de type *Bodner*, le poids à accorder à l'intérêt du public à ce que le document soit

divulgué dépend souvent de l'importance du document visé pour que le tribunal de révision puisse trancher les questions dont il est saisi.

[8] En l'espèce, l'Association n'a pas fait la démonstration préliminaire requise pour qu'un juge ordonne la production d'un document confidentiel du Cabinet afin de le consulter. Bien que cette exigence ne soit pas élevée, on ne peut y satisfaire simplement en montrant que le gouvernement a tenu compte du document du Cabinet avant de donner sa réponse. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance de production du mémoire au Cabinet.

I. Contexte

A. *Judicial Compensation Act, S.B.C. 2003, c. 59*

[9] Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3 (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*), la Cour a énoncé les exigences constitutionnelles de base devant servir de référence pour modifier le traitement des juges. C'est la loi intitulée *Judicial Compensation Act* qui met en œuvre ces exigences de base en Colombie-Britannique.

[10] La *Judicial Compensation Act* prévoit la nomination d'une commission triennale chargée de formuler des recommandations au sujet de la rémunération, des indemnités et des avantages consentis aux juges provinciaux et aux juges de paix judiciaires : art. 2 et par. 5(1). À cette fin, la commission doit tenir compte d'un

ensemble de facteurs prescrits par la loi, et peut aussi prendre en considération d'autres facteurs, à condition de démontrer leur pertinence : par. 5(5), 5(5.1) et 5(5.2). La commission communique ensuite ses recommandations au procureur général dans un rapport final : par. 5(3)².

[11] Après réception du rapport de la commission, le procureur général le dépose auprès de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique dans le délai prescrit par la loi : par. 6(1). Il avise également l'Assemblée législative que, faute par elle de rejeter les recommandations dans le délai prévu par la loi, celles-ci entreront en vigueur : par. 6(1) et (3). L'Assemblée législative peut alors adopter une résolution rejetant l'une ou plusieurs des recommandations, puis fixer la rémunération, les indemnités et les avantages des juges : par. 6(2). Cette résolution a un effet juridique obligatoire : par. 6(4) et 8(1).

B. *Recommandations de la commission d'examen de la rémunération des juges et réponse du gouvernement*

[12] En octobre 2016, la commission d'examen de la rémunération des juges a remis son rapport final au procureur général et formulé ses recommandations pour la période 2017-2020. Elle recommandait d'augmenter le salaire des juges provinciaux de 8,2 pour cent pour l'année 2017-2018, et de 1,5 pour cent pour les années

² Le procureur général est le ministre responsable de la *Judicial Compensation Act* en vertu du décret 213/2017, ann. B.; voir aussi la *Attorney General Act*, R.S.B.C. 1996, c. 22, al. 2j); *Constitution Act*, R.S.B.C. 1996, c. 66, par. 10(3).

2018-2019 et 2019-2020³. La commission recommandait également que l'Association soit remboursée pour la totalité des frais qu'elle avait engagés pour sa participation au mécanisme d'examen par la commission.

[13] Quelque temps après le dépôt du rapport par la commission, le procureur général a soumis un mémoire au Cabinet relatif aux recommandations de la commission et à la réponse du gouvernement. Ce mémoire au Cabinet ne figure pas dans le dossier dont notre Cour est saisie, pas plus qu'il n'a été produit devant les juridictions d'instances inférieures. Qui plus est, rien dans le dossier ne peut nous renseigner sur son contenu.

[14] Après avoir déposé le rapport de la commission à l'Assemblée législative en septembre 2017, le procureur général a déposé le mois suivant, soit en octobre 2017, la proposition de réponse du gouvernement à ce rapport. Il n'a cependant pas déposé le mémoire au Cabinet, et rien dans le dossier ne porte à croire que quiconque siégeant à l'Assemblée législative, en dehors des membres du Cabinet, était au courant de son contenu.

[15] Le procureur général a proposé l'adoption d'une résolution visant le rejet de l'augmentation salariale des juges provinciaux recommandée par la commission, ainsi que l'approbation d'une hausse de 3,8 pour cent en 2017-2018 et de 1,5 pour

³ Le salaire de base utilisé par la commission aux fins de ses recommandations s'établissait à 244 112 \$ pour l'exercice financier 2016-2017. Cependant, par la suite, l'Assemblée législative a appliqué au salaire de base de 2016-2017 une hausse rétroactive de 3,4 pour cent, le portant ainsi à 252 290 \$, ce qui a eu pour conséquence d'atténuer les effets de l'augmentation recommandée par la commission pour la période 2017-2020.

cent pour les années 2018-2019 et 2019-2020⁴. Le procureur général a également proposé de réduire le montant que la commission recommandait d'accorder à l'Association à titre de remboursement pour les coûts associés à sa participation au mécanisme d'examen par la commission de quelque 93 000 \$ à environ 66 000 \$, suivant la formule établie à l'art. 7.1 de la *Judicial Compensation Act*. Avec l'appui des députés du gouvernement et de l'opposition, l'Assemblée législative a adopté la résolution.

[16] L'Association a demandé que cette résolution de l'Assemblée législative fasse l'objet d'un contrôle judiciaire dans le cadre duquel elle a notamment sollicité l'annulation de la résolution de même qu'un jugement déclaratoire portant que la réponse du gouvernement et la résolution étaient incompatibles avec la *Judicial Compensation Act* et avec le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire.

[17] En prévision de l'instruction de cette demande sur le fond, l'Association a demandé au procureur général de produire le mémoire au Cabinet pris en compte par le gouvernement au moment de préparer sa réponse. Le procureur général a refusé. L'Association a donc sollicité une ordonnance obligeant celui-ci à produire le document : voir les *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, al. 22-1(4)c).

II. Historique des procédures

⁴ L'augmentation salariale rétrospective pour la période 2016-2017 réduit de la même façon l'effet de l'augmentation adoptée par l'Assemblée législative pour la période 2017-2020.

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2018 BCSC 1193 (la protonotaire Muir)*

[18] La requête de l'Association a d'abord été instruite par une protonotaire de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La protonotaire a relevé que le procureur général n'avait pas contesté que la réponse du gouvernement s'appuyait sur un mémoire détaillé au Cabinet : par. 9 (CanLII).

[19] Sur la question de la pertinence, la protonotaire a reconnu que le gouvernement n'avait ni soulevé la question du mémoire au Cabinet ni ne s'était fondé sur ce document pour prendre sa décision. Elle a tout de même conclu que celui-ci était pertinent aux fins du contrôle de type *Bodner*, particulièrement en ce qui a trait aux questions de savoir si le gouvernement s'était appuyé sur un fondement factuel raisonnable pour élaborer sa réponse aux recommandations de la commission, et si sa réponse démontrait qu'il avait participé sérieusement au mécanisme d'examen de la commission : par. 9 et 18-21.

[20] Sur la question de l'immunité d'intérêt public, la protonotaire a expliqué que le procureur général n'avait présenté aucun élément de preuve particulier pour démontrer qu'un préjudice résulterait de la production du mémoire au Cabinet : par. 23. Selon elle, l'importance de soumettre la réponse du gouvernement à un contrôle judiciaire et la nécessité d'assurer la transparence du processus l'emportaient sur l'intérêt du public à ce que le document demeure confidentiel : par. 23 et 27. La

protonotaire a donc ordonné au procureur général de produire le mémoire au Cabinet : par. 28.

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2018 BCSC 1390, 19 B.C.L.R. (6th) 168 (le juge en chef Hinkson)*

[21] La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel formé à l'encontre de la décision de la protonotaire. Tout comme cette dernière, elle n'a pas examiné le mémoire au Cabinet : par. 45.

[22] Le juge en chef Hinkson n'a décelé aucune erreur dans la conclusion de la protonotaire selon laquelle le mémoire au Cabinet était pertinent, convenant avec elle que le document était de fait pertinent quant à la question de savoir si le gouvernement avait respecté le mécanisme d'examen par la commission et qu'il avait donc été satisfait aux objectifs généraux du recours à une commission : par. 34-35.

[23] La cour a en outre conclu que la protonotaire n'avait pas commis d'erreur en décidant que, selon les facteurs énoncés dans l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, l'immunité d'intérêt public ne s'appliquait pas. La cour a souligné que le mémoire avait trait à l'objet du litige, et que le procureur général n'avait présenté aucun élément de preuve indiquant que la divulgation causerait un préjudice particulier : par. 46.

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2018 BCCA 394, 19 B.C.L.R. (6th) 188 (le juge en chef Bauman et les juges Harris et Dickson)*

[24] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté le pourvoi subséquent du procureur général interjeté à l'encontre de la décision de la Cour suprême de la province. S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge en chef Bauman a expliqué que, bien que l'Assemblée législative soit l'instance décisionnelle selon la *Judicial Compensation Act*, c'est le procureur général qui prépare l'ébauche de réponse du gouvernement à soumettre au Cabinet pour approbation avant qu'il ne la présente à l'Assemblée législative : par. 9. Le Cabinet participe donc directement au processus décisionnel.

[25] La Cour d'appel a conclu que le mémoire au Cabinet était nécessairement pertinent, puisqu'il avait inspiré la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission : par. 9 et 16. Dans la mesure où le Cabinet [TRADUCTION] « a joué un rôle de premier plan dans la “réponse du gouvernement” contestée [. . .], le mémoire au Cabinet est assurément “un élément de preuve dont était saisi le décideur administratif” » et devrait dès lors faire partie du dossier du contrôle judiciaire : par. 19, citant *Stonechild, Re*, 2007 SKCA 74, 304 Sask. R. 1, sous le nom de *Hartwig c. Saskatchewan (Commission of Inquiry)*, par. 33. La Cour d'appel a également confirmé le bien-fondé de l'analyse du juge en chef Hinkson relative à l'immunité d'intérêt public : par. 22.

III. Questions en litige

[26] Le présent pourvoi soulève deux questions : a) le mémoire au Cabinet en cause en l'espèce devrait-il faire partie du dossier aux fins du contrôle de type *Bodner* ? Et, b) le mémoire au Cabinet est-il protégé par l'immunité d'intérêt public?

IV. Analyse

A. *Indépendance judiciaire et nature du contrôle de type Bodner*

[27] Le présent pourvoi survient dans le contexte du contrôle judiciaire de la réponse donnée par un gouvernement aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges. Un tel contrôle vise à protéger l'indépendance judiciaire.

[28] Le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire prend sa source dans l'énoncé du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* selon lequel le Canada doit se doter d'une « constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni », dans les art. 96 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans l'al. 42(1)d) de la *Loi constitutionnelle de 1982* : *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 72-73; *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 84 et 105-109; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 94; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116, par. 31.

[29] Ces dispositions, de même que le principe plus large de l'indépendance judiciaire, visent non seulement à protéger la séparation des pouvoirs entre les branches de l'État et donc l'intégrité de notre structure constitutionnelle, mais aussi à favoriser la confiance du public dans l'administration de la justice : *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857, par. 21-23; *Conférence des juges de paix magistrats*, par. 31. Ce sont des éléments fondamentaux de la primauté du droit et de la démocratie au Canada.

[30] Le principe primordial de l'indépendance de la magistrature s'applique à tous les tribunaux judiciaires, qu'ils soient de juridiction civile ou pénale, et que les juges qui les président soient nommés par des autorités fédérales, provinciales ou territoriales : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 106; *Ell*, par. 21-24; *Conférence des juges de paix magistrats*, par. 32.

[31] Les trois caractéristiques centrales de l'indépendance judiciaire sont l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 118. Celle que met en jeu le présent pourvoi — la sécurité financière — comporte à son tour trois éléments, « qui découlent tous de l'impératif constitutionnel qui veut que [. . .] les rapports entre le judiciaire et les deux autres pouvoirs de l'État soient dépolitisés » : par. 131 (souligné dans l'original). Premièrement, sauf en cas de « crise financière exceptionnellement grave provoquée par des circonstances extraordinaires », un gouvernement ne peut pas modifier les paramètres de la rémunération des juges sans s'être d'abord enquis des

recommandations d'un organisme indépendant, une « commission » : par. 133 et 137. (Le terme « gouvernement » peut, selon le contexte, s'entendre de l'exécutif, de la législature ou de l'Assemblée législative). Deuxièmement, les juges ne peuvent pas entreprendre de négociations avec le gouvernement concernant leur rémunération : par. 134. Troisièmement, la rémunération des juges ne peut se situer en deçà du minimum requis par la charge de juge : par. 135.

[32] Plus précisément, le présent pourvoi porte sur le premier élément de la sécurité financière : la convocation d'une commission d'examen de la rémunération des juges qui est chargée de formuler des recommandations au sujet de cette rémunération. La commission ainsi mandatée doit être à la fois indépendante, efficace et objective : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 133.

[33] Le critère de l'efficacité suppose que la commission soit convoquée régulièrement, qu'aucun changement ne soit apporté à la rémunération en cause avant qu'elle n'ait déposé son rapport et que « [s]es rapports [. . .] [aient] un effet concret sur la détermination des traitements des juges » : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 174-175 et 179; voir aussi *Bodner*, par. 29.

[34] De façon à garantir que les recommandations de la commission aient un effet concret, le gouvernement est tenu de répondre formellement au rapport où elles sont formulées : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 179; *Bodner*, par. 22. Étant donnée la responsabilité constitutionnelle que partagent l'exécutif et le

législatif quant à la prise de décisions concernant les deniers publics⁵, les recommandations de la commission n'ont pas force obligatoire (à moins d'indications en ce sens par la législature). Le gouvernement doit toutefois indiquer les motifs précis justifiant sa décision de s'écarter de quelque façon que ce soit des recommandations : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 180; *Bodner*, par. 18 et 20-21; *Conférence des juges de paix magistrats*, par. 35.

[35] Pour veiller à ce que le gouvernement respecte ses obligations constitutionnelles là où les recommandations d'une commission n'ont pas force obligatoire, sa réponse à ces recommandations est soumise à ce que notre Cour a décrit, dans *Bodner*, comme une « forme limitée de contrôle judiciaire » : par. 29 et 42. Pour être jugée valide, la réponse du gouvernement doit respecter la norme de justification dite de la « rationalité » : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 183-184; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 57; *Bodner*, par. 29. Cette norme de justification, tout comme l'analyse à effectuer pour évaluer la réponse du gouvernement à l'aune de celle-ci, commande « la retenue » : *Bodner*, par. 30, 40 et 43. Tant le fait que le gouvernement reste ultimement responsable de fixer la rémunération des membres de la magistrature que le fait qu'un contrôle de type *Bodner* est limité servent à mettre en balance les intérêts constitutionnels en jeu.

⁵ Voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 54, 90 à 92, 100 à 102, 106 et 126.

[36] Prenant comme point de départ l'approche établie par le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, la Cour, au par. 31 de l'arrêt *Bodner*, a défini une analyse en trois étapes permettant de déterminer si la décision d'un gouvernement de s'écarter des recommandations d'une commission satisfait à la norme de la rationalité :

- (1) Le gouvernement a-t-il justifié par un motif légitime sa décision de s'écarter des recommandations de la commission ?
- (2) Les motifs invoqués par le gouvernement ont-ils un fondement factuel raisonnable ?
- (3) Dans l'ensemble, le mécanisme d'examen par une commission a-t-il été respecté et les objectifs du recours à une commission, à savoir préserver l'indépendance de la magistrature et dépolitiser la fixation de la rémunération des juges, ont-ils été atteints ?

[37] Les deux premières étapes de l'analyse portent sur les motifs invoqués par un gouvernement pour justifier de s'être écarté des recommandations d'une commission : *Bodner*, par. 32-33 et 36. La réponse du gouvernement doit « porter sur les recommandations [de la commission] » et « justifier par des motifs légitimes sa décision de les modifier ou de ne pas les suivre » : par. 23 et 24. Les motifs doivent « révéler que les recommandations ont été prises en compte [en plus de] [. . .] s'appuyer sur [un fondement factuel raisonnable] et un raisonnement solide » : par. 25

et 26. Les motifs doivent en outre « indiquer les raisons du rejet ou de la modification » et « démontrer qu'on a procédé à un examen des fonctions judiciaires et qu'on a l'intention de prendre les mesures qui s'imposent », tout en ne « donn[ant] [pas] à penser qu'on cherche à manipuler la magistrature ». Enfin, les motifs doivent « refléter l'intérêt du public à ce qu'il y ait recours à une commission, mécanisme qui garantit la dépolitisation de l'examen de la rémunération et permet de préserver l'indépendance de la magistrature » : par. 25.

[38] La troisième étape de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner* vise à déterminer si le gouvernement a respecté le mécanisme d'examen par une commission et, plus globalement, si les objectifs du recours à ce mécanisme ont été atteints : par. 30-31, 38 et 43. La Cour a ajouté cette étape à l'analyse afin de satisfaire à ses espoirs exprimés dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* qui « ne [s'étaient] pas réalisés ». Ceux-ci consistaient à dépolitiser le processus de fixation de la rémunération des membres de la magistrature et à ainsi préserver l'indépendance judiciaire : par. 10-12 et 31. La troisième étape en question exige que le tribunal examine la question dans son ensemble et se demande si le gouvernement en cause a fait preuve de respect envers les fonctions judiciaires en participant sérieusement au mécanisme d'examen par une commission : voir les par. 25, 31 et 38.

[39] Toutefois, cet ajout dans l'arrêt *Bodner* n'était pas censé transformer l'analyse en un examen poussé de la démarche par laquelle le gouvernement a élaboré

sa réponse, que cette démarche se soit déroulée au sein de l'exécutif, de la législature ou des deux. Par conséquent, je ne saurais souscrire à l'opinion de l'Association selon laquelle les termes « ensemble » ou « dans son ensemble », qui figurent au par. 38 de l'arrêt *Bodner*, avaient pour but d'étendre la portée du contrôle judiciaire au point où le processus décisionnel du Cabinet doit être systématiquement analysé en profondeur.

[40] Il n'y a aucun doute que le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* et l'arrêt *Bodner* obligent le tribunal saisi du contrôle judiciaire à se concentrer sur la réponse du gouvernement. Dans l'arrêt *Bodner* lui-même, la Cour a examiné les réponses des gouvernements de l'Alberta, du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario aux recommandations de commissions pour déterminer s'il avait été satisfait à la troisième étape de l'analyse qu'elle venait d'établir : par. 83, 100 et 130-131. Cela dit, cette étape ne se limite pas nécessairement à un examen des motifs invoqués publiquement par le gouvernement.

[41] De plus, cela ne signifie pas que le gouvernement peut se cacher derrière des motifs qui dissimulent un objectif illégitime ou déguisé (aussi parfois qualifié dans la jurisprudence de la Cour de « malhonnête ou spécieux »). Il faut se garder d'interpréter le *Renvoi relatif à la rémunération des juges* et l'arrêt *Bodner* comme s'ils signifiaient que, dans la mesure où les motifs invoqués publiquement par le gouvernement sont légitimes à première vue et semblent s'appuyer sur un fondement factuel raisonnable, le gouvernement pourrait fournir des motifs de mauvaise foi. En

effet, il ressort implicitement de la troisième étape même de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner* que, saisi d'éléments de preuve démontrant que la réponse d'un gouvernement visait un objectif illégitime ou déguisé et ne satisfait donc pas aux exigences constitutionnelles établies par la jurisprudence de la Cour, le tribunal de révision ne peut se contenter d'accepter la réponse formelle du gouvernement sans pousser son examen plus loin.

[42] Rien de cela n'est nouveau. Dans l'arrêt *Beauregard*, à la p. 77, la Cour a énoncé clairement que « [s]il y avait un indice qu'une loi fédérale traitant [de la fixation des salaires et du régime de retraite des juges des cours supérieures] avait été adoptée dans un but malhonnête ou spécieux, ou si les juges étaient traités d'une manière discriminatoire par rapport aux autres citoyens, de graves questions se poseraient alors concernant l'indépendance judiciaire et la loi en question pourrait très bien être jugée *ultra vires* de l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* » (je souligne). Cette conclusion s'applique à l'égard de tous les juges visés par le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire : voir le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 145 et 165.

[43] Des considérations relatives à la légitimité du mécanisme et au respect qui lui est dû — et inversement des considérations relatives au caractère illégitime ou déguisé du véritable objectif du gouvernement — imprègnent l'ensemble de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*. En effet, dans ce dernier, qui portait sur la rémunération des juges nommés par les provinces, la Cour s'est demandé si les motifs donnés par

les gouvernements de l'Alberta, du Nouveau-Brunswick, de l'Ontario et du Québec étaient « dictés par des considérations purement politiques », « révé[ai]ent qu'ils [étaient] dictés par des considérations politiques ou discriminatoires » ou « dénot[ai]ent l'existence d'un objectif politique illégitime [ou d']une intention de manipuler ou d'influencer la magistrature » : par. 66, 96 et 159; voir aussi les par. 68 et 123.

[44] Des motifs qui révèlent un objectif illégitime ou déguisé échoueraient à la première étape de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner* qui exige que le gouvernement fournisse un motif légitime pour s'écarter des recommandations d'une commission. De même, lorsqu'elle a examiné si un gouvernement s'était appuyé sur un fondement factuel raisonnable, la Cour a reconnu la possibilité qu'il se soit peut-être appuyé sur des « affidavits contenant des preuves de la bonne foi et de l'engagement à l'égard du mécanisme, par exemple, des renseignements sur l'étude gouvernementale de l'impact des recommandations de la commission » : *Bodner*, par. 36. Enfin, la conduite du gouvernement et l'à-propos de sa réponse sont également directement en cause à la troisième étape de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*, qui porte sur la question de savoir si le gouvernement a fait preuve de respect envers le mécanisme d'examen par une commission et, plus globalement, si les objectifs du recours à ce mécanisme ont été atteints.

[45] Ainsi, même si les motifs invoqués publiquement par le gouvernement semblent satisfaire aux exigences définies dans l'arrêt *Bodner*, sa réponse peut tout de

même être contestée sur le fondement qu'elle s'appuie sur un objectif illégitime ou déguisé.

[46] Dans l'arrêt *Bodner*, la Cour a souligné que « [l]es limites du contrôle judiciaire [de la réponse du gouvernement] dictent le choix des réparations. Celles-ci doivent rester conciliables avec le rôle du tribunal saisi du contrôle judiciaire et avec l'objectif du recours à une commission. » : par. 42. À mon avis, la nature limitée du contrôle judiciaire de type *Bodner*, le rôle du tribunal de révision et l'objet du mécanisme ont également une incidence sur les éléments de preuve qui seront examinés par le tribunal de révision.

B. *La preuve dans le cadre d'un contrôle de type Bodner*

[47] La portée limitée d'un contrôle de type *Bodner* suppose que le dossier constitué aux fins de cette procédure soit plus restreint qu'il ne le serait dans le cas d'un contrôle judiciaire habituel. Elle suppose également qu'il faut évaluer la pertinence de chaque élément du dossier au regard des questions précises au cœur de l'analyse du tribunal saisi d'une demande de contrôle de ce type, à savoir : la légitimité des motifs avancés par le gouvernement, le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel il s'est appuyé et son respect du mécanisme d'examen par une commission de manière à assurer l'atteinte des objectifs du recours à une commission. De plus, dans la mesure où un contrôle de type *Bodner* tend à opposer deux des branches de l'État, des considérations particulières entrent en jeu lorsque la partie qui sollicite un tel contrôle demande la production d'un document confidentiel

du Cabinet. Comme je l'exposerai plus en détail ci-après, ces considérations obligent la partie qui demande la production d'un tel document à d'abord établir qu'il existe des raisons de croire que le document peut contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence décrite dans la jurisprudence de la Cour et notamment dans l'arrêt *Bodner*. Ce n'est qu'une fois cette démonstration faite que le tribunal de révision examine le document pour décider s'il devrait être produit.

(1) Portée du dossier dans le cadre d'un contrôle de type *Bodner*

[48] À l'instar de la Cour d'appel, l'Association invoque la règle voulant que le dossier relatif au contrôle judiciaire soit normalement constitué de tout élément de preuve dont disposait le décideur, sous réserve de quelques exceptions restreintes susceptibles d'ajouter ou de retrancher certains éléments du dossier. Selon l'Association, dans la mesure où le mémoire a été déposé auprès du Cabinet et où celui-ci a appuyé la résolution d'abord présentée par le procureur général, puis adoptée par l'Assemblée législative, ce mémoire faisait partie de la preuve portée à la connaissance du décideur, si bien qu'il est pertinent aux fins du contrôle judiciaire. L'Association soutient que le mémoire doit donc faire partie du dossier constitué en vue du contrôle judiciaire.

[49] Le procureur général soutient que c'est l'Assemblée législative qui a été le décideur en l'espèce, et non le Cabinet, si bien que le mémoire à ce dernier n'était pas devant le décideur et ne devrait donc pas faire partie du dossier. De manière plus

fondamentale, le procureur général rejette l'argument selon lequel la notion du dossier à présenter en contrôle judiciaire, une notion de droit administratif, s'applique dans le présent contexte.

[50] Pour ce qui est de savoir qui, officiellement, a agi comme décideur en l'espèce, ni le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* ni l'arrêt *Bodner* ne prévoient qu'il incombe à un organe plutôt qu'à un autre de décider de la réponse à donner aux recommandations d'une commission. Dans certains cas, il peut être évident qu'un seul décideur est intervenu. Cependant, dans un contexte comme celui de la Colombie-Britannique, où l'exécutif aussi bien que l'Assemblée législative jouent un rôle majeur, il serait artificiel de se concentrer uniquement sur la participation de cette dernière en faisant abstraction de celle de l'exécutif. D'ailleurs, en l'espèce, la justification qu'avait proposée celui-ci pour s'écarter des recommandations de la commission fut entérinée au moyen d'un renvoi dans une résolution adoptée par l'Assemblée législative.

[51] Plus important encore, à mon sens, le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* et l'arrêt *Bodner* définissent une forme unique de contrôle, qui se distingue du contrôle judiciaire au sens où on l'entend normalement en droit administratif. Contrairement au contrôle judiciaire habituel, celui de type *Bodner* peut être mené même lorsque le décideur est la législature (ou un de ses éléments) : voir le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 558; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 59. En outre, les

motifs donnant ouverture à un contrôle de type *Bodner* sont plus limités que ceux qui peuvent donner ouverture à un contrôle judiciaire habituel. Ainsi, dans le premier cas, les motifs sont axés sur la légitimité et sur la question du caractère suffisant des raisons invoquées par un gouvernement pour justifier sa décision de s'écarter des recommandations d'une commission, de même que sur la question de savoir si le gouvernement a plus généralement respecté le mécanisme d'examen par une commission et si les objectifs du recours à ce mécanisme ont été atteints.

[52] Habituellement, en contexte de contrôle judiciaire, le dossier est constitué des éléments de preuve dont disposait le décideur : voir *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, 100 Admin L.R. (5th) 301, par. 42; *Sobeys West Inc. c. College of Pharmacists of British Columbia*, 2016 BCCA 41, 80 B.C.L.R. (5th) 243, par. 52. Cette règle ne saurait toutefois être automatiquement transposée au contexte limité d'un contrôle de type *Bodner*.

[53] Le dossier relatif à un contrôle de type *Bodner* renferme nécessairement les éléments suivants : toute position ayant été exposée devant la commission par le gouvernement, les juges et les autres intervenants; le rapport de la commission, y compris ses recommandations; et la réponse du gouvernement à ces recommandations qui, comme la Cour l'a reconnu au par. 180 du *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, peut prendre différentes formes selon l'organe qui est chargé de répondre.

[54] Ainsi que la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Bodner* lui-même, le dossier peut également inclure certaines formes d'éléments de preuve additionnels présentés par le gouvernement : par. 27 et 36. En effet, afin de préciser davantage le fondement factuel de sa réponse, le gouvernement peut être autorisé à « fourni[r], sous forme d'affidavits, des détails sur des données et calculs économiques et actuariels » ainsi que des « affidavits contenant des preuves de la bonne foi et de l'engagement à l'égard du mécanisme, par exemple, des renseignements sur l'étude gouvernementale de l'impact des recommandations de la commission » : par. 36; voir également les par. 63-64 et 103. Cependant, le gouvernement ne peut pas se servir d'éléments de preuve additionnels pour « invoquer d'autres motifs que ceux mentionnés dans sa réponse » ou pour corriger d'éventuelles déficiences dans le fondement factuel sur lequel il l'a fait reposer : par. 27 et 36.

[55] Même si ce point n'a pas été soulevé expressément dans l'arrêt *Bodner*, la partie qui sollicite un contrôle du type qui y est décrit — c'est-à-dire généralement les juges dont la rémunération est en jeu — peut également soumettre certains éléments de preuve additionnels pertinents quant aux questions dont doit décider le tribunal saisi du contrôle. La partie qui sollicite un contrôle peut, par exemple, chercher à présenter des éléments de preuve pour contrer une preuve pertinente présentée par le gouvernement. Elle peut présenter des éléments qui visent à mettre en question le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel s'est appuyé le gouvernement, le manque de participation concrète ou de respect dont ce dernier a fait preuve envers le mécanisme d'examen par une commission, ou encore le fait que la réponse du

gouvernement était fondée sur un objectif illégitime ou déguisé. À cette fin, elle peut demander à ce que le gouvernement produise des éléments de preuve en sa possession. Le gouvernement, pour sa part, à condition qu'il respecte la règle interdisant qu'il étoffe ses motifs ou leur fondement factuel, peut répondre au moyen d'éléments de preuve additionnels pour réfuter les allégations formulées par la partie qui sollicite le contrôle.

(2) Pertinence de la preuve aux fins d'un contrôle de type *Bodner*

[56] Le procureur général soutient que les tribunaux de la province ont eu tort de conclure que le mémoire au Cabinet est pertinent aux fins du contrôle de type *Bodner* recherché par l'Association. Les procureurs généraux du Canada et de plusieurs provinces sont intervenus pour présenter des arguments semblables.

[57] La preuve est pertinente « lorsque, selon la logique et l'expérience humaine, elle tend d'une façon quelconque à rendre la thèse qu'elle appuie plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans elle » : *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 36, citant D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5^e éd. 2008), p. 31. Autrement dit, « un fait est notamment pertinent s'il s'agit d'un fait en litige, s'il contribue à prouver d'une façon rationnelle un fait en litige ou s'il a pour but d'aider le tribunal à apprécier la force probante d'un témoignage » : J.C. Royer et C. Piché, *La preuve civile* (5^e éd. 2016), par. 215.

[58] Ainsi, c'est lorsqu'elle se rapporte à un fait en litige dans une instance que la preuve est pertinente au débat. Les actes de procédure, qui doivent être lus de manière libérale et à la lumière du droit applicable, définissent ce qui est en litige : voir *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 41.

[59] En général, dans un contrôle de type *Bodner*, la question qui se pose est celle de savoir si, dans sa réponse aux recommandations d'une commission, un gouvernement a manqué à ses obligations constitutionnelles qui découlent du principe de l'indépendance judiciaire. La pertinence de tout élément de preuve additionnel proposé doit donc être analysée au regard des questions que devra trancher le tribunal saisi du dossier.

[60] Pour être pertinents, les éléments de preuve proposés doivent contenir des renseignements qui tendent à démontrer un fait qui est en lien avec une des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*. Par exemple, si la partie qui sollicite le contrôle conteste le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel un gouvernement s'est appuyé pour formuler sa réponse, les éléments de preuve proposés doivent tendre soit à confirmer soit à mettre en doute le caractère raisonnable de ce fondement. De la même façon, si la partie qui demande un contrôle de type *Bodner* allègue que le mécanisme d'examen par la commission n'a pas été respecté ou que la réponse du gouvernement est fondée sur un objectif illégitime ou déguisé, les éléments de preuve proposés doivent tendre à établir la légitimité de la réponse du

gouvernement ou, au contraire, son illégitimité. Finalement, si le gouvernement présente des éléments prouvant sa bonne foi et son engagement à l'égard du processus, le demandeur peut présenter en retour des éléments de preuve pour miner cette preuve : voir, par ex., *Provincial Court Judges' Association of British Columbia c. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1022.

[61] Toutefois, comme je l'expliquerai, l'exigence de la pertinence à elle seule — même lorsque la preuve a trait à l'ensemble limité de questions qu'il y a lieu d'examiner dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner* — ne protège pas adéquatement les impératifs constitutionnels opposés qui entrent en jeu lorsqu'une partie sollicitant le contrôle demande la production d'un document confidentiel du Cabinet.

(3) Documents confidentiels du Cabinet dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*

[62] Dans la mesure où un contrôle de type *Bodner* vise souvent des décisions dans lesquelles le Cabinet a joué un rôle, la partie qui entend exercer ce type de recours pourrait demander la production d'un document confidentiel du Cabinet à titre d'élément de preuve additionnel pour démontrer que la réponse du gouvernement ne satisfait pas aux exigences constitutionnelles applicables. S'il est vrai que, normalement, le juge prend en considération une description des éléments de preuve proposés ou en examine le contenu pour déterminer s'ils sont pertinents aux fins du contrôle de type *Bodner*, des considérations particulières entrent en jeu lorsqu'il est

question de la production par le gouvernement d'un document se rapportant aux délibérations et au processus décisionnel du Cabinet.

[63] Contrairement à une action ou à une demande de contrôle judiciaire présentée contre le gouvernement par une partie privée, un contrôle de type *Bodner* oppose généralement deux branches différentes de l'État — le judiciaire et l'exécutif — comme parties à l'instance. Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, au par. 7, le juge en chef Lamer a souligné que, s'il est vrai qu'un litige est toujours « une démarche très sérieuse », elle « est d'autant plus sérieuse du fait que les litiges opposent deux organes fondamentaux de notre régime constitutionnel — l'exécutif et le judiciaire — qui jouent tous deux des rôles importants et interdépendants en matière d'administration de la justice ». De tels litiges peuvent s'avérer nécessaires pour obliger le gouvernement à respecter ses obligations constitutionnelles dans les juridictions où les recommandations d'une commission n'ont pas force obligatoire. Le contrôle de type *Bodner* est le mécanisme qui vise à garantir que les gouvernements respectent le mécanisme d'examen par une commission et qui préserve la confiance du public dans l'administration de la justice que ce mécanisme vise à protéger.

[64] Cela dit, dans l'affaire *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, p. 89, 97-98, 103 et 109, la Cour a déjà formulé une mise en garde toujours pertinente au sujet du fait que l'issue d'une action intentée par une branche de l'État contre une

autre peut avoir pour effet concret d'altérer la séparation des pouvoirs. Des procédures de cette nature commandent une prudence toute particulière, car il faut veiller à ce que les tribunaux n'outrepassent pas leur fonction judiciaire.

[65] Le droit constitutionnel canadien reconnaît depuis longtemps que le pouvoir souverain, en ce pays, se divise non seulement entre le Parlement et les législatures, mais aussi entre les branches exécutive, législative et judiciaire de l'État : *Fraser c. Canada (Commission des relations de travail dans la fonction publique)*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 33. Malgré l'existence de chevauchements limités dans certaines matières, les trois branches de l'État remplissent des fonctions fondamentalement différentes et ont acquis, en conséquence, des compétences essentielles distinctes : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 139; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 29.

[66] Ainsi que la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Criminal Lawyers' Association*, au par. 29 : « un pouvoir ne peut jouer son rôle lorsqu'un autre empiète indûment sur lui ». Plusieurs doctrines jouent de manière à empêcher les ingérences indues, notamment celle assurant le caractère secret des délibérations judiciaires (*MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796), ainsi que celles relatives à

la reconnaissance des privilèges, pouvoirs et immunités dont jouissent le Sénat, la Chambre des communes et les assemblées législatives : *Loi constitutionnelle de 1867*, préambule et art. 18; *New Brunswick Broadcasting Co.; Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, [2018] 2 R.C.S. 687. Ces doctrines sont un corolaire à la séparation des pouvoirs parce qu'elles contribuent à protéger la capacité de chaque branche de s'acquitter des fonctions qui lui sont attribuées par la Constitution.

[67] Le pouvoir exécutif bénéficie lui aussi d'un certain degré de protection contre les ingérences indues. Les délibérations entre ministres sont ainsi protégées par la convention constitutionnelle relative à la confidentialité des délibérations du Cabinet. Notons que les conventions constitutionnelles n'ont pas d'effet juridique direct : *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 880-883; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 98. Toutefois, comme je l'expliquerai plus amplement, la common law respecte cette convention relative à la confidentialité et offre à l'exécutif une immunité d'intérêt public à l'égard des délibérations entre ministres : voir *Carey; Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 18-19 et 60.

[68] Lorsque l'exécutif joue un rôle dans la formulation de la réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges, le Cabinet détermine généralement la position qu'adopte l'exécutif. Les

discussions entre ministres au sujet de la façon dont ils perçoivent les recommandations et de la réponse que le gouvernement devrait y donner sont normalement protégées par la confidentialité des délibérations du Cabinet.

[69] Il se peut très bien qu'un document qui rend compte des délibérations du Cabinet à propos de la réponse d'un gouvernement soit pertinent, ne serait-ce que pour réfuter l'allégation que celui-ci a manqué à ses obligations constitutionnelles. Si le gouvernement cherchait à faire admettre le document à l'appui d'un affidavit tendant à établir sa bonne foi et son engagement à l'égard du mécanisme du genre décrit au par. 36 de l'arrêt *Bodner*, le document serait sans aucun doute jugé pertinent. Par conséquent, il est difficile de concevoir comment il n'en irait pas de même lorsqu'une partie qui sollicite le contrôle de type *Bodner* cherche à faire admettre le document pour contester les allégations de bonne foi et d'engagement à l'égard du mécanisme mises de l'avant par le gouvernement ou pour soulever la question de la légitimité des motifs de l'action du gouvernement ou celle du caractère illégitime ou déguisé de son but.

[70] En conséquence, si la pertinence était le seul critère déterminant, les documents confidentiels du Cabinet feraient systématiquement partie des dossiers de contrôles de type *Bodner*. Par exemple, le document du Cabinet pourrait soit tendre à étayer la prétention que la réponse d'un gouvernement n'a pas respecté les exigences constitutionnelles qui s'y appliquent, soit tendre à réfuter cette prétention. Selon moi, il faut quelque chose de plus que la pertinence pour établir le juste équilibre entre le

respect de la confidentialité des délibérations du Cabinet et le maintien de l'intégrité dans son ensemble du contrôle de type *Bodner*.

[71] Comme je l'ai évoqué précédemment, un contrôle de type *Bodner* met généralement en opposition deux branches de l'État : les membres de la magistrature contestent la réponse du gouvernement et le procureur général la défend. Lorsque la réponse émane de la législature ou d'une collaboration entre elle et l'exécutif, les intérêts des trois branches peuvent être en jeu, que ce soit directement ou indirectement. Or, compte tenu de la structure constitutionnelle de notre État, un membre de la magistrature sera également nécessairement appelé à entendre la demande de contrôle de type *Bodner* et à la trancher : voir le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 180; *Bodner*, par. 29. Du fait de la doctrine de la nécessité, il en est ainsi même si le juge saisi de la demande est directement touché par les recommandations de la commission et par la réponse du gouvernement : voir le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 5.

[72] Une consultation systématique d'un document confidentiel du Cabinet par un juge révélerait à un membre de la magistrature la teneur des délibérations du Cabinet. Même si toute consultation d'un document confidentiel du Cabinet mine la confidentialité des délibérations du Cabinet dans une certaine mesure, celle menée par un juge d'un document qui porte sur les délibérations du Cabinet relativement à la magistrature la minerait encore plus. Cela est d'autant plus vrai lorsque le juge est directement touché par la réponse résultant de ces délibérations. Comme lorsqu'il est

question de trancher un contrôle de type *Bodner* lui-même, la consultation du document par un juge est appropriée dans ce contexte, uniquement lorsqu'elle est strictement nécessaire.

[73] À mon avis, ces considérations particulières devraient être prises en compte à deux étapes différentes.

[74] En premier lieu, une démonstration préliminaire est nécessaire.

[75] Ainsi, avant que le juge saisi du contrôle de type *Bodner* puisse examiner le document, la partie qui le demande doit établir qu'il existe des raisons de croire que le document du Cabinet en question peut contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence décrite dans l'arrêt *Bodner*.

[76] Cette démonstration préliminaire est faite si la partie qui sollicite le contrôle parvient à établir qu'il existe des raisons de croire que le document du Cabinet peut contenir des renseignements susceptibles de miner la validité de la réponse du gouvernement. Cette exigence oblige la partie demandant le contrôle à faire ressortir du dossier quelque chose — y compris des éléments de preuve autrement admissibles — qui étaye sa prétention selon laquelle le document peut tendre à démontrer que la réponse du gouvernement n'a pas satisfait à une ou à plusieurs des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*.

[77] Pour satisfaire à cette exigence, la partie n'a pas à avoir connaissance de la teneur du mémoire au Cabinet ou à détenir des renseignements à son sujet. Elle n'a pas non plus à mettre en évidence un élément du dossier qui fait explicitement référence au mémoire en cause ou à son contenu. En effet, il serait injuste d'exiger que la partie fasse la preuve de la teneur d'un document confidentiel : voir, dans le contexte de l'immunité d'intérêt public, *Carey*, p. 678.

[78] En revanche, la partie peut se fonder sur des éléments de preuve additionnels et sur le reste du dossier — y compris les mémoires présentés à la commission — au soutien de sa prétention qu'il a été satisfait à l'exigence d'une démonstration préliminaire. À titre d'exemple, elle pourra s'appuyer sur des déclarations de ministres ou d'autres personnes qui donnent à penser que la réponse du gouvernement était possiblement fondée sur d'autres motifs que ceux exprimés officiellement, que le gouvernement s'est peut-être appuyé sur un fondement factuel déficient ou lacunaire, ou qu'il a pu faire preuve d'un manque de respect envers le mécanisme d'examen par une commission. La partie peut aussi être en mesure de s'appuyer sur d'autres éléments de preuve produits par le gouvernement qui suggèrent qu'un document portant sur les délibérations du Cabinet pourrait révéler que la réponse a été fondée sur un objectif illégitime. Il ne suffit toutefois pas d'affirmer que l'exécutif, à titre de décideur, disposait du document, ou que celui-ci apporterait au tribunal de révision des renseignements contextuels additionnels.

[79] Si la partie qui demande le contrôle effectue la démonstration requise — à savoir qu’il existe des raisons de croire que le document peut contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n’a pas satisfait à une des exigences décrites dans l’arrêt *Bodner* —, le gouvernement devra produire le document en question aux fins d’un examen par le tribunal.

[80] En deuxième lieu, le tribunal de révision doit examiner le document en privé pour déterminer si, de fait, il fournit des éléments de preuve qui tendent à démontrer que le gouvernement n’a pas satisfait à l’une ou l’autre des étapes de l’analyse établie par l’arrêt *Bodner*. En d’autres termes, le document doit, considéré conjointement avec le dossier pris dans son ensemble et à la lumière de la théorie de la cause du demandeur, se révéler utile pour attaquer la légitimité des motifs invoqués par le gouvernement, ou encore pour mettre en doute le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel il s’est appuyé, le respect dont le gouvernement a fait preuve envers le mécanisme d’examen par une commission ou l’atteinte des objectifs du recours à ce mécanisme. Le document peut suggérer que la réponse du gouvernement se fondait sur un objectif illégitime ou déguisé. Cependant, la valeur probante de l’élément de preuve en cause n’a pas à être prise en compte à cette étape de l’analyse.

[81] Même si le document satisfait à ce critère, sa production demeure assujettie à toute autre règle de preuve empêchant sa divulgation, notamment celles relatives au secret professionnel de l’avocat (qui a été soulevé devant les juridictions

d'instances inférieures dans le pourvoi connexe) ou à l'immunité d'intérêt public (qui a été soulevée devant notre Cour dans les deux pourvois).

[82] L'Association plaide qu'un contrôle de type *Bodner* est dépourvu de signification en l'absence de documents confidentiels du Cabinet pour mettre en lumière les véritables motifs qui sous-tendent la réponse du gouvernement, et qui peuvent différer de ceux invoqués publiquement. Selon elle, à défaut d'un moyen de comprendre le véritable fondement sur lequel s'appuie la décision, le tribunal de révision ne sera pas en mesure de déterminer si la réponse du gouvernement satisfait aux exigences constitutionnelles.

[83] Je ne suis pas d'accord pour dire qu'un contrôle de type *Bodner* est inefficace si aucun mémoire au Cabinet pertinent ne figure dans le dossier. En effet, même si sa portée est nécessairement limitée, ce type de contrôle est rigoureux. L'analyse requiert que le gouvernement justifie de *s'écarter* des recommandations d'une commission. Le gouvernement est tenu d'invoquer à cette fin des motifs légitimes et rationnels qui doivent découler d'un raisonnement solide et doivent reposer sur un fondement factuel raisonnable. La réponse du gouvernement doit également dénoter du respect envers les fonctions judiciaires, l'indépendance de la magistrature et le mécanisme d'examen par une commission, mais il faut en outre qu'il ait été satisfait aux objectifs plus larges du recours à ce mécanisme.

[84] Ainsi, la partie qui sollicite un contrôle de type *Bodner* peut fort bien disposer d'arguments solides en faveur de l'annulation de la réponse d'un

gouvernement à partir des motifs que celui-ci a invoqués publiquement. La partie en question peut aussi s'appuyer sur des éléments de preuve additionnels admissibles pour établir le bien-fondé de sa prétention, par exemple les déclarations de ministres ou d'autres acteurs — notamment des propos d'ordre plus général tenus en dehors du mécanisme d'examen par la commission — au sujet des juges ou de leur rémunération, ou encore certains types de tendances historiques, y compris les réponses du gouvernement aux recommandations de commissions antérieures. De tels éléments de preuve peuvent fort bien étayer l'allégation voulant que la décision d'un gouvernement de s'écarter des recommandations d'une commission s'appuie sur des motifs illégitimes, ou que sa réponse ne « dénote[. . .] [pas] un examen sérieux de la charge judiciaire et l'intention de prendre les mesures qui s'imposent » : *Bodner*, par. 25. Ces éléments peuvent également appuyer l'affirmation selon laquelle le gouvernement n'a pas fait montre du respect voulu envers l'intérêt du public sous-jacent relatif à l'indépendance judiciaire et à ce que le recours à une commission soit efficace.

[85] Je souligne qu'il ne suffit jamais que le gouvernement se borne à répéter les observations qu'il a présentées devant une commission : *Bodner*, par. 23. Cela ne saurait justifier qu'il se soit écarté des recommandations de cette dernière. De la même façon, un gouvernement qui rejette systématiquement les recommandations d'une commission soulève un doute quant à son respect envers le recours au mécanisme d'examen par une commission, et, en conséquence, quant à l'atteinte des objectifs d'un tel recours. Même s'il a été jugé que des augmentations ou des

réductions de salaire généralisées qui touchent les juges satisfont à la norme de la rationalité, un gouvernement qui ne tient pas compte du caractère distinctif de la charge judiciaire et qui traite la magistrature comme une simple catégorie de fonctionnaires perd de vue le principe de l'indépendance judiciaire : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 143, 157 et 184; *Bodner*, par. 25. Dans des cas plus rares, c'est le niveau de rémunération lui-même qui peut faire douter de la validité de la réponse du gouvernement : voir le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 135.

[86] Au demeurant, une réponse d'un gouvernement qui ne démontre pas un engagement *sérieux* à l'égard du mécanisme d'examen par une commission et des recommandations de celle-ci risque de ne pas satisfaire aux exigences énoncées dans l'arrêt *Bodner*. Comme l'affirme clairement cet arrêt, au par. 31, le tribunal de révision doit en définitive être convaincu que les objectifs du recours à une commission — c'est-à-dire la dépolitisation des décisions concernant la rémunération des juges et la préservation de l'indépendance judiciaire — ont été atteints.

[87] Bref, le contrôle de type *Bodner* concerne la réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission — qui consistera généralement en une décision de ce gouvernement de s'écarter des recommandations en question — et les motifs invoqués pour justifier cette décision. Les mémoires présentés à la commission, les recommandations de cette dernière et la réponse du gouvernement constituent donc l'essence du dossier constitué en vue du contrôle de type *Bodner*.

Certains types d'éléments de preuve additionnels sont admissibles s'ils sont pertinents pour déterminer s'il a été satisfait à l'une ou l'autre des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*, y compris pour savoir si la réponse du gouvernement est fondée sur un objectif illégitime ou déguisé. Cependant, lorsqu'une partie qui sollicite un contrôle de type *Bodner* demande la production d'un document confidentiel du Cabinet, elle doit d'abord établir qu'il y a des raisons de croire que ce document contient des éléments de preuve qui tendent à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une des exigences décrites dans l'arrêt *Bodner*. Ce n'est qu'une fois cette démonstration faite que le tribunal de révision examine le document en privé pour déterminer si, de fait, il fournit une preuve qui tend à démontrer que le gouvernement a failli à ses obligations constitutionnelles. Si c'est le cas, le tribunal doit alors décider si une autre règle de preuve, comme l'immunité d'intérêt public, en empêche la production.

(4) Application

[88] En l'espèce, dans la mesure où l'Association demande la production d'un mémoire au Cabinet confidentiel, il faut décider en premier lieu si elle a fait la démonstration préliminaire requise.

[89] L'Association invoque un précédent ayant mis en cause la rémunération des juges, dans le cadre duquel le procureur général avait produit un mémoire au Cabinet qui traitait de la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission : voir *Provincial Court Judges' Association of British Columbia c.*

British Columbia (Attorney General), 2012 BCSC 1022. Dans cette affaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que le mémoire en question révélait que l'on avait accordé une [TRADUCTION] « importance indue » à la nécessité d'assurer un lien entre les traitements des juges et ceux des employés du secteur public : par. 81. Selon ce qu'avance l'Association, il ressort de ce précédent que le mémoire au Cabinet, en l'espèce, est un élément pertinent pour résoudre la question de savoir si le gouvernement est engagé et a fait preuve de respect à l'égard du mécanisme d'examen par la commission.

[90] Je ne suis pas convaincue. La cause invoquée par l'Association a été jugée il y a presque une décennie. Il ne s'ensuit pas que, parce qu'un mémoire au Cabinet a révélé que le gouvernement avait fondé sa décision sur une considération illégitime il y a 10 ans, il pourrait aujourd'hui s'être fondé en l'espèce sur une considération de même nature. En effet, on peut s'attendre à ce que le gouvernement ait appris de ses erreurs passées. Il faut donc davantage pour conclure à l'existence de raisons de croire que le mémoire est susceptible de contenir des éléments de preuve qui tendraient à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence décrite dans l'arrêt *Bodner*.

[91] Bien que ce ne soit pas déterminant, je signale que ni l'exécutif ni l'Assemblée législative n'ont soulevé la question du mémoire au Cabinet. Et, à l'instar de la résolution de l'Assemblée législative, la réponse du gouvernement ne fait pas davantage mention de ce document. En outre, à la différence de l'affidavit

produit dans le cadre d'une série de litiges antérieurs ayant opposé le procureur général et l'Association, celui présenté en l'espèce au soutien de la réponse du procureur général à la demande de contrôle judiciaire ne fait aucune référence au mémoire au Cabinet. Rien non plus à la face même du dossier n'indique que ce mémoire pourrait contenir des éléments de preuve qui tendraient à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence constitutionnelle.

[92] À mon avis, l'Association n'a pas fait la démonstration préliminaire requise. Elle n'a fourni aucun élément de preuve ni signalé aucune circonstance donnant des raisons de croire que le mémoire au Cabinet tendrait à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à la norme fixée par l'arrêt *Bodner*. Il n'était donc pas nécessaire que le procureur général produise le document en vue de son examen par la Cour.

[93] Voilà qui serait suffisant pour trancher le présent pourvoi.

[94] Il est donc inutile, en l'espèce, de décider si l'immunité d'intérêt public s'appliquerait par ailleurs de sorte que le procureur général pourrait refuser de produire le mémoire au Cabinet. Toutefois, puisque les parties et les intervenants dans les deux pourvois connexes dont la Cour est saisie ont présenté des observations détaillées à propos du droit relatif à l'immunité d'intérêt public, j'examinerai de quelle façon celle-ci s'applique aux documents confidentiels du Cabinet visés dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, et pour quelles raisons, à mon avis, il n'est pas

nécessaire de réexaminer la doctrine de l'immunité d'intérêt public telle qu'elle s'applique dans le contexte en question.

C. *Immunité d'intérêt public*

[95] Il est manifestement dans l'intérêt du public de maintenir la confidentialité des délibérations entre ministres : *Carey*, p. 647 et 656-659; *Babcock*, par. 18-19. Selon la convention constitutionnelle, les délibérations du Cabinet sont confidentielles : N. d'Ombraïn, « Cabinet secrecy » (2004), 47(3) *Canadian Public Administration* 332, p. 334-335. Les ministres fédéraux prêtent serment, comme conseillers privés, « [d']exprimer[. . .] [. . .] honnêtement et en toute vérité, [leur] sentiment et [leur] opinion » et de « [tenir] secret [. . .] tout ce dont il sera traité secrètement » durant les réunions du Cabinet : voir C. Forcese et A. Freeman, *The Laws of Government: The Legal Foundations of Canadian Democracy* (2^e éd. 2011), p. 352. Les ministres des provinces et des territoires prêtent un serment semblable à titre de conseillers exécutifs.

[96] Les ministres jouissent de la liberté d'exprimer leurs opinions durant les délibérations du Cabinet, mais on s'attend à ce qu'ils défendent publiquement la décision du Cabinet, même si elle diffère de celles qu'ils auraient prises : voir A. Heard, *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law & Politics* (2^e éd. 2014), p. 106-107; d'Ombraïn, p. 335. La confidentialité des délibérations du Cabinet aide à faire en sorte que les ministres s'expriment en toute transparence et franchise et qu'ils puissent parvenir sans ingérence externe indue à des décisions

souvent difficiles et à des compromis durement acquis : voir Forcese et Freeman, p. 352; d’Ombrain, p. 335. Si les délibérations du Cabinet étaient rendues publiques, des ministres pourraient être critiqués pour avoir défendu publiquement une politique incompatible avec leurs propres opinions, ce qui risquerait de distraire les ministres et de miner la confiance du public dans le gouvernement.

[97] Ancré dans une convention constitutionnelle autant que dans des considérations d’ordre pratique, ce principe de confidentialité s’applique, que les délibérations en question se déroulent dans le cadre de réunions officielles du Conseil privé de la Reine pour le Canada⁶ ou du Conseil exécutif d’une province ou d’un territoire, ou encore dans le contexte de réunions du Cabinet ou de comités formés de ministres, tel le Conseil du Trésor. Le principe de confidentialité s’étend aux procès-verbaux des délibérations du Cabinet, mais aussi aux documents faisant état de la teneur de ces délibérations : *Babcock*, par. 18.

[98] La common law protège la confidentialité des délibérations du Cabinet grâce à la doctrine de l’immunité d’intérêt public : *Babcock*, par. 60. Cette immunité fait partie de la common law fédérale, mais aussi de celle de chaque province et territoire : voir *Babcock*, par. 19, 23 et 26. Cela dit, comme pour toute autre règle de common law, le législateur fédéral ou provincial peut restreindre ou écarter l’immunité d’intérêt public, pourvu qu’il exprime clairement son intention en ce sens : *Québec (Commission des droits de la personne) c. Procureur général du*

⁶ Bien que le Conseil privé de la Reine pour le Canada, établi par l’art. 11 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, comprend des membres autres que les ministres, le principe de confidentialité s’applique également à ses délibérations.

Canada, [1982] 1 R.C.S. 215, p. 228; *Babcock*, par. 20; voir, de façon plus générale, *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 21⁷.

[99] Dans l'affaire *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686, tout comme dans l'arrêt *Carey*, la Cour a rejeté l'idée d'un privilège de la Couronne qui serait absolu. Elle a plutôt reconnu l'existence d'une immunité restreinte d'intérêt public. Cette dernière empêche la divulgation d'un document lorsque le tribunal est convaincu que l'intérêt du public à ce qu'un document demeure confidentiel l'emporte sur l'intérêt du public à ce qu'il soit divulgué : voir *Carey*, p. 653-654 et 670; *Babcock*, par. 19; voir également *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, p. 97⁸.

[100] Cela dit, même si dans les arrêts *Smallwood* et *Carey* elle a rejeté des revendications de privilège absolu de la Couronne, la Cour n'a pas pour autant « accord[é] à l'individu un droit automatique à la communication de documents confidentiels et de nature délicate en la possession de l'État » : *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3, par. 54. Les arrêts *Smallwood* et *Carey* ont

⁷ Les législatures ont généralement maintenu l'immunité d'intérêt public : voir, p. ex., *Code de procédure civile*, R.L.R.Q., c. C-25.01, art. 283; *Loi de 2019 sur la responsabilité de la Couronne et les instances l'intéressant*, L.O. 2019, c. 7, ann. 17, par. 13(2); *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89, art. 9; *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1989, c. 360, art. 11. En revanche, le Parlement a partiellement modifié cette immunité d'intérêt public aux art. 37 à 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5 : voir *Babcock*, par. 21 et suiv.; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110.

⁸ Les mêmes considérations s'appliquent généralement aux témoignages. Toutefois, les ministres, actuels et anciens, qui siègent comme membres du Sénat, de la Chambre des communes ou d'une assemblée législative bénéficient d'une forme limitée d'immunité testimoniale qui relève du privilège parlementaire : voir *Vaid*, par. 29; *Ainsworth Lumber Co. c. Canada (Attorney General)*, 2003 BCCA 239, 14 B.C.L.R. (4th) 302; *Telezone Inc. c. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161 (C.A.).

établi la nécessité de mettre soigneusement en balance les intérêts opposés du public, soit, d'une part, l'intérêt à ce que la confidentialité des renseignements soit protégée et, d'autre part, celui à ce qu'ils soient divulgués : voir *Babcock*, par. 19; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, par. 35. Ces intérêts opposés du public doivent être évalués en fonction d'un document précis, dans le cadre d'une instance donnée.

[101] Dans l'arrêt *Carey*, aux pages 670 à 673, la Cour a décrit dans les termes qui suivent les principaux facteurs pertinents pour l'exercice de mise en balance des intérêts opposés du public quant à la confidentialité et à la divulgation de documents ayant trait au processus décisionnel d'un pouvoir public, y compris au niveau du Cabinet :

- (1) le palier du « processus décisionnel »;
- (2) la « nature de la politique en question »;
- (3) la « teneur précise des documents »;
- (4) le moment où sera divulgué le document;
- (5) l'« importance qu'il y a à produire les documents dans l'intérêt de l'administration de la justice »;

(6) la question de savoir si la partie qui cherche à obtenir la production des documents « allègue une conduite peu scrupuleuse de la part du gouvernement ».

[102] Bien que l'immunité d'intérêt public puisse être soulevée par n'importe laquelle des parties ou par le tribunal de révision lui-même, c'est au gouvernement qu'il incombe d'établir qu'un document est visé par cette immunité et qu'il ne devrait donc pas être divulgué : *Carey*, p. 653 et 678. Le gouvernement doit présenter un affidavit détaillé pour appuyer sa prétention relative à l'immunité d'intérêt public : p. 653-654.

[103] En règle générale, lorsqu'il est manifeste pour le tribunal de révision, compte tenu des observations présentées par un gouvernement, que l'immunité d'intérêt public s'applique à un document, nul n'est besoin pour lui de le consulter : *Carey*, p. 671 et 681. Si, toutefois, le tribunal a des doutes quant à savoir si cette immunité s'applique, il consulte le document en privé pour dissiper tout doute à cet égard : p. 674 et 681; voir aussi *Somerville c. Scottish Ministers*, [2007] UKHL 44, [2007] 1 W.L.R. 2734, par. 156 et 204; *Al Rawi c. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531, par. 145. De fait, même s'il est convaincu que l'immunité d'intérêt public ne s'applique pas, le tribunal consulte tout de même le document en privé pour s'assurer de ne pas ordonner par mégarde la divulgation d'un document qui devrait en réalité rester confidentiel : voir *Conway c. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), p. 971. Si, après avoir consulté le document, le tribunal conclut que son

contenu, ou une partie de son contenu, n'est pas protégé par l'immunité d'intérêt public, il peut en conséquence en ordonner la production.

(1) Immunité d'intérêt public dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*

[104] Comme l'a précisé l'arrêt *Carey*, le tribunal de révision a souvent à examiner le document visé pour pouvoir se prononcer sur la question de l'immunité d'intérêt public. Puisque généralement, dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, le tribunal a déjà examiné le document pour décider s'il devrait par ailleurs faire partie du dossier, il en sera habituellement déjà saisi.

[105] En conséquence, le tribunal doit alors, en tenant compte des facteurs énoncés dans l'arrêt *Carey* et de tout autre facteur pertinent, déterminer si l'intérêt du public à ce que le document du Cabinet soit divulgué l'emporte sur celui à ce qu'il demeure confidentiel. En pareilles circonstances, au moins trois des facteurs énoncés dans l'arrêt *Carey* — le palier du processus décisionnel auquel le document se rapporte, la nature de la politique sur laquelle porte le document et la teneur du document — jouent bien souvent en faveur du maintien de la confidentialité du document.

[106] Exception faite des décisions émanant de la Reine ou de ses représentants, le processus décisionnel du Cabinet se situe au plus haut échelon décisionnel du pouvoir exécutif : voir *Carey*, p. 670; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, p. 546-547.

[107] Comme l'ont reconnu les tribunaux de la Colombie-Britannique dans la présente cause, la rémunération des juges est un domaine de politique publique important et sensible, qui touche non seulement à l'utilisation des deniers publics, mais également à l'administration de la justice et, ultimement, à l'indépendance judiciaire. Les tribunaux de la Colombie-Britannique n'ont pas conclu qu'il s'agit d'un facteur qui pèse en faveur de la préservation de la confidentialité : motifs de la C.S.C.-B., par. 42; motifs de la C.A., par. 22; pour des affirmations au même effet par les tribunaux de Nouvelle-Écosse dans les procédures qui ont donné lieu au pourvoi connexe, voir aussi *Nova Scotia Provincial Judges' Association c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117, par. 144; *Nova Scotia (Attorney General) c. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359, par. 44-46. Je ne peux souscrire à une telle approche. Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Carey*, aux pages 671 et 672, la nature de la politique sur laquelle porte le document peut militer en faveur de la préservation de la confidentialité à des degrés divers selon sa sensibilité et son importance. La décision d'un gouvernement à propos de la réponse à donner aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges ne concerne pas simplement une question de mise en œuvre, mais consiste en la « création d'une politique au sens large » : voir *Carey*, p. 672; voir aussi *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, par. 58. Cela dit, comme je l'explique ci-après, lorsque la politique concerne une exigence constitutionnelle en lien avec le système judiciaire et, par conséquent, avec

l'administration de la justice comme c'est le cas dans le contexte *Bodner*, cela peut aussi militer en faveur de la divulgation.

[108] Les documents concernant les délibérations du Cabinet peuvent fort bien rendre compte des opinions de certains ministres et révéler des désaccords entre eux. Les documents du Cabinet peuvent en outre révéler des considérations portées à l'attention du Cabinet. En conséquence, leur contenu est souvent très sensible : voir *Babcock*, par. 18.

[109] Selon la teneur du document, le moment où ce dernier serait divulgué peut également jouer en faveur du maintien de sa confidentialité. Ainsi, un document qui révèle uniquement que le Cabinet a pris la décision de rejeter une des recommandations formulées par une commission d'examen de la rémunération des juges ne revêt guère un caractère confidentiel une fois cette décision annoncée publiquement. En revanche, les ministres peuvent à bon droit s'attendre à ce qu'un document qui fait état de plusieurs réponses différentes possibles aux recommandations de la commission et de leur évaluation, pour n'en retenir qu'une seule, demeure confidentiel pendant une période prolongée, même après l'annonce publique de la décision.

[110] En l'espèce, les tribunaux de la Colombie-Britannique semblent avoir considéré que le défaut du gouvernement d'avoir invoqué un préjudice particulier susceptible de résulter de la divulgation du mémoire au Cabinet est décisif quant à la

nécessité de le divulguer : voir les motifs de la protonotaire, par. 23; les motifs de la C.S.C.-B., par. 46; les motifs de la C.A., par. 22.

[111] Vu l'intérêt important du public à ce que la confidentialité des délibérations du Cabinet soit maintenue, la divulgation d'un document du Cabinet mine cette confidentialité, et elle est, au moins dans une certaine mesure, préjudiciable. Comme la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Carey*, certains documents du Cabinet peuvent, en raison de leur teneur, soulever des préoccupations supplémentaires, par exemple lorsqu'ils se rapportent à la défense ou à la sécurité nationale, ou lorsqu'ils font référence à certains points précis de désaccord entre certains ministres. Souvent, il est utile pour le tribunal que le gouvernement justifie de la façon la plus détaillée possible sa prétention relative au risque que survienne un tel préjudice : p. 653-654 et 671. Cependant, le défaut du gouvernement de faire état d'un préjudice particulier susceptible de résulter de la divulgation d'un document confidentiel du Cabinet ne signifie pas *automatiquement* que le document doit être divulgué. Le tribunal doit toujours chercher à savoir avant tout si l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué l'emporte sur celui à ce qu'il demeure confidentiel.

[112] Par ailleurs, du fait de cet intérêt important du public à garder confidentiels les documents relatifs aux délibérations du Cabinet, une autre forme d'intérêt du public tout aussi important sera nécessaire pour faire contrepoids et justifier leur divulgation. L'importance de l'intérêt du public à ce que le document

soit divulgué tiendra souvent à l'intérêt de l'administration de la justice, un facteur par ailleurs relevé dans l'arrêt *Carey*.

[113] À n'en pas douter, la notion d'« intérêt de l'administration de la justice » embrasse un vaste éventail de considérations : voir *Carey*, p. 647-648 et 671. Deux d'entre elles, cependant, se démarquent dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, à savoir : « 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 » : *Carey*, p. 671.

[114] Dans le pourvoi connexe, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que la divulgation du rapport en cause est dans l'intérêt du public dans la mesure où le gouvernement savait que sa réponse aux recommandations de la commission ferait l'objet d'un contrôle judiciaire, et où ce contrôle porterait principalement sur des questions essentielles à l'administration de la justice et aux rapports existant entre deux des branches du gouvernement : par. 44-46.

[115] Ces considérations peuvent cependant jouer dans les deux sens. En effet, même s'il ne fait aucun doute que les contrôles de type *Bodner* sont d'une grande importance, le fait qu'une des parties réclame la production d'un document confidentiel du Cabinet pertinent dans le cadre d'un tel contrôle ne saurait, en soi, servir de fondement général à la divulgation. Une telle approche se traduirait concrètement, à chaque contrôle de ce type, par une mise en échec de l'intérêt du public à ce que les délibérations du Cabinet demeurent confidentielles. Elle

reviendrait aussi à confondre l'importance des *questions* à examiner dans un tel contrôle avec l'importance de la *preuve* apportée par le document du Cabinet pour y répondre.

[116] Dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, l'analyse par le tribunal de révision des facteurs pouvant avoir une incidence sur l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué doit nécessairement être inspirée par sa conclusion au sujet de la nature et de la valeur probante du document visé. De fait, un document peut fournir certains éléments de preuve que le gouvernement n'a pas satisfait à une des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*. Toutefois, l'importance de tels éléments de preuve peut varier considérablement. Au moment d'examiner la question de l'intérêt de l'administration de la justice, le tribunal doit donc se concentrer sur la mesure dans laquelle le document a un rapport avec les questions en litige.

[117] Il se peut aussi qu'un document renferme des renseignements dont le tribunal ne pourrait autrement prendre connaissance, de telle sorte que son exclusion de la preuve nuirait à la capacité du tribunal de trancher au fond les questions en litige : voir *Carey*, p. 654 et 673; *Commonwealth c. Northern Land Council*, [1993] HCA 24, 176 C.L.R. 604, p. 619. Le document qui tend à établir que le gouvernement a décidé de fournir publiquement des motifs trompeurs pour justifier sa réponse aux recommandations de la commission, qu'il s'est appuyé sur un fondement factuel comportant des lacunes fondamentales, qu'il a agi pour atteindre un objectif illégitime ou déguisé, ou qu'il s'est montré indifférent ou irrespectueux envers le recours au

mécanisme d'examen par une commission aura ainsi une grande valeur probante. Un tel document porte si directement — et de manière si déterminante — sur les questions à trancher par le tribunal de révision dans le cadre d'un contrôle de type *Bodner* que son exclusion serait contraire à l'intérêt de l'administration de la justice : voir *Air Canada c. Secretary of State for Trade*, [1983] 2 A.C. 394 (H.L.), p. 435. Compte tenu des importants intérêts constitutionnels en jeu, il est pratiquement certain que l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué l'emportera sur celui à ce qu'il demeure confidentiel. Qui plus est, écarter un tel document de la preuve empêcherait le tribunal de remplir sa fonction judiciaire, en plus de mettre en péril la confiance du public dans l'administration de la justice et, ultimement, de menacer la primauté du droit. Dans de tels cas, lorsque la valeur probante du document est forte, l'analyse de l'immunité d'intérêt public mène au même résultat que l'analyse de l'opportunité de la production énoncée précédemment.

[118] En revanche, l'analyse de l'immunité d'intérêt public peut mener à un résultat différent s'il est question d'un document du Cabinet qui étaye la prétention selon laquelle le gouvernement n'a pas satisfait à une des exigences constitutionnelles auxquelles il doit satisfaire, mais dont l'incidence sur un contrôle de type *Bodner* serait limitée. Il se pourrait que la valeur probante de cette preuve soit trop faible pour justifier une divulgation, surtout s'il existe un intérêt important du public à ce que le document demeure confidentiel. Cela dit, le fait d'exclure ce genre de document du dossier peut difficilement empêcher le tribunal de révision de trancher au fond les

questions en litige. L'intérêt du public à ce qu'un tel document du Cabinet soit divulgué ne l'emporterait donc pas sur celui à ce qu'il reste confidentiel.

[119] Généralement parlant, la notion de « conduite peu scrupuleuse » dont il était question dans la décision *Carey*, à la p. 673, n'est pertinente que dans un nombre limité de cas. Ce facteur se surajoute en réalité à des considérations plus générales liées à l'administration de la justice. Pour être pertinente, la conduite en question doit être « sévère » ou « abusive » et, sans pour autant être criminelle, elle doit avoir un degré de gravité comparable : p. 673. Dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, pareil facteur joue un rôle très limité indépendamment du facteur relatif aux intérêts de l'administration de justice. Le caractère sévère ou abusif de la conduite du gouvernement est examiné au moment d'évaluer s'il avait un objectif illégitime ou déguisé. Un document qui démontre une conduite peu scrupuleuse de la part du gouvernement tendra à établir de façon très probante qu'il n'a pas satisfait aux exigences constitutionnelles auxquelles il doit satisfaire; c'est pourquoi, dans un tel cas, l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué l'emporte presque assurément sur celui à ce qu'il demeure confidentiel.

[120] Par conséquent, je ne souscris pas à l'argument du procureur général de la Colombie-Britannique et des autres procureurs généraux selon lequel la jurisprudence de la Cour en matière d'immunité d'intérêt public donne lieu à une divulgation systématique, voire presque inévitable, des documents confidentiels du Cabinet, et qu'elle devrait par conséquent être réexaminée par la Cour. Appliquée correctement

dans le cadre d'un contrôle de type *Bodner*, l'immunité d'intérêt public exige de mettre soigneusement en balance les intérêts du public à l'égard de la confidentialité et de la divulgation. Dans la mesure où l'intérêt du public à ce que les documents se rapportant aux délibérations du Cabinet demeurent confidentiels est souvent important, celui à ce qu'ils soient divulgués doit habituellement l'être encore davantage pour que leur divulgation soit justifiée.

V. Dispositif

[121] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sans dépens et d'annuler l'ordonnance de production du mémoire au Cabinet rendue par la protonotaire. La demande de la Provincial Court Judges' Association peut maintenant être tranchée sur le fond sans tenir compte du mémoire au Cabinet.

Pourvoi accueilli sans dépens.

Procureurs de l'appelant : Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours provinciales : Goldblatt Partners, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des contribuables : McCarthy Tétrault, Toronto.

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés
civiles : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*