

Les débats sur le secret ministériel sont loin d'être clos

Mel Cappe et Yan Campagnolo

EN FÉVRIER 2024, la Cour suprême du Canada confirmait que les lettres de mandat adressées par le premier ministre Doug Ford à ses ministres sont protégées par le secret ministériel et donc soustraites à l'obligation de divulgation prévue par le régime provincial d'accès à l'information. Bien que cette décision reconnaisse à juste titre l'importance du secret ministériel pour le maintien de l'efficacité gouvernementale, elle soulève des préoccupations quant à la portée de cette protection et de son incidence sur la transparence et la responsabilité des institutions publiques.

Debates About Cabinet Secrecy Are Far From Over

Mel Cappe & Yan Campagnolo

IN FEBRUARY 2024, the Supreme Court of Canada confirmed that Premier Doug Ford's mandate letters to his ministers are protected by Cabinet secrecy and therefore exempt from the disclosure requirements of the provincial access to information regime. While this decision rightly recognized the importance of Cabinet secrecy to maintaining effective government, it raises concerns about the scope of this protection and its impact on the transparency and accountability of public institutions.

TABLE DES MATIÈRES

Les débats sur le secret ministériel
sont loin d'être clos

Mel Cappe et Yan Campagnolo

La dimension constitutionnelle du
secret ministériel 11

Le sens de l'expression « objet des
délibérations » 15

La norme de contrôle 20

Mot de la fin 23

CONTENTS

Debates About Cabinet Secrecy Are
Far From Over

Mel Cappe & Yan Campagnolo

The Constitutional Dimension of
Cabinet Secrecy 11

The Meaning of "Substance of
Deliberations" 15

The Standard of Review 20

Final Words 23

Les débats sur le secret ministériel sont loin d'être clos

Mel Cappe* et
Yan Campagnolo**

La Cour suprême du Canada [ci-après «CSC»] vient de dissiper les doutes que certains pouvaient entretenir quant à la légitimité du secret ministériel et la nature confidentielle des lettres de mandat¹. Dans l'arrêt *Ontario (Procureur général) c Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée)*², la

Debates About Cabinet Secrecy Are Far From Over

Mel Cappe* &
Yan Campagnolo**

For those who had doubts about the legitimacy of Cabinet secrecy and the confidential nature of mandate letters,¹ the Supreme Court of Canada (SCC) has dispelled them. In *Ontario (Attorney General) v Ontario (Information and Privacy Commissioner)*,² the SCC put an end to the judicial saga pitting the Canadian

* Mel Cappe est professeur distingué à la Munk School of Global Affairs and Public Policy de l'Université de Toronto. Il a agi à titre de greffier du Conseil privé de 1999 à 2002.

** Yan Campagnolo est vice-doyen et professeur titulaire à la Section de common law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

1 Voir Mel Cappe et Yan Campagnolo, «Les lettres de mandat devraient rester confidentielles», *Options politiques* (7 avril 2022), en ligne: <policyoptions.irpp.org/fr/magazines/april-2022/les-lettres-de-mandat-devraient-rester-confidentielles/>.

2 2024 CSC 4 [PG c CIPVP]. Pour d'autres commentaires d'universitaires sur cette décision, voir Philippe Lagassé, «Yes, the Westminster System Has a Separation of Powers» (3 février 2024), en ligne (blogue): <lagassep.substack.com/p/yes-the-westminster-system-have-a>; Emmett Macfarlane, «The Influence of Conventions in

* Mel Cappe is Distinguished Fellow at the Munk School of Global Affairs and Public Policy of the University of Toronto. He served as Clerk of the Privy Council from 1999 to 2002.

** Yan Campagnolo is Vice-Dean and Full Professor at the Common Law Section of the University of Ottawa Faculty of Law.

1 See Mel Cappe & Yan Campagnolo, "Mandate Letters Should Be Kept Confidential", *Policy Options* (7 April 2022), online: <policyoptions.irpp.org/magazines/april-2022/mandate-letters-should-be-kept-confidential>.

2 2024 SCC 4 [AG v IPC]. For other academic commentary on this decision, see Philippe Lagassé, "Yes, the Westminster System Has a Separation of Powers" (3 February 2024), online (blog): <lagassep.substack.com/p/yes-the-westminster-system-have-a>; Emmett Macfarlane, "The Influence of Conventions in the SCC's Decision

CSC a mis fin à la saga judiciaire qui opposait la Société Radio-Canada au gouvernement de Doug Ford en statuant que les lettres de mandat étaient soustraites à la divulgation. Bien que ce résultat soit justifié, la portée de la décision de la CSC pourrait perturber l'équilibre délicat entre l'efficacité du gouvernement et son obligation de rendre compte.

Dans cet arrêt, la CSC a infirmé une série de décisions du Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée [ci-après «CIPVP»]³, de la Cour divisionnaire⁴ et de la Cour d'appel de l'Ontario (sous réserve d'une forte dissidence du juge Lauwers)⁵. Ces instances décisionnelles avaient conclu que les lettres de mandat n'étaient pas visées par l'exception — prévue au paragraphe 12(1) de la *Loi sur l'accès*

Broadcasting Corporation against Doug Ford's government by ruling that mandate letters are immune from disclosure. While this outcome is justified, the breadth of the SCC's ruling could disrupt the delicate balance between government effectiveness and accountability.

In this case, the SCC overruled a string of decisions from the Information and Privacy Commissioner (IPC),³ the Divisional Court,⁴ and the Court of Appeal for Ontario (except for a strong dissent from Justice Lauwers).⁵ These review bodies had found that mandate letters were not covered by the Cabinet exemption to the right of access to information under subsection 12(1) of the *Freedom*

the SCC's Decision Re: Ford's Ministerial Mandate Letters» (4 février 2024), en ligne (blogue): <emmettmacfarlane.substack.com/p/the-influence-of-conventions-in-the>; Paul Daly, «Losing Confidence: Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner), 2024 SCC 4» (5 février 2024), en ligne (blogue): <www.administrativelawmatters.com/blog/2024/02/05/losing-confidence-ontario-attorney-general-v-ontario-information-and-privacy-commissioner-2024-scc-4>.

3 Voir *Cabinet Office (Re)*, 2019 CanLII 76037 (ON CIPVP).

4 Voir *Attorney General for Ontario v Information and Privacy Commissioner*, 2020 ONSC 5085.

5 Voir *Ontario (Attorney General) v Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2022 ONCA 74.

Re: Ford's Ministerial Mandate Letters" (4 February 2024), online (blog): <emmettmacfarlane.substack.com/p/the-influence-of-conventions-in-the>; Paul Daly, "Losing Confidence: Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner), 2024 SCC 4" (5 February 2024), online (blog): <www.administrativelawmatters.com/blog/2024/02/05/losing-confidence-ontario-attorney-general-v-ontario-information-and-privacy-commissioner-2024-scc-4>.

3 See *Cabinet Office (Re)*, 2019 CanLII 76037 (ON IPC).

4 See *Attorney General for Ontario v Information and Privacy Commissioner*, 2020 ONSC 5085.

5 See *Ontario (Attorney General) v Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2022 ONCA 74.

à l'information et la protection de la vie privée⁶ [ci-après «LAIPVP»]—qui soustrait les documents du Cabinet au droit d'accès à l'information, parce qu'elles n'étaient pas spécifiquement nommées dans cette disposition et qu'elles ne révélaient pas autrement l'objet des délibérations du Cabinet.

La dimension constitutionnelle du secret ministériel

Cette décision de la CSC est importante en ce qu'elle a élevé le secret ministériel au rang du privilège parlementaire (qui protège l'autonomie des législatures) et du secret du délibéré (qui préserve l'indépendance des cours de justice). La CSC a jugé que ces trois doctrines découlent de la séparation des pouvoirs et sont essentielles afin que les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire puissent s'acquitter de leurs fonctions constitutionnelles respectives⁷.

En qualifiant le secret ministériel de doctrine d'importance constitutionnelle, la CSC a clairement affirmé qu'il doit être pris au sérieux. En effet, le système de gouvernement responsable de type Westminster ne pourrait pas fonctionner adéquatement sans un certain degré de secret ministériel, ce que les défenseurs de l'accès à l'information et les journalistes

*of Information and Protection of Privacy Act*⁶ because they were not specifically listed in that provision and did not otherwise reveal the substance of Cabinet deliberations.

The Constitutional Dimension of Cabinet Secrecy

This SCC decision is significant because it has elevated Cabinet secrecy to the status of parliamentary privilege (which protects the autonomy of legislatures) and deliberative secrecy (which guards the independence of courts). The SCC held that these three doctrines all flow from the separation of powers and are central to the ability of the executive, legislative, and judicial branches to fulfill their respective constitutional functions.⁷

By describing Cabinet secrecy as a doctrine of constitutional importance, the SCC has sent the message that it must be taken seriously. Indeed, the Westminster system of responsible government could not function properly without some degree of Cabinet secrecy—a point at times overlooked by freedom of information advocates and

6 LRO 1990, c F.31 [LAIPVP].

7 Voir PG c CIPVP, *supra* note 2 au para 3.

6 RSO 1990, c F.31 [FIPPA].

7 See AG v IPC, *supra* note 2 at para 3.

ont parfois tendance à occulter. C'est d'ailleurs pour cette raison que les conventions constitutionnelles protègent depuis longtemps le secret ministériel.

La CSC a aussi reconnu le rôle du premier ministre à titre de chef du Cabinet, lequel consiste notamment à choisir les membres du Cabinet, à concevoir sa structure interne et à fixer ses priorités (au moyen des lettres de mandat qu'il rédige à l'intention des ministres). Dans cette optique, les délibérations du premier ministre «ne peuvent être artificiellement dissociées de celles du Cabinet» et bénéficient du même degré de confidentialité⁸. Le secret ministériel s'applique lorsque le premier ministre agit à titre de chef du Cabinet, mais non quand il agit à un autre titre—par exemple, lorsqu'il exerce ses prérogatives personnelles indépendamment du Cabinet.

En outre, la CSC a clarifié les raisons ou motifs qui sous-tendent le secret ministériel en affirmant qu'il «favorise [...] la franchise, la solidarité et l'efficacité, tout cela pour contribuer à un gouvernement efficace»⁹. Bien que ces motifs soient bien documentés dans la littérature savante, la CSC les a maintenant

journalists—which explains why this secrecy has long been protected by constitutional conventions.

The SCC has also recognized the premier's role as head of Cabinet, which includes determining the membership of Cabinet, designing its internal structure, and setting its priorities (through the mandate letters the premier issues to ministers). For this reason, the premier's deliberations “cannot be artificially segmented from those of Cabinet” and enjoy the same level of secrecy.⁸ Cabinet secrecy applies where the premier is acting as head of Cabinet but not where they are acting in another capacity—for example, exercising their personal prerogatives independently of Cabinet.

Furthermore, the SCC has clarified the rationales underpinning Cabinet secrecy by recognizing that “Cabinet secrecy promotes candour, solidarity, and efficiency, all in aid of effective government.”⁹ While these rationales are well documented in scholarly literature, the SCC has now

8 *Ibid* au para 8.

9 *Ibid* au para 30.

8 *Ibid* at para 8.

9 *Ibid* at para 30.

clairement reconnus¹⁰. Cette reconnaissance seule constitue une contribution précieuse.

Le motif pertinent en l'espèce est le dernier, soit celui de l'efficacité. Reconnu judiciairement pour la première fois en 1968 par la Chambre des lords dans l'arrêt *Conway v Rimmer*¹¹, ce motif incarne l'idée selon laquelle le processus décisionnel du Cabinet doit demeurer confidentiel jusqu'à ce qu'une décision finale soit prise et rendue publique. Cette confidentialité est impérative pour éviter toute interférence externe indue et toute critique partisane, susceptibles de miner, voire paralyser, le processus décisionnel du Cabinet.

La CSC a annulé la décision du CIPVP du fait qu'elle n'avait pas tenu compte de l'incidence que pourrait avoir la divulgation prématurée des lettres de mandat—qui avaient été rédigées avec l'intention qu'elles demeurent confidentielles—sur l'efficacité du processus décisionnel du Cabinet. La CSC a eu parfaitement raison d'affirmer que le paragraphe 12(1) de la LAIPVP aurait dû être interprété

clearly acknowledged them.¹⁰ This alone is a valuable contribution.

The rationale at issue in this case was the last one: the efficiency rationale. First judicially recognized in 1968 by the House of Lords in *Conway v Rimmer*,¹¹ this rationale embodies the idea that the Cabinet decision-making process must remain confidential until a final decision is made and announced. This confidentiality is necessary to prevent undue external interference and partisan criticism, which could undermine or even paralyze Cabinet decision-making.

The SCC quashed the IPC's decision owing to its failure to consider the impact of prematurely disclosing the mandate letters—which were written with the intention that they remain confidential—on the efficiency of the Cabinet decision-making process. The SCC was quite right that subsection 12(1) of FIPPA should have been interpreted in light of the

10 *Ibid* aux para 29–30, 36. La CSC cite trois travaux savants: Yan Campagnolo, *Le secret ministériel: Théorie et pratique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020 aux pp 34–42 [Campagnolo, *Secret ministériel*]; Yan Campagnolo, «The Political Legitimacy of Cabinet Secrecy» (2017) 51:1 RJTUM 51 aux pp 66–72; Nicholas d'Ombrain, «Cabinet Secrecy» (2004) 47:3 Administration publique Can 332 aux pp 335–36.

11 [1968] UKHL 2.

10 *Ibid* at paras 29–30, 36. The SCC cites three scholarly works: Yan Campagnolo, *Behind Closed Doors: The Law and Politics of Cabinet Secrecy* (Vancouver: UBC Press, 2022) at 25–30 [Campagnolo, *Behind Closed Doors*]; Yan Campagnolo, «The Political Legitimacy of Cabinet Secrecy» (2017) 51:1 RJTUM 51 at 66–72; Nicholas d'Ombrain, «Cabinet Secrecy» (2004) 47:3 Can Pub Admin 332 at 335–36.

11 [1968] UKHL 2.

à la lumière des conventions constitutionnelles bien établies sur lesquelles il est fondé.

Cette portion de la décision est d'autant plus convaincante qu'elle s'appuie sur des textes pertinents qui font autorité et démontre une compréhension approfondie du fonctionnement du processus décisionnel du Cabinet. Cependant, fait inusité, la CSC a pris connaissance d'études de sciences politiques que les parties n'avaient pas citées et qui ne faisaient pas partie du dossier¹². Il est possible qu'elle ait jugé bon de prendre en considération des faits non établis par une preuve formelle sachant que deux de ses membres—l'auteur de la décision, la juge Karakatsanis, ainsi que le juge Rowe—avaient une connaissance intime du sujet en raison de leurs fonctions antérieures en qualité de secrétaires du Cabinet.

Bien que le résultat de la décision (la conclusion selon laquelle les lettres de mandat sont visées par l'exception relative aux documents du Cabinet) et que le raisonnement sur lequel il s'appuie (l'importance

well-established constitutional conventions upon which it is based.

This part of the ruling is particularly convincing, as it is supported by relevant authorities and shows a deep understanding of how the Cabinet decision-making process works. Yet, unexpectedly, the SCC took judicial notice of political science studies that were neither cited by the parties nor part of the record.¹² The SCC may have felt justified in considering facts not established by formal proof because two of its members—the decision's author, Justice Karakatsanis, as well as Justice Rowe—held positions as Cabinet secretaries and therefore had intimate knowledge of the subject matter.

While the outcome of the ruling (the fact that mandate letters are covered by the Cabinet exemption) and the reasoning supporting it (the constitutional significance of Cabinet secrecy and the rationales

12 Voir *PG c CIPVP*, *supra* note 2 aux paras 48–53. La CSC cite trois études de sciences politiques de cette nature: Stephen Brooks, *Canadian Democracy*, 9^e éd, Don Mills (ON), Oxford University Press, 2020; Herman Bakvis, «Prime Minister and Cabinet in Canada: An Autocracy in Need of Reform?» (2000) 35:4 *R études can* 60; Mark Schacter et Phillip Haid, *Cabinet Decision-Making in Canada: Lessons and Practices*, Ottawa, Institute on Governance, 1999.

12 See *AG v IPC*, *supra* note 2 at paras 48–53. The SCC cites three political science studies of this nature: Stephen Brooks, *Canadian Democracy*, 9th ed (Don Mills, ON: Oxford University Press, 2020); Herman Bakvis, “Prime Minister and Cabinet in Canada: An Autocracy in Need of Reform?” (2000) 35:4 *J Can Studies* 60; Mark Schacter & Phillip Haid, *Cabinet Decision-Making in Canada: Lessons and Practices* (Ottawa: Institute on Governance, 1999).

constitutionnelle du secret ministériel et les motifs qui sous-tendent la doctrine) reposent sur des bases solides, deux aspects de la décision sont plus controversés: l'interprétation large de l'expression «objet des délibérations» et le choix du «caractère raisonnable» comme norme de contrôle.

Le sens de l'expression «objet des délibérations»

Ayant déjà conclu que le CIPVP «n'[avait] pas accordé le poids qui convient au contexte juridique et factuel, y compris aux traditions et conventions constitutionnelles intéressant la confidentialité du Cabinet, le rôle du premier ministre, ainsi que le caractère fluide et dynamique du processus décisionnel du Cabinet»¹³, la CSC n'avait pas besoin de se prononcer sur le sens de l'expression «objet des délibérations» employée au paragraphe 12(1) de la LAIPVP.

La CSC a tout de même estimé opportun d'aborder la question en *obiter*, sans toutefois examiner les précédents pertinents dans ses motifs de jugement. Cette décision s'est soldée par un élargissement important de la portée de l'exception relative aux documents du Cabinet. En effet, selon la CSC, le terme «délibérations» englobe «des résultats

underpinning the doctrine) stand on solid ground, two aspects of the decision are more controversial: the broad interpretation of the term “substance of deliberations” and the choice of “reasonableness” as the standard of review.

The Meaning of “Substance of Deliberations”

Having already found that the IPC had “failed to give meaningful weight to the legal and factual context, including traditions and constitutional conventions concerning Cabinet confidentiality, the role of the premier, and the fluid, dynamic nature of the Cabinet decision-making process”,¹³ the SCC did not need to weigh in on the meaning of the term “substance of deliberations” in subsection 12(1) of FIPPA.

The SCC nonetheless felt compelled to address the issue in *obiter*, but did so without examining the relevant precedents in its reasons for judgment. The result is a notable expansion of the scope of the Cabinet exemption. According to the SCC, the term “deliberations” embraces “outcomes or decisions of Cabinet’s deliberative process,

13 PG c CIPVP, *supra* note 2 au para 58.

13 AG v IPC, *supra* note 2 at para 58.

du processus de délibération du Cabinet ou des décisions qui en sont issues, des sujets de délibération et des priorités fixées par le premier ministre, même s'ils ne débouchent pas en fin de compte sur une mesure gouvernementale»¹⁴. La CSC a également souligné que «les décideurs doivent toujours être attentifs à ce que peuvent révéler même des documents formulés en termes généraux à propos de ces délibérations à un lecteur avisé lorsqu'ils sont situés dans le contexte plus large»¹⁵.

Contrairement au CIPVP, qui avait adopté une interprétation trop étroite de l'expression «objet des délibérations» (en évaluant strictement si la divulgation permettrait de tirer des inférences justes «concernant de véritables délibérations du Cabinet lors d'une réunion donnée de celui-ci» [notre traduction]¹⁶), la CSC a interprété cette expression très largement, de manière à englober davantage que les lettres de mandat. En réalité, si l'exécutif devait se mettre à protéger «des documents formulés en termes généraux [qui pourraient révéler quelque chose] [...] à un lecteur avisé lorsqu'ils sont situés dans le contexte plus large»¹⁷, le secret ministériel s'étendrait considérablement. En conférant un

topics of deliberation, and priorities identified by the premier, even if they do not ultimately result in government action.”¹⁴ The SCC also insisted that “decision makers should always be attentive to what even generally phrased records could reveal about those deliberations to a sophisticated reader when placed in the broader context.”¹⁵

Unlike the IPC, which had adopted an overly narrow interpretation of “substance of deliberations” (focusing on whether disclosure would permit accurate inferences “as to actual Cabinet deliberations at a specific Cabinet meeting”¹⁶), the SCC interpreted the expression very broadly, in a way that would capture more than mandate letters. In truth, if public officials were to start protecting “generally phrased records [that] could reveal [something]...to a sophisticated reader when placed in the broader context”,¹⁷ Cabinet secrecy would expand significantly. This standard gives considerable discretion to public officials and could be used to protect documents with

14 *Ibid* au para 62.

15 *Ibid*.

16 *Cabinet Office (Re)*, *supra* note 3 aux para 94, 101, 121.

17 *PG c CIPVP*, *supra* note 2 au para 62.

14 *Ibid* at para 62.

15 *Ibid*.

16 *Cabinet Office (Re)*, *supra* note 3 at paras 94, 101, 121.

17 *AG v IPC*, *supra* note 2 at para 62.

vaste pouvoir discrétionnaire aux agents de l'exécutif, cette norme pourrait servir à protéger des documents n'ayant qu'un lien ténu avec les travaux du Cabinet.

Il est donc compréhensible que certains défenseurs de l'accès à l'information et certains journalistes s'inquiètent de l'interprétation donnée par la CSC¹⁸. À titre d'exception

a tenuous connection to Cabinet proceedings.

As a result, freedom of information advocates and journalists are understandably concerned about the SCC's interpretation.¹⁸ As an exception to the right of access to

18 Voir par ex Aidan Macnab, «SCC Backs Ontario Government's Position that Mandate Letters Need Not Be Disclosed to Media», *Canadian Lawyer* (2 février 2024), en ligne: <canadianlawyermag.com/news/general/scc-backs-ontario-governments-position-that-mandate-letters-need-not-be-disclosed-to-media/383365>; Association canadienne des libertés civiles, communiqué, «CCLA Reacts to Supreme Court Ruling» (5 février 2024), en ligne: <ccla.org/press-release/ccla-reacts-to-supreme-court-ruling>; Association canadienne des journalistes, communiqué, «À la suite d'une décision douteuse de la CSC, l'ACJ soutient que le secret ministériel s'est considérablement étendu contre le droit du public à l'information» (6 février 2024), en ligne: <caj.ca/fr/a-la-suite-dune-decision-douteuse-de-la-csc-lacj-soutient-que-le-secret-ministeriel-sest-considerablement-etendu-contre-le-droit-du-public-a-linformation>; «Canada Has a Secrecy Problem. The Supreme Court Just Made it Worse», éditorial, *The Globe and Mail* (12 février 2024), en ligne: <theglobeandmail.com/opinion/editorials/article-canada-has-a-secrecy-problem-the-supreme-court-just-made-it-worse>; Tom Cardoso, «“A Broader Zone of Protection”: The CBC's Lawyer on Supreme Court Cabinet Secrecy Ruling», *The Globe and Mail: Secret Canada* (14 février 2024), en ligne: <secretcanada.com/news/supreme-court-cabinet-secrecy-cbc-lawyer-q-and-a>; Vincent Gogolek, «Another Blow to Freedom of Information from the Supreme Court»,

18 See e.g. Aidan Macnab, “SCC Backs Ontario Government's Position that Mandate Letters Need Not Be Disclosed to Media”, *Canadian Lawyer* (2 February 2024), online: <canadianlawyermag.com/news/general/scc-backs-ontario-governments-position-that-mandate-letters-need-not-be-disclosed-to-media/383365>; Canadian Civil Liberties Association, Press Release, “CCLA Reacts to Supreme Court Ruling” (5 February 2024), online: <ccla.org/press-release/ccla-reacts-to-supreme-court-ruling>; Canadian Association of Journalists, News Release, “In Wake of Dubious SCC Decision, CAJ Argues Cabinet Secrecy Dramatically Expanded Against the Public's Right to Know” (6 February 2024), online: <caj.ca/in-wake-of-dubious-scc-decision-caj-argues-cabinet-secrecy-dramatically-expanded-against-the-publics-right-to-know-practice>; “Canada Has a Secrecy Problem. The Supreme Court Just Made it Worse”, Editorial, *The Globe and Mail* (12 February 2024), online: <theglobeandmail.com/opinion/editorials/article-canada-has-a-secrecy-problem-the-supreme-court-just-made-it-worse>; Tom Cardoso, ““A Broader Zone of Protection”: The CBC's Lawyer on Supreme Court Cabinet Secrecy Ruling”, *The Globe and Mail: Secret Canada* (14 February 2024), online: <secretcanada.com/news/supreme-court-cabinet-secrecy-cbc-lawyer-q-and-a>; Vincent Gogolek, “Another Blow to Freedom of Information from the Supreme Court”, *Policy Options* (11 March 2024), online: <policyoptions.irpp.org/

au droit d'accès à l'information, celle relative aux documents du Cabinet aurait dû être interprétée de manière étroite¹⁹. En fait, dans une importante décision rendue en appel en 2001, l'expression «objet des délibérations» avait été interprétée de manière à limiter la portée du secret ministériel plutôt qu'à l'étendre²⁰. Se fondant sur cette interprétation, la Commissaire à l'information du Canada a même recommandé en 2017 l'ajout de cette expression dans la *Loi sur l'accès à l'information*²¹ comme moyen pour limiter l'immunité du Cabinet à l'ordre fédéral²². Il semble maintenant que ce serait une mauvaise idée, puisque la CSC vient

information, the Cabinet exemption should have been narrowly construed.¹⁹ In fact, in a leading appellate decision from 2001, the term “substance of deliberations” had been interpreted in a way that limited the scope of Cabinet secrecy instead of expanding it.²⁰ Based on that interpretation, the Information Commissioner of Canada even recommended in 2017 that the term be added to the *Access to Information Act*²¹ as a way of limiting Cabinet immunity at the federal level.²² This now seems like a bad idea, as the SCC has just turned something intended to curb Cabinet secrecy on its head.

Options politiques (11 mars 2024), en ligne: <policyoptions.irpp.org/magazines/march-2024/mandate-letter-court-ruling/>.

- 19 Voir Patricia Hughes, «The Law and Democracy: The Example of Mandate Letters», *Slaw* (21 février 2024), en ligne: <slaw.ca/2024/02/21/the-law-and-democracy-the-example-of-mandate-letters>.
- 20 Voir *O'Connor v Nova Scotia*, 2001 NSCA 132 aux para 90–93. En revanche, dans un arrêt antérieur, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a interprété l'expression «objet des délibérations» de façon plus large. Voir *Aquasource Ltd v British Columbia (Freedom of Information and Protection of Privacy Commissioner)*, 1998 CanLII 6444 (BC CA) aux para 39, 41, 48 [*Aquasource*]. L'interprétation de la CSC dans l'arrêt *PG c CIPVP*, *supra* note 2 au para 62, est cohérente avec celle de l'arrêt *Aquasource* et peut-être même plus large encore.
- 21 LRC 1985, c A-1.
- 22 Voir Commissariat à l'information du Canada, *Rapport annuel 2016–2017*, n° de catalogue 1P1F-PDF, Ottawa, Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2017 à la p 49.

magazines/march-2024/mandate-letter-court-ruling/>.

- 19 See Patricia Hughes, “The Law and Democracy: The Example of Mandate Letters”, *Slaw* (21 February 2024), online: <slaw.ca/2024/02/21/the-law-and-democracy-the-example-of-mandate-letters>.
- 20 See *O'Connor v Nova Scotia*, 2001 NSCA 132 at paras 90–93. Conversely, in an earlier case, the Court of Appeal for British Columbia interpreted “substance of deliberations” more broadly. See *Aquasource Ltd v British Columbia (Freedom of Information and Protection of Privacy Commissioner)*, 1998 CanLII 6444 (BC CA) at paras 39, 41, 48 [*Aquasource*]. The SCC's interpretation in *AG v IPC*, *supra* note 2 at para 62, is consistent with *Aquasource* and perhaps even broader.
- 21 RSC 1985, c A-1.
- 22 See Office of the Information Commissioner of Canada, *Annual Report: 2016–2017*, Catalogue No 1P1E-PDF (Ottawa: Minister of Public Works and Government Services, 2017) at 47.

de transformer une mesure censée limiter le secret ministériel en une mesure qui étend plutôt sa portée.

Une interprétation plus équilibrée aurait limité la portée de l'expression «objet des délibérations» aux «secrets fondamentaux», à savoir, «[les] renseignements qui révèlent les opinions personnelles exprimées par les ministres durant les délibérations sur les politiques et les actions du gouvernement»²³, que ces opinions soient exprimées lors d'une réunion formelle du Cabinet ou non. Cette approche aurait donné un sens suffisamment large à l'expression en cause pour qu'il vise les lettres de mandat (qui contiennent les opinions du premier ministre quant aux priorités du gouvernement), sans pour autant étendre l'exception à des documents qui n'ont pas un lien suffisant avec les travaux du Cabinet.

Si l'exécutif commence à invoquer l'interprétation large et ambiguë qu'a donnée la CSC à l'expression «objet des délibérations» pour étendre l'exception relative aux documents du Cabinet au-delà de ce qui était généralement protégé avant que cette décision ne soit rendue, cela pourrait miner la légitimité du secret ministériel. Il en est ainsi parce que cette légitimité repose sur une définition précise de la portée du secret

A more balanced interpretation would have limited the scope of “substance of deliberations” to “core secrets,” that is, “information that reveals the personal views that ministers express when deliberating on government policy and action”,²³ whether or not these views are expressed during a formal Cabinet meeting. This approach would have been broad enough to cover mandate letters (which contain the premier's views on government priorities) without extending the exemption to documents lacking a sufficient nexus to Cabinet proceedings.

If public officials start relying on the SCC's broad and ambiguous interpretation of “substance of deliberations” to expand Cabinet exemptions beyond what was typically protected before this decision, the legitimacy of Cabinet secrecy could be undermined. This is possible because that legitimacy rests on a careful definition of the scope of Cabinet secrecy—one that strikes a delicate balance between government

23 Campagnolo, *Secret ministériel*, *supra* note 10 à la p 33.

23 Campagnolo, *Behind Closed Doors*, *supra* note 10 at 24.

ministériel, soit une définition qui établit un équilibre délicat entre l'efficacité du gouvernement et son obligation de rendre compte. Toute revendication excessive du secret ministériel est préjudiciable pour la démocratie et la primauté du droit, puisque cela réduit la reddition de compte et, ce faisant, la confiance du public dans les institutions gouvernementales.

La norme de contrôle

Le choix qu'a fait la CSC de la norme de contrôle applicable dans sa décision est lui aussi controversé. C'est la question qui a divisé la juge Karakatsanis (qui a rédigé les motifs majoritaires sur cette question) et la juge Côté (qui a écrit en son propre nom). Il s'agit d'une question technique qui intéressera principalement les experts en droit administratif.

Suivant le cadre d'analyse prescrit par l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*²⁴, la cour chargée d'examiner une demande de contrôle judiciaire doit appliquer la norme de la décision raisonnable et faire preuve de déférence à l'endroit de la décision du tribunal administratif, dans la mesure où celle-ci est adéquatement motivée. Exceptionnellement, lorsqu'une cause soulève des enjeux particuliers,

effectiveness and accountability. Overbroad claims of Cabinet secrecy are harmful to democracy and the rule of law, as they decrease accountability and thus public confidence in governmental institutions.

The Standard of Review

Another controversial aspect of the SCC's decision is its choice of the applicable standard of review. This is the issue that divided Justice Karakatsanis (writing for the majority on this issue) and Justice Côté (writing for herself). It is a technical point that will be primarily of interest to administrative law pundits.

Pursuant to the framework established in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v Vavilov*,²⁴ a court considering a judicial review application must apply the standard of reasonableness and show deference to the administrative tribunal's decision, as long as it is adequately justified. By way of exception, where a case raises certain types of issues, such as a constitutional question or a general question of law of central

24 2019 CSC 65.

24 2019 SCC 65.

comme une question constitutionnelle ou une question de droit générale d'importance capitale pour le système juridique, c'est la norme de la décision correcte qui s'applique, de sorte que la cour qui effectue le contrôle n'a pas à faire preuve de déférence envers le tribunal administratif et peut substituer son interprétation du droit à celle de ce tribunal.

Dans le cas des lettres de mandat, la juge Karakatsanis a examiné la question en supposant que la norme applicable était celle de la décision raisonnable, principalement parce que c'est sur cette norme que s'étaient fondées les cours d'instances inférieures et que les parties ont concédé que cela était approprié. Or, plutôt que d'effectuer un contrôle de la décision du CIPVP empreint de déférence, elle s'est concentrée sur un aspect de la décision de ce dernier—l'omission d'avoir tenu compte du motif d'efficacité—pour en arriver à la conclusion qu'elle était déraisonnable. Qui plus est, la juge Karakatsanis a offert sa propre interprétation du paragraphe 12(1) de la *LAIPVP*, sans examiner le raisonnement du CIPVP de façon globale.

En conséquence, la juge Karakatsanis s'est exposée à la critique selon laquelle, dans les faits, elle a mené de façon déguisée un contrôle suivant la norme de la décision correcte, plutôt qu'un contrôle suivant la norme de la décision raisonnable. Comme la

importance to the legal system, the correctness standard applies, and the reviewing court need not defer to the tribunal and can replace the tribunal's interpretation of the law with its own.

In the mandate letters case, Justice Karakatsanis proceeded on the basis that the reasonableness standard applied, mainly because the lower courts had relied on that standard and the parties conceded that it was appropriate. But rather than conducting a deferential review of the IPC's reasons for its decision, she zoomed in on one aspect of the decision—the failure to consider the efficiency rationale—to reach the conclusion that it was unreasonable. Moreover, Justice Karakatsanis offered her own interpretation of subsection 12(1) of *FIPPA* without considering the IPC's reasoning holistically.

Consequently, Justice Karakatsanis opened herself to the criticism that she performed a (disguised) correctness review instead of a reasonableness one. As Justice Côté pointed out in her concurring reasons, “[Justice Karakatsanis conducted] her

juge Côté l'a souligné dans ses motifs concurrents, «[la juge Karakatsanis s'est livrée] à sa propre interprétation de la portée du privilège du Cabinet au sens du par. 12(1), et [s'est servie] de ses conclusions comme critère pour juger la décision du Commissaire» [références omises]²⁵.

La juge Karakatsanis aurait pu éviter cette critique si elle avait adopté la position selon laquelle la norme de la décision correcte était celle applicable en l'espèce. Cette position aurait été compatible avec sa conclusion selon laquelle le secret ministériel comporte une dimension constitutionnelle, à la fois en tant que convention constitutionnelle et en tant qu'élément central de la séparation des pouvoirs. Elle aurait aussi pu conclure, à l'instar de la juge Côté, que la question en litige était d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, à l'image du secret professionnel de l'avocat et du privilège parlementaire²⁶.

own interpretation of the scope of Cabinet privilege under s. 12(1) and [used] her conclusions as a yardstick against which to measure the Commissioner's decision."²⁵

Justice Karakatsanis could have avoided this criticism had she taken the position that correctness was the proper standard of review in this case. That position would have been consistent with her finding that Cabinet secrecy is constitutionally grounded, as both a constitutional convention and a central element of the separation of powers. In addition, she could have found, as did Justice Côté, that the issue was a question of central importance to the entire legal system, analogous to solicitor-client privilege and parliamentary privilege.²⁶

25 *PG c CIPVP*, *supra* note 2 at para 76.

26 Dans une affaire subséquente, la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est ralliée à la position de la juge Côté sur cette question et a appliqué la norme de la décision correcte. Voir *British Columbia (Minister of Public Safety) v British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2024 BCSC 345 aux para 58–59. Voir aussi Sara Blake, «Supreme Court Confirms Need for Cabinet Secrecy», *Law360 Canada* (5 février 2024), en ligne: <law360.ca/ca/articles/1794078/supreme-court-confirms-need-for-cabinet-secrecy-sara-blake>.

25 *AG v IPC*, *supra* note 2 at para 76 [references omitted].

26 In a subsequent case, the Supreme Court of British Columbia agreed with the position of Justice Côté on this issue and applied the correctness standard. See *British Columbia (Minister of Public Safety) v British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2024 BCSC 345 at paras 58–59. See also Sara Blake, «Supreme Court Confirms Need for Cabinet Secrecy», *Law360 Canada* (5 February 2024), online: <law360.ca/ca/articles/1794078/supreme-court-confirms-need-for-cabinet-secrecy-sara-blake>.

Le fait est que l'interprétation du paragraphe 12(1) de la LAIPVP constitue une question fondamentale: d'abord, parce que cette disposition devait supplanter les conventions constitutionnelles régissant le secret ministériel dans le contexte du régime d'accès à l'information et, ensuite, parce que l'expression «objet des délibérations» se retrouve dans plusieurs lois similaires à travers le pays (en Alberta²⁷, en Colombie-Britannique²⁸, au Manitoba²⁹, au Nouveau-Brunswick³⁰, à Terre-Neuve-et-Labrador³¹, en Nouvelle-Écosse³² et à l'Île-du-Prince-Édouard³³).

Mot de la fin

Bien que la décision de la CSC soit positive à plusieurs égards, elle soulève également des préoccupations. L'interprétation large de l'expression «objet des délibérations» adoptée par la CSC pourrait en effet mener à

The point is that the interpretation of subsection 12(1) of *FIPPA* is a critical issue: first, because that provision was intended to supersede the constitutional conventions governing Cabinet secrecy in the context of the freedom of information regime, and second, because the term “substance of deliberations” is found in several similar statutes across the country (in Alberta,²⁷ British Columbia,²⁸ Manitoba,²⁹ New Brunswick,³⁰ Newfoundland and Labrador,³¹ Nova Scotia,³² and Prince Edward Island³³).

Final Words

While there is a lot to like about the SCC's decision, it also raises concerns. The broad interpretation of the term “substance of deliberations” adopted by the SCC could lead to excessive claims of Cabinet secrecy and

27 Voir *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSA 2000, c F-25, art 22(1).

28 Voir *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSBC 1996, c 165, art 12(1).

29 Voir *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, CPLM c F175, art 19(1).

30 Voir *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, LN-B 2009, c R-10.6, art 17(1).

31 Voir *Access to Information and Protection of Privacy Act*, 2015, SNL 2015, c A-1.2, arts 27(2)(b), 27(3).

32 Voir *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, SNS 1993, c 5, art 13(1).

33 Voir *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSPEI 1988, c F-15.01, art 20(1).

27 See *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSA 2000, c F-25, s 22(1).

28 See *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSBC 1996, c 165, s 12(1).

29 See *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, CCSM c F175, s 19(1).

30 See *Right to Information and Protection of Privacy Act*, SNB 2009, c R-10.6, s 17(1).

31 See *Access to Information and Protection of Privacy Act*, 2015, SNL 2015, c A-1.2, ss 27(2)(b), 27(3).

32 See *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, SNS 1993, c 5, s 13(1).

33 See *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSPEI 1988, c F-15.01, s 20(1).

une application excessive du secret ministériel ainsi qu'à d'autres litiges. Pour éviter de perturber l'équilibre délicat entre l'efficacité du gouvernement et son obligation de rendre compte, les agents de l'exécutif devront faire preuve de sagesse, de prudence et de retenue lorsqu'ils invoqueront le secret ministériel. La pérennité de la légitimité de nos institutions gouvernementales en dépend.

further litigation. To avoid upsetting the delicate balance between government effectiveness and accountability, public officials must show wisdom, care, and restraint in claiming Cabinet secrecy. The continued legitimacy of our governmental institutions depends on it.