

# L'impact de l'arrêt *Dunsmuir* sur la doctrine des normes de contrôle : continuité ou rupture ?

Suzanne Comtois\*

Introduction . . . . .	405
I. Pourquoi revenir sur l'épineuse question des normes de contrôle ? . . . . .	406
II. L'arrêt <i>Dunsmuir</i> . . . . .	408
A. Les faits . . . . .	408
B. Le jugement . . . . .	409
1. Les opinions minoritaires. . . . .	409
2. L'opinion majoritaire . . . . .	410
C. L'approche <i>Dunsmuir</i> . . . . .	410
1. Les normes de contrôle . . . . .	410
2. La méthode . . . . .	412
III. Les changements apportés et les questions qu'ils suscitent . . . . .	415
A. Une nouvelle norme de raisonabilité : pourquoi ? . . .	416

---

\* Professeure et vice-doyenne, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. Je tiens à remercier mon collègue Pierre Blache pour ses commentaires éclairants et M<sup>e</sup> Bianca Turgeon pour son assistance dans le repérage des sources et les notes infrapaginales.

B. La nouvelle norme de raisonnable : degré de déférence unique ou contrôle à intensité variable ? . . . . .	418
Conclusion : <i>Dunsmuir</i> : continuité ou rupture ? . . . . .	419

## INTRODUCTION

Dans l'affaire *Dunsmuir*<sup>1</sup>, la Cour suprême du Canada revient sur deux questions névralgiques : 1) elle réévalue l'épineuse doctrine des normes de contrôle et 2) elle infirme l'arrêt *Knight* en jugeant qu'un organisme public qui congédie un employé, à la fois titulaire d'une charge publique et employé contractuel, n'est pas assujéti au devoir d'agir avec équité<sup>2</sup>. Unanime sur la deuxième question, le jugement de la Cour suprême dans l'arrêt *Dunsmuir* compte trois opinions sur la question des normes de contrôle : l'opinion majoritaire, rédigée par les juges LeBel et Bastarache, à laquelle souscrivent la juge en chef McLachlin ainsi que les juges Fish et Abella, et deux opinions minoritaires, l'une signée par le juge Binnie, l'autre, par la juge Deschamps appuyée par les juges Charron et Rothstein.

Mon propos portera essentiellement sur la première question. Après avoir rappelé les faits et le contexte de cette affaire, j'analyserai la nature et l'incidence des changements apportés à la doctrine des normes de contrôle dans *Dunsmuir*.

Comme je tenterai de l'expliquer dans ces pages, *Dunsmuir* ne modifie pas le paradigme ou modèle de déférence qui gouverne l'exercice du contrôle judiciaire depuis près de 30 ans, au Canada. L'obligation pour la cour de révision d'accepter et de confirmer, sur certains types de questions, l'interprétation raisonnable du décideur administratif demeure. Les changements apportés visent plutôt la mise en œuvre du contrôle judiciaire, c'est-à-dire la manière dont la Cour exerce le pouvoir de surveillance. Ils ont pour objet d'assouplir la méthode d'analyse et de rendre plus efficace et moins artificiel le contrôle judiciaire portant sur des décisions rendues par les décideurs administratifs.

Les opinions incisives signées par le juge Binnie et par la juge Deschamps appellent par ailleurs des changements plus significatifs. Si, à moyen terme, les opinions minoritaires de ces quatre juges

---

1. *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, rendu le 7 mars 2008.

2. *Ibid.*, par. 79-83.

devaient prévaloir, les modestes changements apportés dans *Dunsmuir* pourraient n'être que le prélude à une révision plus substantielle du cadre d'exercice du contrôle judiciaire des décisions des autorités administratives.

## I. POURQUOI REVENIR SUR L'ÉPINEUSE QUESTION DES NORMES DE CONTRÔLE ?

Dès le premier paragraphe, la majorité reconnaît dans *Dunsmuir* que le mécanisme actuel s'est révélé difficile à appliquer<sup>3</sup>. Avant *Dunsmuir*, comme on le sait, l'approche confirmée par la juge en chef, dans *D<sup>r</sup> Q.*, reconnaissait la méthode pragmatique et fonctionnelle comme l'unique méthode pour déterminer la norme de contrôle appropriée. Cette méthode s'appliquait dès lors à toutes les formes d'action administrative, qu'il s'agisse du contrôle de fonctions juridictionnelles, de décisions discrétionnaires ou de législation déléguée et ce, peu importe que le recours procède par voie d'appel statutaire ou de révision judiciaire<sup>4</sup>.

Toutefois, malgré le discours sur la primauté de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, on notait, occasionnellement, une tendance à prendre certaines libertés par rapport au cadre établi. Par exemple, dans *United Taxi*, la Cour suprême note qu'il n'est pas nécessaire de procéder à l'analyse pragmatique et fonctionnelle en raison de la nature juridictionnelle de la question en litige<sup>5</sup>. Au même effet, dans *Isidore Garon*<sup>6</sup>, la Cour ne s'attarde qu'à un seul facteur : la nature juridictionnelle de la question en litige, pour conclure à l'application de la norme de la décision correcte et dans *Giguère c. Chambre des notaires*, la Haute Cour omet tout simplement de procéder à l'analyse

3. *Ibid.*, par. 1. Voir aussi le par. 32.

4. *D<sup>r</sup> Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 21. Voir aussi *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, par. 4 et *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 21 : « Comme le confirme la juge en chef au par. 21 de l'arrêt connexe *D<sup>r</sup> Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, l'analyse pragmatique et fonctionnelle s'applique au contrôle judiciaire, qu'il résulte d'une demande en justice ou d'un droit d'appel prévu par la loi. Cela signifie que les cours doivent toujours choisir et appliquer le degré de déférence approprié. Elles ne doivent sauter aucune étape de l'analyse pragmatique et fonctionnelle décrite récemment dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. »

5. *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19.

6. *Isidore Garon ltée c. Tremblay ; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, [2006] 1 R.C.S. 27, 2006 CSC 2, 4.

pragmatique et fonctionnelle après avoir constaté l'accord des parties sur la norme de contrôle<sup>7</sup>.

Outre les raccourcis pris par rapport à la méthode, la jurisprudence laissait aussi percevoir, au sein de la Cour, certaines tensions liées à la pluralité de normes et à la difficulté de les distinguer. Dès 2003, le juge LeBel, dans des opinions minoritaires rédigées dans les arrêts *Toronto c. S.C.F.P.* et *Chamberlain*<sup>8</sup>, invitait ses collègues à revoir l'approche et à abandonner la norme de l'erreur manifestement déraisonnable. À l'époque, seule la juge Deschamps a souscrit à son opinion. Mais comme en atteste l'arrêt *Voice Construction*, sans le dire, la Cour délaissait peu à peu la norme de l'erreur manifestement déraisonnable au profit de celle de la décision raisonnable *simpliciter* dans des cas où la norme établie était clairement la norme de la plus grande retenue<sup>9</sup>.

Cinq ans plus tard, la majorité reconnaît d'emblée dans *Dunsmuir* que :

L'évolution récente du contrôle judiciaire a été marquée par une déférence variable, l'application de critères déroutants et la qualification nouvelle de vieux problèmes, sans qu'une solution n'offre de véritables repères aux parties, à leurs avocats, aux décideurs administratifs ou aux cours de justice saisies de demandes de contrôle judiciaire. Le temps est venu de réévaluer la question.<sup>10</sup>

Cette perception est largement partagée par le juge Binnie, qui signale qu'au cours des « dernières années, des débats métaphysico-juridiques ont indûment embrouillé la notion de contrôle judiciaire »<sup>11</sup>, et par la juge Deschamps pour qui « [l]e droit, en ce domaine, doit être débarrassé des grilles d'analyse et des débats inutiles »<sup>12</sup>.

Bref, dire qu'il y a consensus sur la nécessité de simplifier le cadre d'exercice du contrôle judiciaire est un euphémisme. Comment y parvenir ? Cela est plus controversé. Dans *Dunsmuir*, trois approches sont proposées. En raison des contraintes de temps, mon analyse

7. *Giguère c. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 1 R.C.S. 3, 2004 CSC 1.

8. *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77 ; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710.

9. *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23, par. 40.

10. *Dunsmuir*, précité, par. 1 et 32.

11. *Ibid.*, par. 122.

12. *Ibid.*, par. 158.

portera essentiellement sur l'opinion majoritaire, mais auparavant, je n'évoquerai que brièvement les positions minoritaires.

## II. L'ARRÊT *DUNSMUIR*

### A. Les faits

Dunsmuir, un employé non syndiqué, occupait, à titre amovible, un poste au ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick. L'employeur a mis fin à son emploi sans donner de motif et lui a versé une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis, conformément à son contrat de travail.

Comme le lui permet la loi<sup>13</sup>, Dunsmuir dépose un grief dans lequel il invoque le manquement au devoir d'agir avec équité parce qu'il n'a pas été informé des motifs de son congédiement et n'a pas eu l'opportunité de répondre aux reproches de l'employeur.

L'arbitre conclut que le devoir d'agir avec équité s'applique en l'espèce et qu'il n'a pas été respecté. Il annule la décision de l'employeur et réintègre l'employé. Subsidiairement, au cas où l'ordonnance de réintégration serait annulée, il porte le préavis à huit mois.

L'employeur porte l'affaire en révision judiciaire. Le juge de première instance annule la décision de l'arbitre<sup>14</sup>. La Cour d'appel rejette l'appel<sup>15</sup>. Le litige porté devant la Cour suprême du Canada soulève la question de la validité du congédiement et l'application, dans les circonstances, du devoir d'agir avec équité au regard de la nature du lien d'emploi, des dispositions pertinentes de la *Loi sur la*

---

13. *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, c. P-25, art. 100.1.

14. Sur la question de compétence, la Cour a appliqué la norme de la décision correcte et annulé la décision de l'arbitre au motif que celui-ci n'avait pas compétence pour s'enquérir des motifs de la cessation d'emploi et qu'il lui était seulement permis de déterminer si le préavis était raisonnable. De plus, selon la Cour, D avait bénéficié de l'équité procédurale du fait de l'audition de son grief par l'arbitre. Sur le fond, la Cour a estimé que l'ordonnance de réintégration était déraisonnable et l'a annulée mais elle a confirmé la décision subsidiaire portant le préavis à huit mois.

15. La Cour d'appel a estimé, contrairement au juge de première instance, que la norme de contrôle applicable à l'interprétation des pouvoirs conférés à l'arbitre par la L.R.T.S.P. était celle de la raisonnable *simpliciter*, et non celle de la décision correcte, et que la décision de l'arbitre était déraisonnable. Elle a conclu que lorsque l'employeur opte pour le congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, le par. 97(2.1) de la L.R.T.S.P. ne s'applique pas et le seul recours dont dispose l'employé réside dans la contestation du préavis par voie de grief.

*fonction publique* et celles de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*<sup>16</sup>. Mais avant de trancher le litige, la Cour suprême du Canada en profite pour revoir le cadre du contrôle judiciaire des décisions<sup>17</sup>.

## B. Le jugement

### 1. *Les opinions minoritaires*

Sans être opposés à la manifestation d'une certaine déférence à l'égard de décisions prises par des décideurs administratifs, les juges minoritaires abandonneraient volontiers l'approche contextuelle maintenue dans *Dunsmuir* au profit d'une approche plus simple. Pour la juge Deschamps, un seul critère, celui de la nature de la question en litige, (à savoir, fait, droit ou mixte) suffit généralement à déterminer s'il y aura déférence<sup>18</sup>. La déférence s'impose ainsi à l'égard des questions de fait et des questions mixtes qui ne consistent qu'en l'application du droit aux faits. Par contre, les questions de droit qui amènent à définir le sens de la loi ne commandent pas de déférence, sauf en présence d'une clause privative, si la question porte sur le domaine d'expertise du décideur administratif<sup>19</sup>.

Le juge Binnie établirait, pour sa part, quelques présomptions<sup>20</sup>. Selon ce modèle, la norme de raisonnable deviendrait pratiquement la norme par défaut et il reviendrait à celui qui préconise l'application de la norme de la décision correcte de prouver que la décision contestée échappe à l'obligation de déférence<sup>21</sup>. D'accord avec l'idée d'un réexamen global du cadre d'exercice du contrôle judiciaire, le juge Binnie reproche par ailleurs à la majorité de faire trop peu<sup>22</sup>, et de ne s'intéresser qu'aux tribunaux administratifs, critique que semble par ailleurs contredire l'arrêt *Lake* où la Cour suprême, dans un jugement unanime, s'appuie sur *Dunsmuir* pour appliquer la norme de la décision raisonnable à une décision discrétionnaire du ministre de la Justice ordonnant l'extradition de Lake aux États-Unis<sup>23</sup>.

16. *Dunsmuir*, précité, par. 66.

17. *Dunsmuir*, précité, par. 32 et 33.

18. *Dunsmuir*, précité, par. 158.

19. *Ibid.*, par. 162-163 et 168.

20. *Ibid.*, par. 146-147.

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*, par. 121.

23. *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23.

Enfin, tant la juge Deschamps que le juge Binnie rendraient inapplicable l'obligation de déférence lorsque la loi accorde au justiciable un droit d'appel général de la décision du décideur administratif à une cour de justice<sup>24</sup>.

## **2. L'opinion majoritaire**

À la différence des juges minoritaires, la majorité de cinq juges, dont l'opinion est signée par les juges LeBel et Bastarache, ne cherche pas à remplacer le cadre actuel, mais à l'améliorer pour en faire « un cadre d'analyse qui soit plus cohérent et fonctionnel », moins difficile à appliquer<sup>25</sup>. La majorité retient, à cette fin, une approche qui réduit de trois à deux le nombre de normes de contrôle et assouplit la méthode visant à déterminer la norme de contrôle applicable dans un cas donné. Je tenterai, dans le développement qui suit, de résumer cette approche.

### **C. L'approche *Dunsmuir***

#### **1. Les normes de contrôle**

Le nouveau cadre d'exercice du contrôle judiciaire adopté dans *Dunsmuir* comprend deux normes de contrôle : la norme de la décision correcte et celle de la décision raisonnable.

*La décision correcte* : La norme de la décision correcte continue de s'appliquer comme avant, c'est-à-dire qu'une cour pourra substituer sa propre conclusion et rendre la décision qui s'impose, chaque fois qu'elle est d'avis que la décision du décideur administratif est erronée<sup>26</sup>.

*La décision raisonnable* : La norme de la décision raisonnable est une « nouvelle » norme qui résulte d'une fusion des deux normes de raisonnabilité antérieures, à savoir, la décision raisonnable « simplifier » et la décision « manifestement » déraisonnable<sup>27</sup>.

---

24. *Ibid.*, par. 146 (j. Binnie) ; par. 163 et 166 (j. Deschamps). Voir aussi *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, 2008 CSC 32, par. 50 (juges Deschamps et Rothstein).

25. *Ibid.*, par. 32 et 43.

26. *Dunsmuir*, précité, par. 50.

27. *Ibid.*, par. 34 et 45.



Comme les deux normes de raisonnabilité précédentes, la nouvelle norme de raisonnabilité postule que « certaines questions n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de décisions raisonnables. Il est alors loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables »<sup>28</sup>. Il s'ensuit que cette interprétation raisonnable doit être acceptée et confirmée par la cour de justice qui ne peut substituer son opinion, qu'elle soit d'accord ou non.

*Le test de raisonnabilité* : Dans quels cas une décision sera-t-elle tenue pour raisonnable ? Pour cerner la teneur de la nouvelle norme, les juges LeBel et Bastarache proposent un test de raisonnabilité qui prend ses assises dans la « justification, la transparence et l'intelligibilité » de la décision. Le caractère raisonnable d'une décision, observent-ils, « tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit »<sup>29</sup>. Pour savoir si elle a de bonnes raisons d'intervenir dans les décisions d'un décideur administratif, « La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnabilité »<sup>30</sup>.

*L'incidence de ce nouveau test de raisonnabilité sur le degré de déférence manifestée à l'égard des décisions des décideurs administratifs* : Les coauteurs de l'opinion majoritaire insistent sur le fait que l'application d'une seule norme de raisonnabilité ne devrait pas être perçue comme une invitation à l'interventionnisme judiciaire<sup>31</sup>. Il s'agit plutôt, expriment-ils, d'une norme empreinte de déférence<sup>32</sup>. Et, pour expliquer la signification de la déférence dans ce contexte, ils insistent, comme l'avait fait la juge L'Heureux-Dubé dans *Baker*<sup>33</sup>, sur la notion de « deference as respect » définie par le professeur Dyzenhaus<sup>34</sup>.

28. *Ibid.*, par. 47.

29. *Ibid.*

30. *Ibid.*

31. *Ibid.*, par. 48.

32. *Ibid.*, par. 50.

33. *Ibid.*, par. 48 *in fine*, référant à *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 65.

34. David DYZENHAUS, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. TAGGART (dir.), *The Province of Administrative Law*, (1997) 279, à la p. 286 : « Deference in the context of the reasonableness standard therefore implies that courts will give due consideration the determinations of decision makers », cité dans *Dumsuir, ibid.*, par. 48.

Ainsi définie, la déférence, rappellent-ils, est « à la fois une attitude et une exigence du droit » qui n'exige pas de la cour de révision « la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision »<sup>35</sup>. Une déférence qui, comme le rappelle également le professeur David Mullan, « commande le respect de la volonté du législateur de s'en remettre, pour certaines choses, au décideur administratif », en raison de son expertise dans un domaine particulier, de sa connaissance du milieu et du rôle distinct que la loi lui confère<sup>36</sup>.

## 2. La méthode

L'autre changement apporté dans *Dunsmuir* concerne la méthode. D'abord, on change le vocabulaire. L'analyse pragmatique et fonctionnelle servant à déterminer la norme appropriée est renommée « l'analyse relative à la norme de contrôle »<sup>37</sup>, mais sur le fond, il s'agit encore ici d'une analyse contextuelle, dont les facteurs pertinents sont essentiellement les mêmes<sup>38</sup>. Ce qui change surtout, c'est la manière de l'appliquer. Pour assouplir la démarche et offrir davantage de repères aux parties, à leurs avocats, aux décideurs administratifs et aux cours de justice<sup>39</sup>, les modifications suivantes sont apportées.

D'abord, à la différence de ce qu'affirmait la juge en chef dans *Dr Q.*<sup>40</sup>, il n'est pas toujours requis de procéder à l'analyse relative à la norme de contrôle pour déterminer la norme appropriée. Si la norme applicable au type de décision contestée a déjà été établie en jurisprudence, l'analyse « est réputée avoir déjà eu lieu »<sup>41</sup>. On applique alors la norme établie sans avoir à refaire l'analyse.

De plus, même lorsque la norme n'est pas déjà établie, il n'est pas forcément nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive de tous les facteurs pour déterminer la norme applicable. Certains d'entre eux peuvent, dans une affaire donnée, être déterminants<sup>42</sup>.

---

35. *Dunsmuir*, précité, par. 48.

36. *Ibid.*, par. 49, référant à D.J. MULLAN, « Establishing the Standard of Review – The Struggle for Complexity ? », (2004) 17 *C.J.A.L.P.* 59, 93.

37. *Dunsmuir*, précité, par. 63-64.

38. *Ibid.*, par. 55 (à la différence du droit d'appel ici passé sous silence mais pris en compte dans *Proprio Direct*, précité).

39. *Ibid.*, par. 1, 32 et 43.

40. *Dr Q.*, précité, par. 21. Voir aussi *Ryan*, précité, par. 21.

41. *Dunsmuir*, précité, par. 57.

42. *Ibid.*, par. 57 et 64.

Cet assouplissement des facteurs permettant d'arrêter la bonne norme marque aussi un changement significatif par rapport au cadre confirmé dans *D<sup>r</sup> Q.* qui imposait à la cour de révision ou d'appel de toujours examiner chacun des facteurs pour déterminer la norme, puisqu'aucun des facteurs n'était en soi déterminant. Les facteurs de l'analyse relative à la norme de contrôle les plus susceptibles d'avoir un poids prépondérant quant au choix de la norme sont vraisemblablement la clause privative, la nature de la question de droit, et la spécificité du régime législatif dans le cadre duquel le décideur possède une expertise particulière<sup>43</sup>.

*La démarche* : La démarche comporte deux étapes. Dans un premier temps, on consulte la jurisprudence pour savoir s'il y a des précédents qui établissent la norme applicable au cas sous étude. Si tel est le cas, il reste alors, comme l'illustre l'arrêt *Lake*<sup>44</sup>, à démontrer l'analogie entre ces précédents et le cas sous étude pour prouver la pertinence de la jurisprudence invoquée au regard de la question en litige<sup>45</sup>. En second lieu, si la norme applicable n'est pas déjà établie, on procède à l'analyse des facteurs pertinents pour arrêter la norme appropriée.

*1<sup>re</sup> étape : la recherche de repères jurisprudentiels : quand peut-on dire que la norme a déjà été établie ?*

La majorité donne quelques exemples de questions à l'égard desquelles la norme applicable a déjà été établie en jurisprudence. Ainsi, rappellent les juges LeBel et Bastarache, la norme de la raisonnable s'applique généralement « en présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, et lorsque le droit et les faits ne peuvent être aisément dissociés »<sup>46</sup>. C'était le cas par exemple dans les arrêts *Ryan*, *D<sup>r</sup> Q.* et *Moreau-Bérubé*, en ce qui concerne la question de la sévérité de la sanction<sup>47</sup>. La norme de raisonnable s'applique de plus, « [l]orsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie »<sup>48</sup>, comme en témoignent les arrêts *Société Radio-Canada c. Canada*

43. Voir notamment *Dunsmuir*, précité, par. 50. Voir aussi *United Taxi*, précité.

44. *Lake*, précité, par. 49.

45. *Dunsmuir*, précité, par. 62. Ceci est conforme à ce qu'on trouvait déjà dans certains jugements tels *Toronto c. S.C.F.P.* et *Isidore Garon*, précités, où la norme applicable fut établie par référence à la jurisprudence antérieure.

46. *Dunsmuir*, *ibid.*, par. 51.

47. *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11.

48. *Dunsmuir*, *ibid.*, par. 54.

(*Conseil des relations du travail*)<sup>49</sup> et *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*<sup>50</sup> ainsi que *Proprio Direct*<sup>51</sup>, rendus ultérieurement à l'arrêt *Dunsmuir*. Enfin, « [e]lle peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé [...] »<sup>52</sup>. Comme en font foi les arrêts *Ivanhoe*<sup>53</sup> et *Toronto c. S.C.F.P.*, « [l']arbitrage en droit du travail demeure un domaine où cette approche se révèle particulièrement indiquée »<sup>54</sup>.

D'autres questions de droit commandent par contre l'application de la norme de la décision correcte. En effet, comme le souligne la majorité, cette norme s'applique généralement aux questions constitutionnelles, notamment celles qui touchent au partage des compétences législatives entre le Parlement et les provinces<sup>55</sup>. Cette norme s'applique également aux questions portant sur la compétence au sens strict, c'est-à-dire à l'égard de litiges qui contestent l'habilitation du tribunal à connaître de la question en litige, comme par exemple dans *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*<sup>56</sup>, dans lequel la Cour avait à déterminer si les dispositions municipales en cause habilitaient la ville de Calgary à limiter, par règlement, le nombre de permis de taxi délivrés<sup>57</sup>. Enfin, la norme de la décision correcte s'applique de plus aux questions portant sur « la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents »<sup>58</sup>, ainsi qu'aux questions de droit générales « à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre »<sup>59</sup>, puisque « pareille question doit être tranchée de manière uniforme et cohérente étant donné ses répercussions sur l'administration de la justice dans son ensemble »<sup>60</sup>. À titre d'exemple, les juges LeBel et Basta-

49. [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48.

50. [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39.

51. Précité (opinion majoritaire).

52. *Dunsmuir*, précité, par. 54.

53. *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47.

54. Précité, par. 72, cité dans *ibid.*, par. 54.

55. *Ibid.*, par. 58 où l'arrêt *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322 est cité à ce propos.

56. [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19 cité par. 59.

57. *Ibid.*, par. 5 (j. Bastarache), cité dans *Dunsmuir*, précité, par. 59.

58. *Dunsmuir*, précité, par. 61, comme cela a été décidé dans les arrêts : *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39.

59. *Dunsmuir*, précité, par. 62 (j. LeBel), référant à *Toronto c. S.C.F.P.*, précité, par. 15 (j. Arbour).

60. *Dunsmuir*, *ibid.*

rache se réfèrent à l'arrêt *Toronto c. S.C.F.P.* : « où étaient en cause des règles de common law complexes ainsi qu'une jurisprudence contradictoire concernant les doctrines de la chose jugée et de l'abus de procédure, des questions qui jouent un rôle central dans l'administration de la justice »<sup>61</sup>.

*2<sup>e</sup> étape : l'application de l'analyse relative à la norme de contrôle*

Moins scolaire et plus souple dans son application que ne l'était la méthode pragmatique et fonctionnelle, l'analyse effectuée selon l'approche *Dunsmuir* n'oblige pas forcément à considérer tous les facteurs. Certains facteurs pertinents tels que la clause privative, l'expertise relative ou la nature de la question peuvent s'avérer suffisants pour arrêter le choix de la norme applicable<sup>62</sup>.

Cet assouplissement quant aux facteurs répond également aux critiques exprimées par le juge LeBel, dans *Chamberlain*, où il déploierait le caractère artificiel et formaliste de la méthode pragmatique et fonctionnelle qui commandait d'appliquer des critères nullement pertinents au contrôle d'une décision discrétionnaire prise par la commission scolaire<sup>63</sup>.

### III. LES CHANGEMENTS APPORTÉS ET LES QUESTIONS QU'ILS SUSCITENT

Les changements apportés, comme on a pu le constater, visent principalement la mise en œuvre du contrôle judiciaire, c'est-à-dire la manière dont la Cour exerce le pouvoir de surveillance. Ils ont pour objet de simplifier la démarche, en fusionnant les deux normes de raisonabilité, et d'assouplir la méthode d'analyse de façon à rendre plus efficace et fonctionnel le contrôle judiciaire des décisions prises par les décideurs administratifs. S'il peut, à cet égard, être vu comme un pas dans la bonne direction, le jugement rendu dans *Dunsmuir* laisse en suspens d'importantes questions dont les suivantes que je tenterai d'expliquer.

61. *Dunsmuir*, précité, par. 60, référant à *Toronto c. S.C.F.P.*, *ibid.*

62. *Dunsmuir*, précité, par. 62, 64 et 66 à 71 sur l'application des facteurs jugés pertinents au cas *Dunsmuir*. Voir aussi *United Taxi*, précité, où il s'agissait d'une question de compétence au sens strict entraînant l'application de la norme de la décision correcte.

63. *Chamberlain*, précité, par. 190 et s.

### A. Une nouvelle norme de raisonabilité : pourquoi ?

Comme en témoigne la jurisprudence post-*Dunsmuir* recensée par M<sup>e</sup> Michèle Ducharme<sup>64</sup>, une confusion subsiste sur le sens de la « nouvelle » norme de raisonabilité développée dans *Dunsmuir*. En effet, bien que la cour parle d'une « nouvelle » norme qui résulte d'une fusion des deux normes de raisonabilité antérieures, bon nombre de jugements rendus par les cours d'appel du Canada assimilent la nouvelle norme de raisonabilité à la norme de la décision raisonable *simpliciter* définie dans l'arrêt *Ryan*.

Cela se comprend, car même si la cour ne dit pas expressément qu'elle abandonne l'erreur manifestement déraisonnable, on voit mal ce qui pourrait justifier une aussi grande retenue si, comme l'affirme le juge LeBel dans *Toronto c. S.C.F.P.* dont les propos sont repris dans *Dunsmuir*, il répugne à la justice et à la primauté du droit qu'un juge ait à confirmer une décision déraisonnable au motif qu'elle ne l'est pas manifestement. L'abandon de cette norme est aussi tout à fait cohérent avec la jurisprudence de la Cour suprême postérieure à *Toronto c. S.C.F.P.* et *Chamberlain* où, même sans avoir souscrit à la proposition du juge LeBel, la Cour en arrivait à appliquer plus souvent la norme intermédiaire dans des cas où auparavant la norme établie était celle de l'erreur manifestement déraisonnable<sup>65</sup>.

Alors pourquoi ne pas avoir tout simplement aboli la norme de l'erreur manifestement déraisonnable et maintenu la norme de la décision raisonable *simpliciter* au lieu d'en élaborer une nouvelle qui tire son origine des deux normes précédentes, mais qui n'est ni l'une, ni l'autre ? C'est comme si la majorité cherchait à prendre ses distances par rapport à la jurisprudence antérieure. S'agit-il d'une solution de compromis rendue nécessaire pour rallier une majorité ? Dans l'affirmative, quel en est l'objet ? En d'autres mots, si, comme le laissent voir les propos des juges LeBel et Bastarache, l'orientation sous-jacente à la nouvelle norme de raisonabilité est de permettre de passer graduellement d'un contrôle basé sur la notion d'erreur à un contrôle de la rationalité de la décision et de sa justification,

---

64. Michèle DUCHARME, « *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* : Sept mois plus tard, le traitement par les cours d'appel canadiennes des nouvelles règles régissant le contrôle judiciaire », texte d'une conférence présentée les 28 novembre et 11 décembre 2008, Colloque conjoint de l'ABC et des Éditions Yvon Blais, Québec. Voir aussi David J. MULLAN, « The Year in Review », *Administrative Law & Practice*, Osgoode Professional Development, conférence présentée à Toronto les 20 et 21 octobre 2008.

65. Voir, par exemple, *Voice Construction*, précité.

qu'est-ce qui la distingue de la décision raisonnable *simpliciter* ? N'était-ce pas là le sens même de la norme de la raisonnable *simpliciter* définie à grand-peine par le juge Iacobucci<sup>66</sup> ? Une norme qui met l'accent sur la rationalité de la décision administrative et qui, lorsqu'elle trouve application, impose à la cour de révision l'obligation d'accepter et de confirmer l'interprétation « raisonnable » du décideur administratif, c'est-à-dire l'interprétation dont le fondement est rationnel<sup>67</sup>.

Dans *Dunsmuir*, les juges Bastarache et LeBel cherchent, semble-t-il, un nouvel équilibre entre contrôle et déférence à travers un nouveau concept de raisonnable qui s'éloigne de l'idée d'erreur pour aller vers l'idée de rationalité et de respect. Le glissement d'un contrôle basé sur l'erreur vers un contrôle de la rationalité de la décision était certes déjà présente dans la raisonnable *simpliciter* définie dans *Ryan*, car pour savoir si la décision est raisonnable, la cour, on s'en rappellera, devait examiner les motifs donnés par le décideur et se demander « si l'un ou l'autre de ces motifs étaye convenablement la décision »<sup>68</sup>. Ce que change surtout *Dunsmuir*, c'est le concept de raisonnable. Telle que définie par les coauteurs, la notion de déférence inhérente à la nouvelle norme de raisonnable se rapporte « au respect » qui exige d'étudier avec beaucoup d'attention les motifs donnés pour en vérifier non seulement la justification mais aussi l'intelligibilité et la transparence<sup>69</sup>. En l'accolant à l'intelligibilité et à la transparence, l'exigence de justification perd de l'importance. On se demande dès lors s'il n'y a pas, dans ce nouveau test de raisonnable, une dérive vers une rationalité plus formelle qui amènerait à apprécier la rationalité de la décision au regard de la démarche plus que de la substance. La nouvelle norme de raisonnable pourrait ainsi conduire à plus de déférence, et non à une déférence moindre que la raisonnable *simpliciter*, car le juge aurait alors vraisemblablement moins de latitude pour apprécier le fond de la décision. Au lieu de contrôler la raisonnable des motifs, son rôle pourrait consister essentiellement à s'assurer que la décision est compréhensible, c'est-à-dire que le décideur est explicite quant aux considérations qui l'ont amené à cette décision, et que le processus intellectuel qui y a conduit a permis la prise en compte des facteurs pertinents. Si tel était le cas, le jugement rendu dans *Dunsmuir* n'au-

66. *Ryan*, précité, par. 43-47.

67. *Ryan*, précité, par. 5.

68. *Ibid.*, par. 49. Voir aussi par. 54.

69. *Dunsmuir*, précité, par. 48. La cour ajoute « ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision » (dans le sens de déduits par le juge ?).



rait que peu ou pas d'incidence sur l'intensité du contrôle judiciaire. Malgré l'abandon de l'erreur manifestement déraisonnable, il n'y aurait, en d'autres mots, ni plus ni moins de déférence manifestée par les cours de justice à l'égard des décideurs administratifs.

### **B. La nouvelle norme de raisonabilité : degré de déférence unique ou contrôle à intensité variable ?**

Comme le souligne le juge Binnie, malgré la difficulté de les distinguer, il demeure que les deux normes antérieures de raisonabilité étaient utiles pour permettre à la cour de graduer la déférence en fonction du statut du décideur, de la nature de la question ou autres facteurs pertinents. La norme de la décision déraisonnable *simpliciter* appelait un degré de déférence moindre, alors que celle de la décision manifestement déraisonnable laissait bien voir au juge le haut degré de déférence dû au décideur et le seuil élevé que devait atteindre l'erreur pour justifier son intervention.

On s'attend à ce que la nouvelle norme de raisonabilité soit dorénavant appliquée aux cas où la norme antérieurement appropriée était celle du manifestement déraisonnable. C'est d'ailleurs ce que laisse entendre la cour lorsqu'elle illustre, par des précédents, les cas d'application de la norme de raisonabilité. Mais avec le remplacement des deux normes de raisonabilité antérieures par une seule norme de raisonabilité, se peut-il que le degré de déférence requis par cette norme varie en intensité en fonction du contexte ? Si le degré de déférence devait fluctuer selon les circonstances, souligne le juge Binnie, cela ne ferait qu'occulter le problème puisqu'au bout du compte, les cours seraient amenées à faire la même chose qu'elles faisaient avant, c'est-à-dire choisir entre des degrés variables de déférence, mais elles le feraient de façon moins transparente<sup>70</sup>. Le passage de trois à deux normes n'aurait alors rien réglé. Dans *Ryan*, rappelle-t-il, la Cour a rejeté l'idée que la norme de « raisonabilité puisse varier en degré de déférence de façon à se rapprocher parfois de la décision correcte et parfois de la décision manifestement déraisonnable »<sup>71</sup>. Or, conclut-il, « Assujettir tout ce qui n'est pas soumis à la norme de la « décision correcte » à une norme de « raisonabilité » unique revient à exiger de la cour de révision qu'elle fasse exactement cela »<sup>72</sup>.

70. *Ryan*, précité, par. 135-141.

71. Cité dans *Dunsmuir*, précité, par. 152 (j. Binnie) ; *Ryan*, précité, par. 43-44.

72. *Dunsmuir*, *ibid.*



La question du degré variable de déférence inhérent à la norme unique de raisonnable a été abordée récemment par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Mills c. Ontario*<sup>73</sup>. La Cour rejette d'emblée cette prétention pour des motifs qui s'apparentent à ceux qu'avait donnés le juge Iacobucci, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Ryan*, à savoir que « [l]a teneur de la norme est essentiellement définie par la question que la cour doit se poser quand elle examine une décision administrative. Évidemment, la réponse à la question doit être soigneusement adaptée au contexte de la décision, mais la question elle-même demeure inchangée dans les divers contextes »<sup>74</sup>.

Dans *Dunsmuir*, les juges LeBel et Bastarache ayant pris soin de prendre des distances par rapport à l'arrêt *Ryan* aux fins de définir la nouvelle norme de raisonnable, il sera intéressant de lire leurs propos sur le degré variable ou non de la déférence inhérente à cette norme.

#### CONCLUSION : *Dunsmuir* : continuité ou rupture ?

Même si elle ne le dit pas expressément, la cour abandonne, dans *Dunsmuir*, la norme de l'erreur manifestement déraisonnable, jugée contraire à la primauté du droit, puisqu'elle pousse trop loin la déférence en empêchant le juge de contrôler une décision déraisonnable au motif qu'elle ne l'est pas manifestement. On pourrait croire, à première vue, qu'une déférence moindre résulte de cet abandon puisqu'on s'éloigne ainsi de la plus grande déférence pour aller vers un contrôle de « raisonnable ».

D'un autre côté, la nouvelle norme de raisonnable pourrait conduire à plus de déférence car elle se rapporte « au respect » qui exige d'étudier avec beaucoup d'attention les motifs à l'appui d'une décision pour en vérifier l'intelligibilité, la transparence et la justification. Or, en l'accolant à la transparence et à l'intelligibilité, l'exigence de justification perd de l'importance. On se demande dès lors s'il n'y a pas, dans ce nouveau test de raisonnable, une dérive vers une rationalité plus formelle qui amènerait à apprécier la rationalité de la décision au regard de la démarche, plus que de la décision. Si tel était le cas, le jugement rendu dans *Dunsmuir* n'aurait que peu ou pas d'incidence sur l'intensité du contrôle judiciaire. Il n'y aurait, en d'autres mots, ni plus ni moins de déférence manifestée à l'égard des

73. 2008 ONCA 436, par. 19-20. Ce jugement est cité dans le texte de M<sup>e</sup> Michelle Ducharme. Voir aussi *Pharmascience inc. c. Canada*, 2008 CAF 258.

74. *Ryan*, précité, par. 44.

décideurs administratifs, malgré l'abandon de la norme de l'erreur manifestement déraisonnable. Cela signifie aussi que s'ils avaient été traités selon la nouvelle approche, les cas décidés avant *Dunsmuir* auraient vraisemblablement abouti au même résultat.

Les voix minoritaires exprimées dans *Dunsmuir* et, plus récemment, dans *Proprio Direct*<sup>75</sup>, laissent bien voir, par ailleurs, que si l'idée de déférence semble généralement acceptée, son application aux questions de droit et, plus encore, la méthode contextuelle permettant d'arrêter la norme demeurent controversées. Ce rejet de la méthode est toutefois discutable, car si la souplesse de l'analyse contextuelle a fait ses preuves dans d'autres domaines du contrôle judiciaire dont la justice naturelle et l'équité procédurale, on voit mal pourquoi le contrôle des décisions de fond ne pourrait procéder selon une approche multifactorielle analogue.

La réévaluation des normes de contrôle était annoncée depuis quelques années déjà. L'approche *Dunsmuir* établit un compromis qui marque, au plan de la méthode, un pas dans la bonne direction puisqu'il restreint le temps qui doit être consacré à l'examen des arguments menant à la détermination de la norme. Le nouveau concept de raisonnable demeure cependant ambigu et nécessitera d'être précisé pour que soit atteint l'objectif de clarification annoncé dans *Dunsmuir*<sup>76</sup>.

---

75. Précité.

76. Cela pourrait d'ailleurs ne pas tarder puisque, dans les sept mois qui ont suivi cet important jugement, plus d'une centaine de jugements avaient déjà été rendus par des cours d'appel. Voir M. DUCHARME, précité, note 65.