

# L'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* par les organismes administratifs (ou le danger d'une émergence d'une justice administrative à deux vitesses)

Patrick Robardet\*

## Introduction

### Les «grands organismes» et les autres ... ou l'idée selon laquelle il existerait deux classes d'organismes ou de tribunaux administratifs

L'opportunité de reconnaître aux tribunaux administratifs la compétence de statuer en matière constitutionnelle a fait «l'objet de controverses doctrinales épiques» que M<sup>e</sup> Garant résume éloquemment dans son *Traité*<sup>1</sup>. Ce dernier souligne que ce qui lui paraissait «révolutionnaire dans cette nouvelle situation c'est qu'elle ramène le contentieux constitutionnel au niveau de n'importe quel autre contentieux. Dans la plupart des États du monde les affaires constitutionnelles sont réservées à des cours constitutionnelles ou du moins à des cours de justice au sens fort du terme»<sup>2</sup>. Par ailleurs, à en

---

\* Avocat, Directeur des affaires juridiques et de la recherche, Bureau du Protecteur du citoyen.

1. P. GARANT, *Droit administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1991, 3<sup>e</sup> éd., Volume 3, chapitre XXV.

2. P. GARANT, «L'impact des Chartes sur le droit administratif: Révolution ou évolution?», Conférence donnée le 23 avril 1992 à la Société de Droit administratif

juger d'après les exemples les plus fréquents retenus par la doctrine, ou d'après les analyses avancées dans plusieurs rapports officiels sur la «problématique» des tribunaux administratifs, il existerait, au sein des organismes administratifs, de «grands organismes». La question de savoir si les organismes administratifs devraient avoir la compétence de statuer en matière constitutionnelle et d'appliquer la *Charte canadienne des droits et libertés* [ci-après: la *Charte*] éclaire cette hypothèse. Il s'agit d'examiner quels sont les critères de «grandeur» proposés et de vérifier si cette manière de voir est partagée ou si, au contraire, il existe deux écoles de pensée sur la «grandeur» relative des uns et des autres au sein de la famille des organismes administratifs. Cette question mérite en effet d'être posée car elle conduit, en dernière instance, à s'interroger sur les conséquences pour les citoyens, de l'existence d'une double justice administrative, l'une qui serait «grande» et l'autre qui serait «autre». L'analyse portera d'abord sur les paramètres du risque d'émergence d'une justice administrative à deux vitesses que présente la démarche utilisée pour régler la question de compétence. Il s'agit d'une question très pratique: les juristes de l'État auront à en faire l'application et à réfuter celle qu'en feront d'autres personnes, dans le cadre de leur fonction de conseillers.

**1. Les arrêts *Douglas College*, *Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury* de la Cour suprême du Canada: le risque d'une division entre les «grands» organismes et les autres par application de la *Charte canadienne des droits et libertés***

Les trois arrêts précités *Douglas / Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*<sup>3</sup> [ci-après: *Douglas College*], *Cuddy Chicks c. CRTO*<sup>4</sup> [ci-après: *Cuddy Chicks*] et *Tétreault-Gadoury c. Canada (C.E.I.)*<sup>5</sup> [ci-après: *Tétreault-Gadoury*] portent sur l'application de l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* par un tribunal administratif. La *Charte* habilite dorénavant les organismes administratifs à statuer sur la validité constitutionnelle de leur loi habilitante ou des lois qu'ils ont à appliquer: la Cour suprême a en effet décidé qu'un organisme ou tribunal administratif peut, à condition d'être par ailleurs régulièrement saisi<sup>6</sup>, statuer sur la constitutionna-

du Québec et au Comité des Études juridiques, Barreau de Québec – résumée dans *Le Barreau* (1<sup>er</sup> juin 1992), et à paraître dans le *Bulletin* de la Société de Droit administratif du Québec.

3. [1990] 3 R.C.S. 570.

4. [1991] 2 R.C.S. 5.

5. [1991] 2 R.C.S. 22.

6. Après que l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 ait précisé que la *Charte* n'avait pas pour objet d'habiliter le gouvernement à agir ou de faciliter

lité d'une loi s'il possède expressément ou implicitement le pouvoir d'interpréter la loi ou de trancher des questions de droit. Ils apportent des éléments de réponse à la question de savoir si l'application de la *Charte* doit être réservée aux seuls tribunaux ordinaires, c'est-à-dire, les cours de justice.

### **1.1. Problématique: L'application de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 par les organismes et tribunaux administratifs**

L'arrêt *Douglas College* définit la démarche à suivre pour décider quand un organisme possède cette compétence.

La distinction des deux compétences des articles 24(1) et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est éclaircie. Le pouvoir de l'organisme administratif consiste à traiter la loi comme étant inopérante, ou, selon une autre formulation, à traiter la ou les dispositions comme si elles n'avaient jamais été adoptées, et non pas à rendre un jugement de nature déclaratoire, ce qui est une compétence réservée aux cours supérieures<sup>7</sup>. Le juge La Forest explique, en s'appuyant notamment sur les arrêts de la Cour d'appel fédérale, *Tétreault-Gadoury c. Canada (CEIC)*<sup>8</sup> et *Zwarich c. Canada (Procureur général)*<sup>9</sup>, que la compétence d'un tribunal administratif en vertu de l'article 24(1) se régle de manière distincte de la compétence qu'il peut détenir en vertu de l'article 52(1)<sup>10</sup>. En résumé, l'article 52(1) conduit, en raison du caractère de loi suprême de la Constitution, à affirmer qu'«un tribunal doit respecter la Constitution de sorte que, s'il conclut que la loi qu'on lui demande d'appliquer est invalide, il doit la traiter comme si elle était inopérante»<sup>11</sup>; en effet, la jurisprudence étudiée par le juge La Forest indique que, «dans l'exercice du mandat conféré par la loi, un tribunal a le pouvoir de se prononcer sur la validité constitutionnelle d'une loi qu'il est appelé à appliquer»<sup>12</sup> ainsi que l'obligation

---

son action, l'arrêt *Singh c. M.E.I.*, [1985] 1 R.C.S. 177 a permis de dégager le principe voulant que le tribunal compétent au sens de l'article 24(1) de la *Charte* doit l'être en vertu d'une habilitation ou d'une compétence autre que la *Charte* elle-même. Ce principe signifie, selon l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, que ce tribunal doit avoir compétence sur les parties, l'objet du litige et la réparation demandée.

7. *Douglas College*, p. 593, 594, citant le juge Pratte dans l'arrêt *Zwarich c. Canada (Procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253 (C.F.A.).

8. [1989] 2 C.F. 245 (C.F.A.).

9. [1987] 3 C.F. 253 (C.F.A.).

10. *Douglas College*, p. 591 à 595.

11. *Id.*, p. 594.

12. *Id.*, p. 591.

d'appliquer la Constitution. De l'arrêt *Zwarich*, on tire l'idée, exprimée en l'espèce par le juge Pratte et reprise par le juge La Forest, voulant que des organismes tels que le conseil d'arbitrage et de juge-arbitre de l'assurance-chômage «doivent appliquer le droit comme tout autre tribunal. Ce faisant, ils doivent déterminer ce qu'est le droit, ce qui signifie qu'ils doivent non seulement interpréter les lois pertinentes, mais examiner si elles ont été validement adoptées»<sup>13</sup>.

Puisque la compétence d'un organisme administratif se limite à exercer le mandat conféré par la loi, cela explique qu'en vertu de l'article 24(1), «la compétence d'un tribunal établi par une loi doit se trouver dans une loi et doit s'étendre à l'objet du litige et aux parties, mais également à la réparation demandée. Lorsqu'il exerce cette compétence, il peut, dans l'exercice de son mandat, conclure qu'une loi est invalide en vertu de la *Charte*»<sup>14</sup>. Toutefois, une «conclusion», habilitée par l'article 52(1), à l'effet qu'une disposition est inopérante en raison de la *Charte* ne constitue pas un redressement au sens de l'article 24(1) car conclure qu'un organisme régulièrement saisi peut corriger une violation de la *Charte* en n'appliquant pas une disposition qu'il considère contraire à la *Charte*, ne signifie pas que cet organisme est un tribunal compétent au sens de l'article 24(1)<sup>15</sup>. Cette dimension a été partiellement clarifiée dans les arrêts *Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury*.

Dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, le juge La Forest précise de manière importante, que: «Un tribunal administratif n'a pas à répondre à la définition d'un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* pour détenir l'autorité nécessaire pour examiner la conformité de sa loi habilitante à la lumière de la *Charte*. En l'espèce, la question pertinente ne consiste pas à savoir si le tribunal administratif est un «tribunal» au sens du par. 24(1) de la *Charte*, mais plutôt si le législateur a voulu conférer au tribunal le pouvoir d'interpréter et d'appliquer la *Charte*»<sup>16</sup>.

L'apparente analogie décelée dans l'arrêt *Douglas College* entre les critères servant à circonscrire la notion de compétence aux fins respectives des articles 24(1) et 52(1) a été dissipée en partie dans l'arrêt *Cuddy Chicks*. Le juge La Forest y précise que la «perspective

---

13. *Id.*, p. 593.

14. *Id.*, p. 595.

15. *Id.*, p. 598.

16. *Cuddy Chicks*, p. 14-15.

analytique [définie dans cet arrêt et examinée plus loin] reflète<sup>17</sup> les conditions nécessaires à l'existence d'un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* telles qu'elles sont exposées dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, mais il ajoute «qu'il n'est pas nécessaire, tout comme dans l'arrêt *Douglas College*, d'avoir recours au par. 24(1) pour déterminer si la Commission a compétence à l'égard des questions ayant trait à la *Charte*»<sup>18</sup>.

En visant à cerner les organismes habilités en ce sens, la Cour suprême du Canada alimente un débat ancien (en vérité, non réglé) sur la confiance que l'on peut manifester envers les tribunaux administratifs, c'est-à-dire, en pratique, sur leur légitimité en tant qu'acteurs publics chargés d'appliquer le droit à des situations individuelles. De fait, comme nous allons tenter de le montrer, cette légitimité demeure problématique. En matière d'application de la *Charte*, le doute est alimenté par l'affirmation selon laquelle les cours de justice supérieures sont les gardiens de la Constitution et des valeurs consacrées par cette *Charte*<sup>19</sup>. La question est de plus exacerbée par le fait que, selon l'arrêt *Cuddy Chicks*, l'article 52(1) «ne fournit pas aux tribunaux administratifs une source distincte de compétence à l'égard des questions constitutionnelles» et qu'il «ne précise pas les organismes qui peuvent étudier les questions relatives à la *Charte* et statuer à leur égard, et on ne peut dire qu'il confère compétence aux tribunaux administratifs»<sup>20</sup>.

## 1.2. Les critères retenus par la Cour suprême

### 1.2.1. Le lien de connexité

Une condition préalable définie par l'arrêt *Cuddy Chicks* consiste en un lien de connexité entre l'objet de la compétence de l'organisme et l'application de la *Charte*. De fait, il ne suffit pas que l'organisme soit compétent à l'égard de l'ensemble de l'affaire à décider (les parties, l'objet du litige et la réparation demandée) car l'objet du litige et la réparation doivent aussi supposer que la *Charte* doit être appliquée<sup>21</sup>.

17. Cette notion mérite d'être soulignée car, dans l'arrêt *Douglas College*, le juge La Forest cite, page 597, un passage tiré de Gibson qui indiquait l'existence d'une propension, dès les premières années de la *Charte*, à utiliser les mêmes critères pour mesurer la compétence visée par les articles 24(1) et 52(1).

18. *Cuddy Chicks*, p. 14.

19. Voir: *Operation Dismantle c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Valente c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 673.

20. *Cuddy Chicks*, p. 14.

21. *Id.*, p. 15.

L'apport respectif des deux arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks* est résumé comme suit dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury*: «un organisme administratif expressément doté, aux termes de son mandat législatif, du pouvoir d'interpréter ou d'appliquer toutes les lois nécessaires pour rendre une décision, possède le pouvoir d'appliquer la *Charte* pour déclarer inopérante une disposition particulière d'une loi»<sup>22</sup>. L'application de ce principe, à supposer qu'il fonde véritablement la solution de l'arrêt *Douglas College*, pêche cependant, dans ce dernier, par un manque d'explicitation<sup>23</sup>. La loi en cause accordait à l'arbitre le pouvoir «d'interpréter et d'appliquer toute loi visant à régir les relations de travail»: le juge La Forest règle l'absence apparente de connexité en affirmant qu'«[il] est vrai que ... la loi en question doit viser à régir les relations de travail et que ce n'est pas là le seul but de la *Charte*. Cependant, il est certain que ces relations sont de celles que vise le par. 15(1)»<sup>24</sup>. À tout le moins, le lien de connexité exigé ne semble pas trop onéreux.

### 1.2.2. Première hypothèse: l'organisme possède la compétence expresse de décider des questions de droit

«Un organisme administratif expressément doté, aux termes de son mandat législatif, du pouvoir d'interpréter ou d'appliquer toutes les lois nécessaires pour rendre une décision, possède le pouvoir d'appliquer la *Charte* pour déclarer inopérante une disposition particulière d'une loi»<sup>25</sup>: cette proposition règle l'hypothèse où la loi habilitante de l'organisme prévoit une compétence expresse. Dans l'arrêt *Douglas College*, la loi accordait à l'arbitre le pouvoir «d'interpréter et d'appliquer toute loi visant à régir les relations de travail»; dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, la loi ontarienne sur les relations de travail conférait, sans réserve, à la Commission des relations de travail de l'Ontario (CRTO) le pouvoir de trancher toutes les questions de droit. Le juge La Forest souligna «qu'une question concernant la *Charte* est une question de droit» et, rappelant «l'opinion exprimée dans l'arrêt *Douglas College* selon laquelle le pouvoir conféré à l'arbitre par la loi d'interpréter toute «loi» devait comprendre celle d'interpréter la *Charte*», conclut que la CRTO était «donc habilitée à appliquer la *Charte* et à statuer sur la constitutionnalité de l'al. 2b) de sa loi habilitante, dans le cadre de la demande d'accréditation du syndi-

22. *Tétreault-Gadoury*, p. 31.

23. Voir A. ROMAN, «Tribunals Deciding *Charter of Rights* Questions: The Trilogy of the Supreme Court of Canada – *Douglas College*, *Cuddy Chicks*, and *Tétreault-Gadoury*», (1992) 1 *Admin. L.R.* (2d) 243.

24. *Douglas College*, p. 595.

25. *Tétreault-Gadoury*, p. 31.

cat»<sup>26</sup>. La démarche indiquée par ces deux premiers arrêts consiste à appliquer le principe voulant que, «puisque l'objet du litige et la réparation en l'espèce supposent l'application de la *Charte*, le pouvoir d'appliquer celle-ci doit se trouver dans la loi habilitante de la Commission»<sup>27</sup>. Il s'agirait ainsi d'interpréter une compétence initiale.

*1.2.3. Deuxième hypothèse: la loi est silencieuse quant à la compétence de l'organisme de décider des questions de droit*

Par comparaison, le silence de la loi habilitante impose une démarche plus complexe, comme le montre l'arrêt *Tétreault-Gadoury* relatif à une demande au conseil arbitral de l'assurance-chômage de ne pas appliquer, en vertu de l'article 52(1), une disposition de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* fédérale<sup>28</sup>. La démarche fut également fondée sur l'interprétation de la compétence de l'organisme: «Normalement, c'est le mandat que le législateur a confié de façon expresse à un tribunal donné qui sera le facteur le plus important pour déterminer si ce tribunal possède le pouvoir de déclarer une disposition incompatible avec la *Charte*»<sup>29</sup>.

La démonstration offerte par la Cour suprême part, ainsi que l'indique l'arrêt *Douglas College*, de l'idée que l'époque actuelle est caractérisée par une revendication généralisée de droits et l'exercice de droits nouveaux: la *Charte* a créé un ordre nouveau<sup>30</sup>. Faisant écho à la Cour d'appel fédérale qui, dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*, souligne avec éloquence la nécessité de tirer les conséquences de ce nouvel ordre, la Cour suprême constate (en fait, plus qu'elle ne le démontre initialement) qu'«il semble assez naturel dans le contexte d'aujourd'hui que la pratique soit maintenant de soumettre à un tribunal [sous-entendu: administratif] une question constitutionnelle, plutôt que de demander initialement le contrôle judiciaire»<sup>31</sup>. Ce constat donne acte de l'importance des organismes administratifs en tant que rouages de l'État et paraît indiquer le ton de la démarche de la Cour. Celle-ci signale, dès le premier abord, que les avantages susceptibles de découler de cette pratique sont un élément-clé susceptible de la justifier, autour d'une double idée: le respect de la Constitution et des droits, et l'utilité «pédagogique» de faire assurer

26. *Cuddy Chicks*, p. 15-16.

27. *Id.*, p. 15.

28. Et non pas d'accorder une réparation en vertu de l'article 24(1) de la *Charte*.

29. *Tétreault-Gadoury*, p. 32.

30. Voir l'arrêt *Douglas College*, p. 600.

31. *Ibid.*



ce respect par les organismes administratifs eux-mêmes dans le cadre de leur action<sup>32</sup>. La démonstration fait ensuite appel à un ensemble composite de facteurs.

Lorsque le législateur ne s'est pas exprimé formellement pour accorder à un organisme le pouvoir d'examiner des questions relatives à la *Charte*, ou pour le lui interdire, «il [faut] examiner d'autres facteurs»<sup>33</sup>. De fait, dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*, la comparaison des compétences respectives du conseil arbitral de l'assurance-chômage et du juge-arbitre (le seul qui possédait un pouvoir exprès d'examiner toute loi pertinente) conduit le juge La Forest à conclure, par interprétation (littérale en l'espèce) de la volonté du législateur, qu'«il est significatif que ce pouvoir ait été expressément conféré au juge-arbitre, mais non pas au conseil arbitral»<sup>34</sup>. Mais il enchaîne par plusieurs propositions qui relativisent l'interprétation des dispositions au moyen d'un bilan d'une «appréciation comparative de l'expertise et des capacités pratiques» des trois instances formant le régime administratif applicable (la C.E.I.C., le conseil arbitral et le juge-arbitre), pour déboucher sur la conclusion suivante:

Bien que cette appréciation comparative de l'expertise et des capacités pratiques du conseil puisse être juste, elle ne peut supplanter l'intention expresse du législateur de conférer le pouvoir d'interpréter la loi au juge-arbitre et non au conseil arbitral. En d'autres termes, *j'estime qu'en dépit de la capacité pratique du conseil arbitral, il découle de l'économie de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage qu'il convient davantage de présenter la question constitutionnelle au juge-arbitre, en appel, plutôt qu'au conseil lui-même.*<sup>35</sup>

Cette comptabilisation de considérations pratiques et de l'intention du législateur appelle un examen serré car elle est problématique. De fait, dans le cadre d'une interprétation littérale, par ailleurs jugée non déterminante, le juge La Forest a dressé le bilan des avan-

32. Faire décider une question relative à la *Charte* par un organisme administratif présente l'avantage de contribuer au respect de la Constitution et des droits des citoyens (arrêt *Douglas College*, p. 604), la Constitution étant, comme le droit, indivisible en tant que loi suprême pour tous (cf. arrêt *Douglas College*, p. 597: «... je pense qu'il ne peut y avoir une Constitution pour les arbitres et une autre pour les tribunaux», de préciser le juge La Forest). Également, selon ce dernier, «du point de vue du fonctionnement des organismes lui-même», il importe «que ceux qui sont appelés à prendre des décisions gouvernementales portent leur attention sur les valeurs consacrées par la *Charte*» (arrêt *Douglas College*, p. 605).

33. *Tétreault-Gadoury*, p. 32.

34. *Id.*, p. 33.

35. *Id.*, p. 34-35 (notre italique).



tages et des coûts de l'exercice de la compétence d'interpréter la loi et donc d'appliquer la *Charte*, pour chacune des trois instances du régime en cause, afin de déterminer celle qui devrait posséder cette compétence. Il faut donc examiner les intrants de ce bilan.

1.2.3.1. Les considérations formant partie du bilan de la compétence d'un organisme administratif de statuer relativement à la *Charte*

La démarche (contenue ensemble dans les trois arrêts) utile pour décider de permettre aux tribunaux administratifs de se prononcer sur des questions constitutionnelles comprend deux aspects: un bilan de certains éléments et des principes guidant le choix de ceux qui figurent dans le bilan.

Au niveau du principe, les considérations pratiques occupent une place importante dans la décision de reconnaître à un organisme administratif la compétence de statuer en matière de *Charte* mais sans être concluantes<sup>36</sup>. Ces considérations pratiques sont de plusieurs ordres, elles comprennent des arguments militant pour ou contre la reconnaissance même de cette compétence et des «arguments d'ordre pratique» (les avantages d'une décision positive), lesquels sont pris en compte mais également sans être concluants. Cette double distinction quant à la nature des éléments de fond et quant à leur caractère concluant n'est pas très tranchée en réalité<sup>37</sup>: par exemple, le *principe* de l'absence de séparation rigide des pouvoirs au Canada et l'*avantage* de recourir à une procédure simple, expéditive et peu coûteuse pour établir un dossier sont rangés ensemble parmi les «considérations pratiques» dans l'arrêt *Douglas College*<sup>38</sup>. De plus, les trois arrêts imbriquent plusieurs catégories de facteurs et plusieurs manières de décider de leur poids respectif.

---

36. Arrêt *Douglas College*, p. 601: «Je sais que des considérations pratiques importantes interviennent dans la décision de permettre ou non aux tribunaux administratifs de se prononcer sur des questions constitutionnelles. Les avantages et les inconvénients de cette décision ont déjà donné lieu à de nombreux débats théoriques» (cet extrait est suivi d'un exposé de la doctrine, p. 601-602); «Des arguments d'ordre pratique, bien qu'ils ne soient pas concluants quant à la question, doivent être pris en compte» pour en décider (arrêts *Douglas College*, p. 596-597 et *Cuddy Chicks*, p. 14).

37. Voir l'arrêt *Douglas College*, p. 601; la distinction demeure également floue dans l'arrêt *Cuddy Chicks*.

38. *Douglas College*, p. 603 et 604. Une rubrique distincte intitulée «Avantages pratiques» apparaît dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury* aux pages 35-37.

### 1.2.3.2. Les considérations négatives réfutées

Cette première catégorie combine des principes d'ordre constitutionnel, institutionnel et processuel, à propos desquels la Cour suprême a voulu démontrer qu'ils ne constituaient pas des obstacles à une reconnaissance de la compétence des organismes.

Le premier est l'absence de séparation rigide des pouvoirs au Canada: la Cour suprême en rejette l'existence même dans notre système constitutionnel et refuse aussi de voir dans la séparation actuelle un obstacle à une reconnaissance du pouvoir de statuer en matière constitutionnelle aux organismes administratifs, préférant insister sur les conditions requises pour exercer ce pouvoir<sup>39</sup>. La compétence déjà reconnue aux tribunaux administratifs de se prononcer sur des questions relatives au partage des compétences constitutionnelles (art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) a ainsi été élargie aux questions relatives à la *Charte* sans entrer en conflit avec «[les] dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur le pouvoir judiciaire, en particulier l'article 96»<sup>40</sup>. La nouvelle compétence représente une «croissance naturelle»<sup>41</sup> de la compétence des tribunaux administratifs de statuer sur leur propre compétence lorsqu'ils doivent interpréter la loi dans le cadre restreint de leur mandat, sous réserve du contrôle judiciaire<sup>42</sup>. Cette théorie de la croissance naturelle n'est pas réservée aux seuls organismes chargés des relations du travail et reconnus comme étant spécialisés mais applicable à l'ensemble des tribunaux administratifs<sup>43</sup>.

Les considérations négatives réfutées par la Cour suprême comprennent également l'absence de participation du Procureur général aux procédures devant les tribunaux administratifs et la disparité institutionnelle et procédurale des organismes. Le traitement réservé à ces deux sujets est intéressant.

Abordée en raison de l'objet même de la compétence envisagée (cf. l'art. 95 C.p.c. sur l'examen de questions constitutionnelles devant les tribunaux judiciaires), la participation du Procureur

39. *Douglas College*, p. 600-601, 603.

40. *Id.*, p. 599.

41. L'arrêt *Cuddy Chicks* utilise l'idée de «progression naturelle», p. 19.

42. *Douglas College*, p. 599.

43. *Id.*, p. 599. Noter que sur ce point, l'arrêt se fonde seulement sur les notes de M<sup>me</sup> la juge Desjardins dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*, alors que n'en traite pas le jugement rendu par M. le juge Lacombe, auquel souscrivent par ailleurs les trois juges dont M<sup>me</sup> la juge Desjardins elle-même.

général de la province n'a pas été traitée de manière autonome mais en rapport avec les caractéristiques institutionnelles et procédurales et à la raison d'être des tribunaux administratifs; de plus, ce fut par le biais d'observations générales sur l'absence d'uniformité et d'homogénéité entre les organismes au plan de leurs fonctions, de leurs règles de preuve et de procédure, et de la rapidité de prise de décisions<sup>44</sup>. D'autre part, la question permettait à la Cour suprême de préciser sa perception des tribunaux administratifs puisqu'elle a lié la participation du Procureur général provincial à une instance impliquant la *Charte* à leurs caractéristiques institutionnelles et procédurales. Les observations générales formulées n'apportent pas d'indices utiles, sinon la suivante: «Encore une fois, les tribunaux ne sont pas tous du même calibre»<sup>45</sup> – mais sans en déduire de conséquences. Le calibre inégal des organismes et leur disparité institutionnelle et procédurale ont plutôt été traitées au chapitre des considérations défavorables en rapport avec la compétence de décider des questions de droit, l'aptitude ou la capacité organisationnelle, et la confiance du juge. Avant de le voir, la catégorie des «avantages pratiques» prolonge celle des considérations négatives réfutées.

### 1.2.3.3. Les avantages pratiques

Les avantages pratiques inventoriés comprennent le calibre d'un organisme, la disponibilité d'un recours de rechange, l'expertise de l'organisme et la structure du régime administratif.

La premier bloc conjugue le calibre et l'expertise. Dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, le calibre des commissions des relations du travail fut jugé être «la considération [d'ordre pratique] primordiale» à l'égard et en faveur de la CRTO<sup>46</sup>. Étroitement reliée à l'idée de calibre, on

---

44. L'opportunité de la participation du Procureur général de la province n'est cependant pas réglée de manière claire dans l'arrêt *Douglas College* (p. 602), sinon pour affirmer que l'absence d'uniformité et d'homogénéité entre les organismes au plan de leurs fonctions, de leurs règles de preuve et de procédure, et de la rapidité de prise de décisions, explique que la participation du Procureur général «peut ne pas être appropriée dans le cas de tribunaux administratifs» (*Douglas College*, p. 602, citant l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Cuddy Chicks*) et que son absence ne représente pas un obstacle. Dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, la Cour suprême souligne que «la non-participation du procureur général impose injustement aux parties l'obligation de défendre un texte législatif», mais que le désavantage subi par les organismes ainsi privés d'un éclairage complet est théorique dans la mesure où il est en partie pallié par une participation effective, même si elle n'est que sporadique (*Cuddy Chicks*, p. 17-18). Il faut donc s'en remettre à la pratique pour juger.

45. *Douglas College*, p. 602 (juge La Forest).

46. *Cuddy Chicks*, p. 16.

retrouve la capacité de contribuer substantiellement au règlement d'une question constitutionnelle grâce au dossier établi au niveau de l'organisme avant que le litige n'atteigne un tribunal supérieur. L'arrêt *Douglas College* précise que cet avantage découle de l'expertise de l'organisme, elle-même perçue comme la garantie qu'une opinion éclairée sera apportée au litige; par la reconnaissance de sa compétence, l'avantage «qu'offre l'examen de questions relatives à la *Charte* au niveau administratif [est] celui de pouvoir compter sur l'expertise du tribunal»<sup>47</sup>.

La structure du régime administratif importe dans la mesure où, comme dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*, le régime formé par les trois instances de l'assurance-chômage est abordé comme un tout afin d'identifier la possibilité de préserver au moins au niveau de l'une d'entre elles les avantages pratiques «à permettre aux tribunaux administratifs de statuer sur des questions constitutionnelles». En l'espèce, «même si la compétence de trancher des litiges relatifs à la *Charte* ne ressortit pas au conseil», «la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* prévoit la possibilité d'un appel devant un juge-arbitre possédant cette compétence», dit-elle<sup>48</sup>. L'existence à l'intérieur «du processus administratif» d'un niveau d'appel compétent en ce sens apparaît comme une condition et permet de faire trancher la question constitutionnelle par le dernier niveau<sup>49</sup>.

Le contrôle judiciaire constitue un troisième bloc, sous deux aspects. En faveur de la reconnaissance de cette compétence milite d'abord le caractère «marginal» du contrôle judiciaire qui résulte du nombre limité des décisions administratives contestées<sup>50</sup>: un lien implicite semble avoir été effectué entre ce caractère et le calibre de l'organisme. Quant à la disponibilité d'un recours de rechange au contrôle judiciaire<sup>51</sup>, plus accessible que ce dernier et moins coûteux pour le requérant<sup>52</sup>, l'avantage pratique considéré consiste en effet en l'existence d'un «recours autre que le processus judiciaire normal»,

---

47. *Tétreault-Gadoury*, p. 36. Dans cet arrêt *Tétreault-Gadoury*, la Cour suprême note que, «grâce à sa vaste expérience de l'économie de la loi, le juge-arbitre apportera un éclairage qui rendra précieuse sa contribution à la décision sur la question constitutionnelle» (p. 36): la garantie de l'éclairage voulu est ainsi reliée directement à la possession de l'expertise.

48. *Id.*, p. 35.

49. *Id.*, p. 36 (juge La Forest): en présence de «la possibilité d'interjeter appel devant un organisme administratif investi du pouvoir de prendre en considération des arguments d'ordre constitutionnel, le besoin de faire trancher la question constitutionnelle par le tribunal de premier ressort n'est pas aussi grand».

50. *Douglas College*, p. 604.

51. *Tétreault-Gadoury*, p. 35.

52. *Douglas College*, p. 604.

caractérisé par l'accessibilité plus grande propre aux organismes administratifs<sup>53</sup>.

#### 1.2.3.4. Les considérations favorables: le «champ normal» d'expertise et la fonction juridictionnelle

L'une des dimensions de la question étudiée est de savoir quelle portée attribuer au silence de la loi. Peut-on d'abord déduire du silence de la loi une absence de capacité effective de l'organisme à décider des questions relatives à la *Charte*? Les trois arrêts esquissent une réponse. Après avoir souligné qu'il est improbable que le silence de la loi soit un oubli, le juge La Forest s'efforce, dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*, de dissocier le silence de la loi de la capacité réelle d'un organisme de se prononcer sur des questions relatives à la *Charte*<sup>54</sup>. Mais si le silence de la loi n'indique pas que le législateur a voulu signaler une absence de capacité effective de l'organisme en cause, qu'indique-t-il? La réponse n'est pas donnée directement mais découle de l'analyse de la capacité pratique respective des trois instances du régime de l'assurance-chômage de traiter de questions relatives à la *Charte* et du bilan des avantages et des coûts entraînés pour chacune d'elles par la tâche de décider de telles questions<sup>55</sup>. Cette manière d'envisager la difficulté fait appel à un jugement sur l'aptitude organisationnelle de l'organisme mais aussi au nombre d'instances au sein d'un régime car la présence d'un régime à plusieurs instances introduit une dimension comparative que l'on ne retrouve pas par définition dans un régime à instance unique. Les arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks* indiquent également qu'il y a eu évolution de la perception de la Cour suprême quant au degré de complexité des questions constitutionnelles par rapport à l'aptitude des organismes.

Dans l'arrêt *Douglas College*, le juge La Forest tend en effet à minimiser les difficultés d'application de la *Charte* pour un arbitre par rapport à la complexité même des questions constitutionnelles<sup>56</sup> de même que son manque de «capacité» organisationnelle de les régler<sup>57</sup>.

53. *Tétreault-Gadoury*, p. 35-36.

54. *Id.*, p. 33-34: «Il ne s'ensuit pas [de l'absence de pouvoir du conseil arbitral d'interpréter la loi] forcément, toutefois, que le conseil arbitral soit dans l'incapacité pratique de se prononcer sur des questions relatives à la *Charte*».

55. *Id.*, p. 34.

56. *Douglas College*, p. 596: «je reconnais ... que l'application de la *Charte* compliquera davantage la tâche de l'arbitre».

57. *Id.*, p. 596-597: à l'argument voulant que «le processus relativement informel de l'arbitrage n'est pas bien adapté au volume ou à la nature de la preuve présentée dans des demandes fondées sur la *Charte*» (argument auquel il reconnaît «un

Dans ce même arrêt, s'il reconnaît l'importance d'une organisation adéquate des organismes administratifs à qui seraient déléguées des fonctions de type judiciaire<sup>58</sup>, c'est pour souligner aussitôt que, dans l'optique du bilan des avantages et des inconvénients, «il y a également des avantages certains pour le processus décisionnel à permettre que des procédures simples, expéditives et peu coûteuses d'organismes d'arbitrage et administratifs fassent le tri des faits et établissent un dossier pour le bénéfice d'un tribunal d'appel. Sur cette question comme sur d'autres, il est important de bénéficier de l'expertise de l'arbitre ou de l'organisme»<sup>59</sup>. Par contre, après avoir affirmé qu'un examen attentif est exigé pour décider de questions constitutionnelles, le caractère simple de la procédure du conseil arbitral est jugé incompatible avec cette tâche dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*, laquelle tâche est réservée à la procédure «judicialisée» du juge-arbitre, et la constitution d'un dossier refusée au conseil arbitral sans que le bénéfice qu'aurait pu en retirer le juge-arbitre ait été pris en compte. De fait, comme le juge La Forest le souligne dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, «l'arrêt *Douglas College* comportait l'analyse des caractéristiques institutionnelles des tribunaux administratifs, comme leur champ restreint d'expertise et la rapidité avec laquelle ils traitent des questions dont ils sont saisis, par rapport à la nature fondamentale et souvent complexe des questions ayant trait à la *Charte*»<sup>60</sup>. L'évolution perceptible entre les deux arrêts est en effet directement attribuable à une accentuation de l'expertise en tant que facteur central.

Alors que le nombre de dossiers à trancher (la justice de masse) et la rapidité (une procédure expéditive) sont utilisés pour caractériser l'action de la Commission de l'emploi et de l'immigration, les critères retenus pour celle du juge-arbitre sont «la formation et l'expérience juridique approfondies exigées des juges de cette cour [la Cour fédérale, parmi lesquels sont nommés les juges-arbitres]», et le fait que «la décision sur [la question constitutionnelle] n'excédera pas le champ normal d'expertise du [juge-arbitre]» et «ne retardera pas indûment les procédures»<sup>61</sup>. Cette notation signifie-t-elle que le noyau dur de l'aptitude organisationnelle ou de l'expertise se réduit

---

certain mérite»), le juge La Forest oppose qu'il «ne [peut] accepter la prétention du collègue que l'interprétation et l'application de la *Charte* est très différente de l'application des lois ordinaires dont sont chargés les arbitres. Par exemple, il y a peu de différence avec certaines dispositions des codes sur les droits de la personne que les arbitres peuvent déclarer prévaloir sur des dispositions de conventions collectives».

58. *Id.*, p. 601.

59. *Id.*, p. 604-605.

60. *Cuddy Chicks*, p. 16.

61. *Tétreault-Gadoury*, p. 34.

aux critères du champ normal d'expertise et de la fonction juridictionnelle (c'est-à-dire, de juge) d'un organisme? La situation intermédiaire du conseil arbitral de l'assurance-chômage ne permet pas de l'affirmer.

Dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*, ce dernier fut jugé, «au point de vue institutionnel et fonctionnel», faire partie «des organismes judiciaires et quasi judiciaires de facture similaire [à celle des juges-arbitres], bien qu'il y ait entre eux des variantes quant à l'exercice de leur juridiction»<sup>62</sup>. Cette notation laisse supposer que des critères identiques ont servi à évaluer la capacité des juges-arbitres et du conseil arbitral, mais le juge La Forest conclut cependant que, «bien que cette appréciation de l'expertise et des capacités pratiques du Conseil puisse être juste, elle ne peut supplanter l'intention expresse du législateur de conférer le pouvoir d'interpréter la loi au juge-arbitre et non au conseil arbitral»<sup>63</sup>. Cette explication nous paraît insuffisante. D'une part, la Cour suprême ne précise pas quel est l'autre critère justifiant le traitement inégal du conseil-arbitral malgré la «facture similaire» qui existe entre lui et le juge-arbitre «au point de vue institutionnel et fonctionnel»; d'autre part, la cour se replie finalement sur la volonté expresse du législateur de conférer le pouvoir en question au juge-arbitre pour la refuser au conseil arbitral, bien que l'appréciation effectuée par la Cour d'appel fédérale «de l'expertise et des capacités pratiques du Conseil puisse être juste» et aurait pu fonder la compétence de ce dernier.

De fait, la Cour suprême conclut «qu'en dépit de la capacité pratique du conseil arbitral, ... il convient davantage de présenter la question constitutionnelle au juge-arbitre»<sup>64</sup>. Ceci représente un argument d'opportunité. Le critère susceptible d'expliquer cette conclusion réside dans cette phrase: «La formation et l'expérience juridiques approfondies exigées des juges de cette cour [la Cour fédérale] sont, pour le justiciable, le gage que la question constitutionnelle sera tranchée avec compétence»<sup>65</sup>. Ce critère est celui de la «confiance» ressentie par la Cour suprême. Celui du «champ normal d'expertise» y ajoute peu, sinon pour renforcer l'idée que le droit est le champ d'expertise par excellence «d'un tribunal situé à un niveau plus élevé dans la hiérarchie administrative, dont les fonctions seraient davantage de nature juridictionnelle [par opposition à la fonction de rendre rapidement des décisions de première ligne en grand nombre – la «justice de masse»] – c'est-à-dire un tribunal fréquemment appelé à

62. *Id.*, p. 34, citant l'arrêt de la Cour d'appel fédérale.

63. *Id.*, p. 34-35.

64. *Id.*, p. 35.

65. *Id.*, p. 34.



résoudre des questions de droit ou de fait conformément à des règles législatives ou des règlements»<sup>66</sup>. Le juge-arbitre a servi de modèle pour décrire le tribunal-type idéal à qui confier le pouvoir de décider de questions constitutionnelles<sup>67</sup>. Toutefois, dans le corps même du texte de l'arrêt, l'argumentation centrée sur la compétence juridictionnelle de l'organisme ne précède pas la mention du critère de la confiance, elle la suit. Par une sorte d'aveu, le poids qu'accorde la Cour suprême à l'expertise, elle le définit par la nature juridictionnelle («adjudicative») de l'organisme, l'importance de cette activité dans ses fonctions, la fréquence de l'exercice de la fonction «judiciaire» de décider en droit, et le niveau hiérarchique de l'organisme, mais sans faire allusion au volume des affaires. Ce dernier, caractéristique des organismes qui rendent une «justice de masse», apparaît parmi les considérations défavorables à une reconnaissance de la compétence de décider de questions relatives à la *Charte*.

#### 1.2.3.5. Les considérations défavorables: les caractéristiques institutionnelles et procédurales

Les considérations défavorables recourent les trois sujets déjà mentionnés: la compétence de décider des questions de droit, l'aptitude ou la capacité organisationnelle d'un organisme, et la confiance du juge dans les «grands» organismes (qui sera abordée séparément).

C'est au titre de la compétence de décider des questions de droit incluant des questions relatives à la *Charte*, que sont abordées les aspects procéduraux du fonctionnement des organismes car la délimitation de leur «champ normal d'expertise» fait intervenir des questions telles que des retards dysfonctionnels et la nature des fonctions exercées. Certaines considérations ont été reliées par la Cour suprême à l'expertise plutôt qu'à la capacité organisationnelle: cette manière de voir accentue la manipulation de la technique du bilan avantages/inconvénients pour décider de l'opportunité de reconnaître la compétence d'un organisme. Les deux préoccupations majeures sont la rapidité obligatoire du processus décisionnel et le volume des affaires à traiter. La première est jugée incompatible avec l'objet même de la compétence recherchée: «l'examen attentif que requiert l'analyse de questions constitutionnelles est fondamentalement aux

---

66. *Id.*, p. 36-37.

67. *Id.*, p. 37: il «est probable qu'un [tel] tribunal ... serait mieux en mesure de recevoir des arguments et de trancher des questions constitutionnelles qu'un tribunal appelé avant tout à constater des faits. C'est à ce type de tribunal que correspond le juge-arbitre».

antipodes de la procédure expéditive que doit suivre la Commission [de l'emploi et de l'immigration] afin de remplir les fonctions pour lesquelles elle a été conçue»<sup>68</sup>. Quant au volume des affaires à traiter, son poids est rendu par l'utilisation de la notion d'entrave par la Cour suprême pour souligner son double souci de ne pas affecter le déroulement du processus administratif et de ne pas banaliser l'examen de questions constitutionnelles<sup>69</sup>, lesquelles requièrent un «examen attentif»<sup>70</sup>.

#### 1.2.3.6. La confiance (subjective) du juge dans les «grands» organismes

Dans l'arrêt *Douglas College*, le juge La Forest souligne que «les tribunaux [administratifs<sup>71</sup>], et les commissions des relations du travail en particulier, sont reconnus compétents depuis un certain temps déjà pour examiner des questions constitutionnelles»<sup>72</sup>. Après en avoir fait l'historique, la Cour suprême conclut que l'étendre au domaine de la *Charte* «n'est que la progression naturelle d'un principe bien établi» du pouvoir «restreint, mais important» des commissions et tribunaux de relations du travail de se prononcer sur les questions constitutionnelles ayant trait à leur propre compétence<sup>73</sup>. La difficulté relative à l'application de la *Charte* se réduirait dès lors dans chaque cas à la question de savoir si ce «rôle restreint, mais important» en matière constitutionnelle, vis-à-vis duquel le principe de retenue judiciaire n'est pas applicable<sup>74</sup>, doit être élargi. La démonstration avancée vaut-elle pour l'ensemble des organismes, considérant que l'arrêt *Tétreault-Gadoury* ne vise pas le domaine des relations de travail, contrairement aux deux autres arrêts.

68. *Id.*, p. 34: la Cour suprême juge que lui «demander en plus [de sa fonction «de rendre toutes les décisions initiales»] d'entendre les contestations d'ordre constitutionnel entraverait sans nul doute l'important processus visant à assurer le versement aussi rapide que possible des prestations aux requérants et contreviendrait à l'objet même de la Loi. L'examen attentif que requiert l'analyse de questions constitutionnelles est fondamentalement aux antipodes de la procédure expéditive que doit suivre la Commission afin de remplir les fonctions pour lesquelles elle a été conçue».

69. *Id.*, p. 36: «en raison simplement du nombre considérable d'affaires que certains organismes administratifs doivent entendre, il serait en effet hautement irréaliste, sinon impossible de s'attendre à ce qu'ils puissent se prononcer sur des questions constitutionnelles».

70. *Id.*, p. 34.

71. Le texte anglais original utilise le mot «tribunals».

72. *Douglas College*, p. 599.

73. *Cuddy Chicks*, p. 18-19.

74. *Douglas College*, p. 605; *Cuddy Chicks*, p. 17; *Tétreault-Gadoury*, p. 33.

La question de «confiance» est abordée de front dans l'arrêt *Cuddy Chicks* à propos des commissions des relations du travail dont le haut calibre est souligné<sup>75</sup>. Le juge La Forest appuie cette idée sur le principe de retenue en matière de contrôle judiciaire<sup>76</sup> et ajoute ceci pour enfoncer le clou: «le processus consistant à rendre des décisions à la lumière de la *Charte* ne se limite pas à des ruminations abstraites sur la théorie constitutionnelle. Lorsque des questions relatives à la *Charte* sont soulevées dans un contexte de réglementation donné, la capacité du décisionnaire d'analyser des considérations de principe opposées est fondamentale»<sup>77</sup>. Il note aussi que la CRTO manifeste une «capacité de compiler un dossier convaincant» et souligne «qu'un tribunal spécialisé du calibre de la Commission peut appliquer son expertise de façon très fonctionnelle et productive à trancher les questions relatives à la *Charte* qui requièrent cette expertise»<sup>78</sup>. On ne saurait être plus clair tout en évitant d'offenser personne ouvertement mais sans omettre de signaler qu'aux yeux de la Cour suprême, il existe effectivement des organismes plus crédibles que d'autres... La question méritait d'être soulevée en son principe. La question de «confiance» est également abordée dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury* sous l'angle de la formation et de l'expertise d'un juge en tant que garantie de sa crédibilité et gage de la confiance du justiciable. Ce dernier arrêt l'aborde aussi indirectement en évoquant le principe de retenue judiciaire à l'égard de l'interprétation d'un texte législatif par un tribunal administratif. Avant d'envisager comment la démarche qui se dégage des trois arrêts peut être appliquée de manière globale, examinons l'approche interprétative de la Cour suprême ainsi que la technique du bilan.

### **1.3. L'approche interprétative de la Cour suprême et la technique du bilan**

L'arrêt *Tétreault-Gadoury* démontre comment utiliser la technique du bilan<sup>79</sup>. Cependant, elle n'est qu'un élément d'une démarche qui fait aussi appel à l'interprétation des textes habilitants.

75. *Cuddy Chicks*, p. 16 (juge La Forest): «la considération [d'ordre pratique] primordiale» est qu'elles sont «des organismes de haut calibre. Le modèle tripartite qui a été adopté presque uniformément dans tout le pays allie l'expertise et la vaste expérience avec l'acceptabilité et la crédibilité».

76. Le juge La Forest cite un extrait de l'arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, qui fonde précisément le principe de retenue en matière de contrôle judiciaire sur l'expertise des commissions de relations de travail en tant que tribunaux administratifs spécialisés.

77. *Cuddy Chicks*, p. 16-17.

78. *Id.*, p. 17, 18.

79. Voir notamment *Tétreault-Gadoury*, p. 36-37.

Dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, le juge La Forest précise qu'«À l'instar de tous les principes généraux d'interprétation législative, la maxime *expressio unius est exclusio alterius* doit être appliquée avec prudence», puis souligne que le principe de retenue judiciaire «joue généralement quant à l'interprétation d'un texte législatif relevant du champ d'expertise du tribunal [administratif] lorsque ce dernier a été investi du pouvoir d'interpréter la loi», avant d'enchaîner: «Il est *par conséquent* improbable que le fait que le conseil arbitral ne jouisse pas d'un pouvoir semblable à celui du juge-arbitre résulte d'un simple oubli»<sup>80</sup>. Cette proposition procède de l'idée qu'«à juste titre, le pouvoir d'interpréter la loi n'est pas de ceux que le législateur a conférés à la légère aux tribunaux administratifs»<sup>81</sup>. Cette proposition est fondée sur un argument clair, quoique implicite, à l'effet que, sans refléter nécessairement «un manque de confiance» de la part du législateur fédéral, le silence de la loi révélait que ce législateur n'avait pas voulu consacrer l'expertise du conseil arbitral de l'assurance-chômage en lui accordant le pouvoir d'interpréter la loi. L'idée voulant que «le pouvoir d'interpréter la loi n'est pas de ceux que le législateur a conféré à la légère aux tribunaux administratifs» signifie que la crédibilité d'un organisme est un facteur déterminant dont le poids est élevé, mais la manière de parvenir à cette idée ne laisse pas d'étonner.

La retenue judiciaire sert habituellement à expliquer la portée du contrôle judiciaire à l'égard de l'exercice d'un pouvoir d'interpréter la loi déjà accordé à un organisme: elle a été invoquée dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury* pour décider de la possession même de ce pouvoir. La proposition formulée par le juge La Forest contient une signification *a contrario*. Elle inverse le fondement de la retenue judiciaire appliquée en matière de contrôle judiciaire: dans ce dernier, la retenue judiciaire est le corollaire de l'expertise d'un organisme. La Cour suprême en déduit que le législateur lie implicitement la *possession* du pouvoir d'interpréter la loi à l'expertise, alors que la retenue en matière de contrôle judiciaire part du pouvoir et du degré d'expertise pour définir la mesure du contrôle de l'exercice de la compétence possédée. De plus, la Cour suprême tend à signaler qu'elle ne sera pas disposée *a priori* à reconnaître libéralement la possession de la compétence de décider de questions relatives à la *Charte*. Cette manière de voir est en partie justifiée dans la mesure où le législateur peut, s'il le veut, accorder expressément le pouvoir de décider de questions relatives à la *Charte*, ou l'accorder implicitement en conférant le pouvoir d'interpréter la loi puisqu'il est présumé connaître la jurispru-

80. *Id.*, p. 33 (notre italique).

81. *Id.*, p. 33.

dence. Toutefois, la proposition du juge La Forest relative à la retenue judiciaire peut aussi être lue *a minori* en ce sens qu'elle laisse croire que si le pouvoir d'interpréter la loi n'a pas été accordé, il faut y voir un indice implicite de «manque de confiance» du législateur.

De fait, à défaut de penser qu'il s'agit d'un oubli véritable (hypothèse disponible en théorie), l'alternative est de voir dans «l'oubli» du législateur soit un «manque de confiance» de sa part en l'organisme, soit un indice d'absence d'expertise de cet organisme. La proposition du juge La Forest semble supposer le «manque de confiance» comme hypothèse préalable à l'interprétation de la volonté du législateur. Cette perception de la Cour suprême est elle-même problématique. Si la démarche débouche, dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, sur la conclusion de l'absence d'expertise du conseil arbitral, l'hypothèse de l'oubli du législateur est considérée n'être qu'*improbable* au départ de l'analyse. La démarche revient, grâce au bilan des avantages et des coûts, à entreprendre de nous convaincre qu'il fallait écarter l'hypothèse d'un oubli *involontaire* de la part du législateur et qu'il faut faire finalement primer le texte, par un retour à l'interprétation, *en concluant à un oubli voulu* par le législateur. Au terme de cette analyse, il convient d'envisager d'en appliquer les éléments.

#### **1.4. Essai d'application des critères en vue d'une classification des organismes provinciaux**

##### *1.4.1. Tableau des critères à appliquer*

Exception faite du lien (préalable) de connexité entre la compétence matérielle et personnelle de l'organisme et la question relative à la *Charte* à décider, ainsi que de l'absence de séparation rigide des pouvoirs constitutionnels au Canada, l'ensemble des facteurs inventoriés dans les trois arrêts étudiés peut être regroupé sous la forme d'un tableau afin de reconstituer (arbitrairement) en ordre séquentiel la démarche en vue de l'appliquer à un organisme donné.

**A. Examen du mandat législatif exprès de l'organisme** par l'identification d'un pouvoir formel de dire le droit

**B. Si la loi habilitante de l'organisme est silencieuse**, application des facteurs qui suivent:

*B1. Facteurs communs à l'ensemble des organismes et tribunaux administratifs*

B11. Fréquence peu élevée de l'accueil du contrôle judiciaire contre l'organisme (**facteur positif**)

B12. Disponibilité d'un recours alternatif au contrôle judiciaire, peu coûteux et facilement accessible (**facteur positif**)

B13. Nature ou compétence de nature «judiciaire ou quasi judiciaire» (axée principalement sur les questions de droit et sur la procédure de type «judiciaire» ) (**facteur positif**)

B14. Calibre et expertise de l'organisme (la «confiance») (et capacité d'élaborer un dossier sur des questions complexes) (**facteur positif**)

B15. Volume important d'affaires ou «justice de masse» (**facteur négatif**)

B16. Caractère expéditif et rapidité nécessaire du processus (**facteur négatif**)

*B2. Régimes à organisme unique*

B21 (B13). Capacité de gérer l'instruction et l'audition d'une question constitutionnelle (*cf.* art. 95 C.p.c.) (**facteur positif**)

B22. Capacité d'élaborer (au profit des cours supérieures) un dossier sur une question constitutionnelle mais **avec rapidité et sans coûts élevés** (**facteur positif contraire à B13**)

B23. Calibre et expertise **peuvent pallier** le caractère simple de la procédure et le manque de capacité organisationnelle à décider de questions complexes (**dérogation à B13**)

*B3. Régimes à instances ou organismes multiples*

B31. Application du facteur A: Examen du mandat législatif exprès des autres instances ou organismes formant le régime pour déterminer si une autre instance dispose expressément du pouvoir de dire le droit (par ex., une compétence d'appel) (**facteur défavorable à l'organisme en cause**)

B32. Application des facteurs communs B13 à B16: Évaluation **comparative** des instances ou organismes formant le régime pour décider si un organisme ou une instance doit être préférée à l'organisme en cause

B321 (B13). Fonction juridictionnelle (c.-à-d. de juge; ou «judiciaire ou quasi judiciaire») comme «champ normal d'expertise» (axée principalement sur le droit) (**facteur favorable**)

B322 (B13). Capacité pratique et aptitude organisationnelle à décider de questions complexes, notamment par une procédure de type «judiciaire» (**facteur favorable**)

B323 (B14). Formation juridique, expérience de l'application du droit et expertise (calibre et «confiance») (**facteur favorable**)

B324 (B15). Volume important d'affaires ou «justice de masse» (**facteur défavorable**)

B324 (B16). Caractère expéditif et rapidité nécessaire du processus (**facteur défavorable**)

#### 1.4.2. *Nature formelle et degré de précision des critères et facteurs à appliquer*

Les critères de nature formelle sont prédominants. Une première série permet de décrire le statut, l'organisation, la fonction et l'activité décisionnelle, le fonctionnement de l'organisme et la nature des questions à décider. Les éléments pertinents comprennent le mandat législatif exprès d'un organisme, le caractère de la procédure (qu'elle soit judiciaire, simple ou expéditive), la fonction juridictionnelle (et l'expérience en tant que juge), la notion de question constitutionnelle, la formation juridique, le statut de juge judiciaire, la structure interne de l'organisme (lien avec sa capacité organisationnelle).

Une seconde série comprend le volume des affaires, la fréquence du contrôle judiciaire, les coûts et la rapidité d'un processus, et la capacité organisationnelle. Cette seconde série se rapproche de la première en ce qu'elle comprend des éléments objectifs (et non pas formels) et chiffrés pour les quatre premiers. Une dimension qualitative (et peut-être semi-subjective) est présente dans l'appréciation de



la capacité organisationnelle et de la fréquence du contrôle judiciaire: l'absence de recours en évocation peut, par exemple, être expliquée par un manque de ressources financières ou d'information des citoyens insatisfaits. En outre, les quatre premiers impliquent une dimension qualitative et comparative dans l'appréciation de la fréquence du contrôle judiciaire – laquelle est reliée à la confiance en l'organisme si l'on y voit une référence directe au degré de satisfaction des justiciables et indirecte à la doctrine de la retenue judiciaire – et dans le caractère de «justice de masse» du volume des affaires, ainsi qu'un aspect quantitatif par rapport aux seuils pertinents (fréquences, nombre de dossiers, volume d'affaires).

Les éléments de nature non formelle concernent, quant à eux, la confiance et le calibre de l'organisme; ces éléments sont également de nature qualitative, subjective et imprécise.

En matière de précision, les éléments reflétant un degré assez élevé incluent la faiblesse des coûts, le volume des affaires, la rapidité du processus, la facture judiciaire (définie par la compétence formelle de décider de questions de droit et une procédure de type judiciaire similaire à celle d'une cour de justice), la formation juridique, le statut de juge judiciaire, l'étendue de l'expérience en tant que «juge», la capacité organisationnelle et pratique de gérer un dossier constitutionnel (définie par analogie à l'enquête et l'audition judiciaires), la notion de question constitutionnelle et celle de question de droit.

Un degré moindre de précision se retrouve dans la fréquence peu élevée de l'accueil du contrôle judiciaire, la notion d'accessibilité d'un recours de rechange à ce contrôle, la capacité de monter un dossier complexe (à moins de l'apprécier sans doute par l'utilisation d'une procédure de type judiciaire suffisamment proche du modèle du procès civil), la notion **matérielle** de compétence de nature «judiciaire ou quasi judiciaire», la notion de rapidité de constitution d'un dossier, la notion de question ou de dossier complexe. Cette seconde série fait intervenir des perceptions et des attitudes (subjectives) relativement à la justice administrative, sa qualité et son calibre, et à la notion même de tribunal administratif. Le degré de précision des critères à appliquer dépend ainsi du caractère formel et/ou objectif des éléments en cause. Les éléments les moins précis font précisément intervenir un haut degré de subjectivité et/ou d'appréciation qualitative et rendent davantage problématique l'application de la démarche de la Cour suprême.

Si les critères utilisés sont largement de nature formelle et moins largement de nature objective, de plus, ils n'ont pas été appliqués expressément de manière égale. Seuls le critère du «champ normal d'expertise» et celui des retards dysfonctionnels qu'entraînerait l'obligation d'entendre et d'analyser de questions constitutionnelles, ont été appliqués méthodiquement aux trois instances de l'assurance-chômage pour ne jouer successivement qu'en faveur de la reconnaissance de la compétence du seul juge-arbitre. Le critère non formel de la «confiance» n'a été explicité qu'à l'endroit du juge-arbitre, et ce dans un sens favorable, mais il l'a aussi été appliqué implicitement ou indirectement aux deux autres instances par le biais de l'appréciation de leur «champ normal d'expertise», et ce dans un sens défavorable. Sans doute était-il inutile d'en répéter la démonstration?

Au demeurant, c'est la conclusion elle-même qui soulève une première difficulté. Il manque un critère formel permettant de justifier, voire légitimer, la conclusion selon laquelle l'expertise et les capacités pratiques pourront dans certains cas, comme celui du conseil arbitral de l'assurance-chômage, être considérés insuffisants: la Cour suprême indique en effet qu'il ne suffit pas qu'un organisme ait la capacité pratique de décider de questions relatives à la *Charte* car il faut que la Cour suprême juge opportun de lui en reconnaître la compétence en suppléant au silence de la loi par le biais de l'interprétation, ainsi que l'indique le juge La Forest dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury*<sup>82</sup>. En d'autres termes, la Cour suprême se réserve de suppléer et supplée sa propre confiance à celle, non exprimée, du législateur. Au plan de la mise en œuvre dans un dossier donné des critères avancés par la Cour, c'est à une démarche identique qu'est confronté le juriste de l'État: ce dernier doit préciser et objectiver le niveau de confiance envers l'organisme en cause avant d'opiner que ce dernier peut être considéré posséder la compétence de décider une question relative à la *Charte*. La tâche risque d'être compliquée et de froisser certains.

Toujours au plan de la mise en œuvre, une seconde difficulté, moindre toutefois que la précédente, résulte de l'imbrication des éléments d'interprétation de la compétence d'un organisme et des considérations pratiques pertinentes. Ainsi, les critères de l'expertise et de la capacité réelle utilisés dans l'affaire *Tétreault-Gadoury* sont largement axés sur des dimensions pratiques et furent suivis de développements sur les avantages pratiques de telle ou telle solution. L'analyse de la compétence que l'on retrouve dans cet arrêt ne ren-

---

82. *Tétreault-Gadoury*, p. 34-35.

ferme pas tous les principes servant à interpréter la compétence<sup>83</sup>: de fait, l'arrêt *Tétreault-Gadoury* indique que les considérations pratiques servent aussi à interpréter l'étendue de la compétence, conformément à la technique du bilan coûts-avantages.

L'analyse ramène finalement aux critères de l'expertise et à celle-ci en tant que condition préalable de la possession de la compétence effective de statuer en matière de *Charte* et de sa reconnaissance. Cette question est abordée, dans les trois arrêts, de manière négative ou *a contrario*, c'est-à-dire, en analysant, pour les écarter le cas échéant, les considérations négatives susceptibles de former des obstacles à cette reconnaissance plutôt que de manière positive directe. L'utilisation de la technique du bilan indique aussi que la solution implique un passage du mode de l'interprétation à celui du jugement d'*opportunité* sur la possession d'une compétence. Ce passage suppose que le juriste articule sa propre conception de la répartition de l'autorité au sein du réseau des organismes et tribunaux administratifs. Ce que la Cour suprême n'a pas hésité à effectuer.

#### 1.4.3. Approche sommaire d'une double classification des organismes visés par l'application de ces critères

Il découle des remarques précédentes que les critères sont plus faciles à appliquer en procédant *a contrario* et par élimination en commençant par les facteurs qui représentent des obstacles, suivis ensuite par ceux, négatifs, de disqualification. La Cour suprême n'indique pas cependant de barème utile du poids relatif de chaque critère, elle s'est limitée à indiquer que des carences peuvent être palliées.

On ne peut affirmer que la possession formelle d'un pouvoir exprès de décider de questions de droit règle la difficulté. Selon l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, «[n]ormalement, c'est le mandat que le législateur a confié de façon expresse à un tribunal donné qui sera le facteur le plus important pour déterminer si ce tribunal possède le pouvoir de déclarer une disposition incompatible avec la *Charte*»<sup>84</sup>. La Cour

---

83. La division de la matière entre ces avantages pratiques, traités sous ce titre aux pages 35-37 de l'arrêt, et l'analyse de la compétence contenue aux pages 33-35 de l'arrêt ne permet pas de conclure que seule cette dernière renferme les principes d'interprétation de la compétence. L'imbrication constatée oblige à considérer que la démarche générale expliquée dans l'arrêt *Douglas College* qui traite séparément l'interprétation de la compétence et les considérations pratiques dont il faut tenir compte, n'est pas rigide: cf. arrêt *Douglas College*, p. 599-605.

84. *Tétreault-Gadoury*, p. 32.

suprême n'a pas dit que le mandat exprès sera «normalement» le facteur «concluant»: elle réserve en effet la prise en considération d'autres facteurs si le législateur ne s'est pas exprimé formellement pour accorder à un organisme le pouvoir d'examiner des questions relatives à la *Charte* (ou pour le lui interdire), quand même aurait-il attribué celui de décider sur le droit<sup>85</sup>. Cette interprétation découle de l'ensemble des facteurs communs à tous les organismes, de la théorie de la confiance et de l'explication de l'oubli exposées auparavant.

Les deux critères (négatifs ou défavorables) du volume d'affaires élevé typique de la justice administrative de masse et du caractère expéditif nécessaire de la procédure permettent ensuite d'exclure *a priori* les organismes qui, n'étant pas de facture «judiciaire ou quasi judiciaire», ne sont pas dotés du pouvoir exprès de statuer sur des questions de droit, rendent une justice administrative de masse et/ou doivent observer une procédure expéditive (et non pas de type judiciaire) sauf, *dans le cas des régimes à organisme unique*, ceux dont le calibre et l'expertise peuvent compenser la simplicité procédurale et à condition qu'ils aient la capacité d'élaborer utilement et rapidement, un dossier sur une question constitutionnelle. La situation des *régimes à instances ou organismes multiples* est plus délicate à résumer, sinon en avançant l'idée suivante: plus un organisme ou une instance formant partie d'un régime multiple sera de facture ou de compétence «judiciaire ou quasi judiciaire» sera composé de juges ou de personnes possédant une formation juridique, et aura acquis l'expérience de trancher des questions de droit, plus son calibre sera facilement reconnu ainsi que sa compétence de statuer en matière de *Charte*, en raison de la confiance qu'inspire un tel organisme.

Ces deux situations ne représentent pas cependant deux pôles car l'ensemble des critères laisse envisager une diversité de situations intermédiaires plus large qu'une dichotomie étreinte entre les organismes de justice administrative de masse chargés de décider rapidement en première ligne au terme d'une procédure simplifiée et peu contradictoire, et les tribunaux administratifs «judiciarisés» représentant des «quasi courts» à l'instar du juge-arbitre de l'assurance-chômage. L'insistance mise sur l'expertise et la réserve de mécanismes de compensation ne permettent pas d'affirmer que la mise en œuvre des critères oriente systématiquement l'analyse ou conduit à privilégier une instance correspondant dans ses grandes lignes à un organisme exécutant les fonctions de juge et ressemblant

---

85. *Id.*, p. 32.

le plus à un tribunal traditionnel. Il faut en effet tenir compte des caractéristiques propres à la justice administrative et du flou entourant l'attribut «quasi judiciaire» ou la notion de tribunal administratif.

Au vrai, la Cour suprême n'a expressément qualifié comme négatifs ou défavorables que trois facteurs: (1) un volume important d'affaires (la «justice de masse»); (2) le caractère expéditif et la rapidité obligatoire du processus, qui sont applicables à tous les organismes mais qui peuvent être palliés, s'il s'agit d'un régime à organisme unique, par la capacité d'élaborer avec rapidité et à peu de frais un dossier constitutionnel et par un haut calibre basé sur l'expertise; (3) l'existence, au sein d'un régime à organismes multiples, d'un autre organisme ou instance qui possède le pouvoir exprès d'interpréter le droit et serait comparativement mieux «qualifié». Tous les autres critères représentent plutôt des facteurs dont l'absence sera certes défavorable à un organisme mais non pas fatale, sauf le calibre dont l'absence est insurmontable. Si l'on peut ainsi envisager un premier «tri» rapide des organismes existants, l'application de l'ensemble des critères demeure problématique pour deux raisons.

D'une part, le critère double «calibre/confiance», commun à toute la famille des organismes et des tribunaux administratifs, demeure trop subjectif même s'il est objectivé en partie<sup>86</sup>. Par contre, considéré sous l'angle de la capacité organisationnelle et pratique de gérer et d'entendre des dossiers complexes, de l'expertise juridique et de la compétence juridictionnelle qui fondent la «confiance», le calibre permet d'identifier une catégorie dite de «grands organismes», ceux qui, précisément paraissent les plus aptes à décider de questions relatives à la *Charte*.

D'autre part, de nombreux éléments permettent d'envisager un éventail de solutions suffisamment large pour éviter qu'une dichotomie étriquée entre les organismes de justice administrative de masse et ces «grands organismes» pour la plupart «judicialisés» (dont le profil général les rapproche des tribunaux traditionnels) n'aboutisse à une justice administrative formée de deux classes ou à deux vitesses. Toutefois, prise dans son intégralité, la démarche de la Cour suprême ne peut empêcher que ne se forme, intuitivement, la conviction que l'existence d'une catégorie de tribunaux administratifs

---

86. Voir les critères de la fréquence du contrôle judiciaire, de la formation juridique, de l'expérience de juge et de la compétence principalement axée sur des questions de droit, *supra*, p. 75.

«véritables» demeure un paradigme, voire un idéal de la justice administrative.

1.4.4. *Compétence juridictionnelle, «confiance» et calibre:  
Examen de différentes classes d'organismes*

Sans viser à proposer une démonstration scientifique, le produit de plusieurs tentatives de classification va permettre de confirmer qu'une identification des «véritables tribunaux administratifs» soutend les trois arrêts étudiés, à la manière d'un leitmotiv. La comparaison des listes obtenues révèle en effet l'existence d'un noyau central.

1.4.4.1. Au Québec

Le Groupe de travail sur les tribunaux administratifs de 1971 concluait que «peuvent être retenus comme tribunaux les organismes ... qui entendent, par voie d'appel ou comme organismes de première instance ou d'arbitrage, des litiges ou différends relatifs à l'application d'une loi»<sup>87</sup>. La liste avancée comprenait, pour les premiers, 15 organismes, dont la Commission des loyers, la Commission de la fonction publique et la Commission d'appel de l'aide et des allocations familiales, et pour les seconds, 14 organismes, dont la Commission des accidents du travail et le Bureau d'expropriation de Montréal.

Le document publié par le Barreau du Québec en 1982, *Organismes exerçant des pouvoirs judiciaires ou quasi judiciaires*, donnait une liste de 99 organismes. Les lois examinées en date de 1981 indiquaient que seuls, la Commission des affaires sociales, le Conseil du référendum, le Tribunal de l'expropriation, le Bureau de révision de l'évaluation foncière, la Commission de la fonction publique et la Régie des services publics disposaient du pouvoir exprès de décider de questions de droit.

Par comparaison, le Document d'orientation en droit administratif n° 4 de 1983 du ministère de la Justice du Québec réduisait à 25 le nombre de tribunaux administratifs, c'est-à-dire, d'organismes «qui exercent des pouvoirs d'adjudication»: le document utilisait ainsi la fonction «adjudicative» comme critère de regroupement, et la définition contenue dans le rapport de 1971 du Groupe de travail sur les tribunaux administratifs<sup>88</sup>. La liste obtenue comprenait: la Commis-

87. *Groupe de travail sur les tribunaux administratifs, Les tribunaux administratifs au Québec*, Québec, Ministère de la Justice, 1971, p. 76.

88. *Propositions préliminaires de réforme: l'organisation des tribunaux administratifs et les règles de preuve et de procédure administrative*, Québec, ministère

sion de la fonction publique, la Commission des affaires sociales, le Conseil du référendum, le Tribunal de l'expropriation, le Bureau de révision de l'évaluation foncière, le Tribunal des professions, le Tribunal du travail, la Commission d'accès à l'information, la Régie du logement, la Commission québécoise des libérations conditionnelles et le juge des mines.

Plus récemment, le Rapport du Groupe de travail sur les tribunaux administratifs ne visait que 12 «grands» organismes de révision ne représentant qu'une partie seulement de ceux qui exercent une fonction juridictionnelle<sup>89</sup>, après exclusion des organismes de réglementation économique, des ministres, des organismes à fonction commerciale et de gestion de services ou à fonction consultative, et des sociétés en tout genre. Se fondant également sur la notion d'«adjudication» définie comme le fait de siéger «exclusivement ou principalement en révision de décisions initiale [sic] d'une autre administration, suivant un processus quasi judiciaire»<sup>90</sup>, le Rapport présente une liste comprenant la Commission d'accès à l'information, la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles, le Comité de révision de l'aide juridique, le Tribunal des professions, la Commission des affaires sociales, la Chambre de l'expropriation de la Cour provinciale, le Bureau de révision de l'évaluation foncière, la Commission de la fonction publique, la Commission québécoise des libérations conditionnelles et la Régie du logement.

Par rapport au document précédent, le noyau central de ce corps des «grands» organismes provinciaux paraît stable. Cette impression est confirmée par les exemples utilisés par la doctrine, notamment MM. Dussault et Borgeat<sup>91</sup> et Garant<sup>92</sup>: l'orientation est axée sur les

---

de la Justice, Direction du droit administratif, mai 1983. «Les organismes d'adjudication sont ceux qui exercent des fonctions comparables à celles des tribunaux judiciaires. Ils décident entre deux parties, soit deux administrés, soit l'Administration publique et un administré, suivant des normes, des exigences et un processus propres à l'Administration de la justice»: page 3.

89. Rapport du Groupe de travail sur les tribunaux administratifs, *L'heure est aux décisions*, Québec, 1987 (Rapport Ouellette), p. 22.

90. Rapport Ouellette, p. 28.

91. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, Québec, P.U.L., 2<sup>e</sup> éd., 1984, tome 1, p. 156, note 290 (la liste comprend les mêmes exemples classiques que le Document d'orientation du ministère de la Justice du Québec de 1983 et n'est pas sensiblement différente de la liste de 12 organismes retenus par la suite dans le Rapport Ouellette de 1987).

92. P. GARANT, *Droit administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 3<sup>e</sup> éd., 1991, volume 1, p. 164-165. La liste qu'il donne des 18 «tribunaux administratifs d'appel ou de révision ou d'adjudication» au Québec contient les 12 organismes retenus par le Rapport Ouellette de 1987.



«vrais» tribunaux administratifs, les illustrations sont identiques, il s'agit des «grands».

#### 1.4.4.2. Au fédéral et ailleurs

De manière comparable, et remarquable, une situation analogue prévaut au plan fédéral. Typiques de l'option en faveur de la distinction de deux classes d'organismes, on peut citer: (1) l'Association du Barreau canadien, *L'indépendance des tribunaux administratifs et organismes administratifs fédéraux au Canada*<sup>93</sup>; (2) le Rapport de la Commission de réforme du droit du Canada, *Les organismes administratifs autonomes*<sup>94</sup>; (3) le nouvel article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* (L.R.C., c. F-7; ci-après, *LCF*) en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> février 1992.

Malgré les «difficultés liées à la classification des instances administratives», le Rapport de l'Association du Barreau canadien retient la notion «générique» d'«instance juridictionnelle indépendante» pour définir un «tribunal»<sup>95</sup> et se fonde sur le critère de la compétence statutaire de «rendre la justice, [en appliquant] des principes juridiques à des demandes ... [sans régler] les questions pour des raisons de convenance ou de politique administrative», utilisée dans l'arrêt *Blaikie*<sup>96</sup> pour rapprocher les «instances administratives» des tribunaux judiciaires. Succombant inéluctablement à l'approche du type «shopping list», le Rapport de l'Association du Barreau canadien distingue deux classes d'organismes dans la «loi sur les tribunaux et organismes administratifs fédéraux» qu'il recommande d'adopter pour garantir leur indépendance. Les premiers comprendraient: le Tribunal canadien des droits de la personne, le Tribunal de l'aviation civile, le Tribunal de la concurrence, la Commission nationale des libérations conditionnelles et la Commission d'appel des pensions. Les seconds, des organismes «quasi judiciaires» chargés, contrairement aux premiers, d'élaborer les politiques qu'ils appliquent et de réglementer, tels que la Commission canadienne des droits de la personne, le CRTC, l'Office national de l'énergie, l'Office national des transports et le Commissariat aux langues officielles<sup>97</sup>.

93. *Association du Barreau canadien*, Rapport du groupe de travail, *L'indépendance des tribunaux administratifs et organismes administratifs fédéraux au Canada*, Ottawa, Septembre 1990 (Rapport Ratushny).

94. Commission de réforme du droit du Canada, Rapport 26, *Les organismes administratifs autonomes*, Ottawa, 1985.

95. Rapport Ratushny, p. 53 et 56.

96. *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, 1028.

97. Rapport Ratushny, p. 56, 58.

Cette vision axée sur le caractère «judiciaire» des organismes pour en déterminer la «classe» (au double sens propre et figuré) correspond, malgré son caractère parfois quasi obsessionnel, à une manière mi-intuitive et mi-pragmatique de percevoir les organismes et à un souci d'évaluer la qualité d'une justice administrative dont la place sans cesse grandissante ne peut dispenser d'en ignorer les échecs et les faiblesses. Pour cette raison, du point de vue de la pratique, on comprend mieux que le calibre souhaité est défini par la capacité pratique et organisationnelle de l'organisme de gérer des dossiers complexes et de statuer adéquatement sur des questions complexes. Cette capacité est exigée par l'équité autant que par l'idée de promouvoir une expertise. Le rapport de l'ABC sur *L'indépendance des tribunaux administratifs et organismes administratifs fédéraux au Canada* avance ainsi que, «bien qu'une certaine expertise soit souhaitable au sein de certains de ces organismes [juridictionnels], les impératifs les plus pressants sont l'aptitude à tenir des audiences avec un haut niveau d'équité, de tirer des conclusions de fait et de rendre des décisions rationnelles à la lumière de ces faits et des critères juridiques applicables»<sup>98</sup>: ce souci est très proche de l'exigence de l'«examen attentif» définie par la Cour suprême.

Dans son Rapport sur *Les organismes administratifs autonomes*, la Commission de réforme du droit du Canada utilisait une «définition plutôt limitée de la «décision» en tant que «prise de décisions en vertu d'un texte de loi» comme critère et reconnaissait qu'«il n'est pas facile de situer les organismes administratifs autonomes qui exercent des pouvoirs décisionnels fondés sur des textes de loi dans la structure politique de l'Administration canadienne»<sup>99</sup>. Précisant notamment que «les organismes administratifs ne sont pas des «quasi-tribunaux judiciaires»<sup>100</sup>, elle avançait deux listes d'organismes, dont l'une, seulement indicative, énumérait un certain nombre d'organismes investis de pouvoirs décisionnels «dont l'inclusion nous paraît à peu près indiscutable»<sup>101</sup>, tels que: la Commission canadienne des pensions, la Commission canadienne des transports, la Commission d'appel de l'immigration, la Commission d'appel des pensions, la Commission de contrôle de l'énergie atomique, la Commission des allocations aux anciens combattants, la Commission des relations de travail dans la Fonction publique, la Commission du tarif, la Commission nationale des libérations conditionnelles, le Conseil canadien des relations du travail, le CRTC, l'Office national

98. *Id.*, p. 71.

99. Rapport 26, *Les organismes administratifs autonomes*, 1985, p. 6, 7.

100. *Id.*, p. 8.

101. *Id.*, p. 91.

de l'énergie, le Tribunal canadien des importations (ancien Tribunal antidumping) et les Tribunaux des droits de la personne et tribunaux d'appel des droits de la personne<sup>102</sup>. Ce sont de «grands» organismes fédéraux parmi les plus connus, réserve étant faite des changements dont certains ont fait l'objet. De manière remarquable, les exemples utilisés sont ceux du Rapport de 1990 de l'Association du Barreau canadien. Cette stabilité du noyau central fédéral est confirmée par la réforme de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* en matière de contrôle judiciaire fédéral.

Les cas d'ouverture de ce contrôle ont été uniformisés<sup>103</sup> mais la compétence de premier ressort de la Cour d'appel a été maintenue sur les organismes énumérés dans le nouvel article 28(1) *LCF*. Il est permis de penser que le législateur a été convaincu que les processus décisionnels de certains organismes étaient «supérieurs» à d'autres, car les exceptions à l'uniformisation du contrôle judiciaire ainsi créées ne reposent sur aucun critère exprès. Par exemple, l'exclusion du contrôle des erreurs de droit et des erreurs déraisonnables de fait relativement aux décisions du Conseil canadien des relations du travail<sup>104</sup> repose sur la seule idée qu'il est un organisme sérieux et fiable, ce qui est effectivement le cas. La version finale du projet de loi adopté en 1990 a ajouté cinq organismes à la liste initiale des exceptions, liste que l'on retrouve dans le nouvel article 28(1)(a) à (n) *LCF*. Les critères avancés en septembre 1989 lors du dépôt en première lecture du projet de loi pour justifier l'exclusion initiale de dix organismes du contrôle de la Division de première instance se résumaient au fait qu'ils «sont composés de juges des cours supérieures, ou sont considérés comme des cours d'archives» – c'est-à-dire qu'ils ont le pouvoir d'infliger des amendes ou des peines d'emprisonnement». Ce n'est certes pas le cas du Conseil canadien des relations du travail qui fait partie des cinq organismes ajoutés ultérieurement: seul son calibre semble justifier qu'il ait été soustrait à la compétence de la Division de première instance<sup>105</sup> et ait fait l'objet d'un traitement particulier

---

102. *Id.*, p. 92.

103. Le nouvel art. 18.1 *LCF* est applicable aux demandes de contrôle judiciaire entendues en premier ressort par la Cour d'appel en vertu du nouvel art.28(2) et l'application des cas d'ouverture prévus par le nouveau paragraphe 18.1 (4) n'a pas fait l'objet d'exceptions en faveur de décisions de certains organismes, ce qui aurait contredit les principes de la réforme.

104. Voir *Code canadien du travail* (L.R.C., 1985, c. L-2), art. 22(1) édicté par l'article 56 de la *Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la Cour suprême et d'autres dispositions en conséquence*, L.C. 1990, c. 8.

105. Sans relation aucune, par exemple, avec un droit de saisir directement la Cour d'appel fédérale afin de joindre un appel et une demande de révision judiciaire.

sur le fond du contrôle disponible en protégeant ses décisions contre le contrôle des erreurs de droit et des erreurs déraisonnables de fait. La situation des organismes composés de juges des cours supérieures se profile également comme une classe particulière à la lumière des critères précisés dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury*: c'est le cas notamment, au niveau fédéral, des organismes dont les membres comprennent des juges de la Cour fédérale ou d'une cour supérieure provinciale. Il s'agit, par exemple, du juge-arbitre de l'assurance-chômage, de la Commission d'appel des pensions, et du Tribunal de la concurrence. Les membres de la Cour canadienne de l'impôt sont également juges. À ces quatre organismes importants, le nouvel article 28(1) *LCF* ajoute les suivants, également importants: le Conseil d'arbitrage et la Commission de révision constitués par la *Loi sur les produits agricoles au Canada*, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, le Tribunal canadien du commerce extérieur, l'Office national de l'énergie, la section d'appel de l'immigration et la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, le Conseil des relations du travail, la Commission des relations de travail dans la fonction publique, la Commission du droit d'auteur, l'Office national des transports.

Une dernière, et brève, illustration de l'existence d'une division des organismes en deux classes est fournie par le conflit opposant l'Ombudsman de l'Ontario et les tribunaux administratifs de cette province. Dans son rapport au Conseil de gestion du Cabinet (ontarien), R. Macaulay indiquait ceci, à propos des relations entre ombudsman et organismes administratifs: «Hearing agencies are in a very special category by themselves, partly because they were created especially by the Legislature to carry out their mandate in an area of expertise and partly because they possess a type of arm's length independence of decision-making which can easily be destroyed unless understood and guarded»<sup>106</sup>.

La perception voulant que les organismes administratifs ne forment pas une classe homogène n'est pas dénuée de fondement. La difficulté réside davantage dans les critères utilisés pour dériver deux classes d'organismes dans la mesure où la distinction des «grands» et des autres reposerait plus sur une appréciation qualitative subjective que sur des données objectives. Il demeure qu'une division représente une réalité fortement ancrée dans notre système administratif.

---

106. Province of Ontario, *Directions – Review of Ontario's Regulatory Agencies*, Toronto, 1989, Queen's Printer (Rapport Macaulay), p. 6-26.

1.4.5. *Illustration: l'administration de certains régimes de retraite par la Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances (C.A.R.R.A.) et la Commission des affaires sociales (C.A.S.)*

À partir d'un régime éminemment pertinent pour les juristes de l'État, le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics (RREGOP), tentons d'illustrer l'application de la démarche avancée par la Cour suprême à la question de savoir si la C.A.R.R.A. possède la compétence de se prononcer sur des questions constitutionnelles et de refuser de faire application d'une disposition contraire à la *Charte*. En matière de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics, les pouvoirs de la C.A.R.R.A. sont prévus par les articles 136 à 162 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* (ci-après: LRREGOP)<sup>107</sup>; s'y ajoutent ses articles 163 à 173 en ce qui concerne le Comité de retraite et 179 et 180 en ce qui concerne la demande de réexamen de décisions de la C.A.R.R.A. devant ce Comité de retraite. L'ensemble de ces dispositions ne confère expressément ni à la C.A.R.R.A. ou au Comité de retraite de pouvoirs de décider de questions de fait ou de droit relativement à une demande de prestation ou lors d'une révision. Toutefois, l'art. 137 LRREGOP dispose que la C.A.R.R.A. «a pour objet d'administrer» plusieurs régimes y décrits, l'art. 179 LRREGOP prévoit que le Comité de retraite est compétent pour entendre des demandes de révision d'une décision de la C.A.R.R.A. concernant notamment le nombre d'années de service, le traitement admissible, le montant de la pension et tout bénéfice, avantage ou remboursement prévu par le RREGOP (art. 179, al. 1, par. 2 à 5, LRREGOP), et l'article 180, al. 2 LRREGOP, que la décision du Comité doit être motivée. Le silence de ces textes exclut-il de reconnaître à ces deux instances le pouvoir de trancher des questions de compétence et de faire abstraction d'une disposition en raison de son inconstitutionnalité? L'arrêt *Tétreault-Gadoury* nous oblige à «examiner d'autres facteurs». En relation avec la structure institutionnelle en cause, demander à la C.A.R.R.A. de régler des questions constitutionnelles en plus de ses tâches de décideur de première ligne, «entraverait sans nul doute l'important processus visant à assurer le versement aussi rapide que possible des prestations aux requérants et contreviendrait à l'objet même de la Loi. L'examen attentif que requiert l'analyse de questions constitutionnelles est fondamentalement aux antipodes de la procédure expéditive que doit suivre la Commission ...», pour citer le juge La Forest. Certes, une

107. L.R.Q., c. R-10.

obligation de célérité n'est pas expressément imposée à la C.A.R.R.A., contrairement au Comité de retraite auquel l'article 180 LRREGOP impose un devoir «de disposer de la demande de réexamen sans retard». Ainsi, dans le cadre du RREGOP, militeraient contre la reconnaissance à la C.A.R.R.A. ou au Comité de retraite d'une compétence sur les questions relatives à la *Charte*, le fait d'être chargé d'administrer des secteurs à grand volume et une obligation de décider sans retard.

L'arrêt *Tétreault-Gadoury* fait aussi intervenir la disponibilité d'un appel: selon le juge La Forest, au plan des avantages pratiques, «lorsque, comme en l'espèce, le législateur a donné au justiciable la possibilité d'interjeter appel devant un organisme administratif investi du pouvoir de prendre en considération des arguments d'ordre constitutionnel, le besoin de faire trancher la question constitutionnelle par le tribunal de premier instance n'est manifestement pas aussi grand». Cet argument vaudrait-il à l'encontre du RREGOP dont la structure est triple puisqu'elle comprend un 3<sup>e</sup> palier, l'arbitrage [C.A.R.R.A. – Comité de retraite – arbitrage], à l'instar du conseil arbitral de la triple structure [CEIC – Conseil arbitral – juge-arbitre] en matière d'assurance-chômage? L'administration du RREGOP ne comprend pas de niveau administratif analogue à celui du juge-arbitre de l'assurance-chômage: le 3<sup>e</sup> élément est un arbitrage.

Le critère de l'expertise de l'organisme permet-il de fonder la compétence implicite de cet arbitre? En ce qui concerne le conseil arbitral, le juge La Forest conclut que, malgré son caractère judiciaire ou quasi judiciaire similaire à celui du juge-arbitre, son expertise «ne peut supplanter l'intention expresse du législateur de conférer le pouvoir d'interpréter la loi au juge-arbitre et non au conseil arbitral». Dans le cadre du RREGOP, cet argument permettrait d'exclure la compétence de l'arbitre si un appel ultérieur était disponible devant la Commission des affaires sociales à un 4<sup>e</sup> niveau. En effet, dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, le juge La Forest souligne l'expertise du juge-arbitre pour indiquer, par contraste, que la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada (C.E.I.C.) n'est pas «à la hauteur» (au double sens littéral et figuré) car «il est probable qu'un tribunal situé à un niveau élevé de la hiérarchie administrative, dont les fonctions seraient de nature plus juridictionnelle – c'est-à-dire un tribunal fréquemment appelé à résoudre des questions de droit ou de fait conformément à des règles législatives ou des règlements – serait mieux en mesure de recevoir des arguments et de trancher des questions constitutionnelles qu'un tribunal appelé

avant tout à constater des faits». S'ajoutait un argument fondé sur le volume des affaires que la C.E.I.C. doit traiter<sup>108</sup>.

Les trois facteurs généraux, à savoir, le «haut calibre» de l'organisme, «la capacité du décisionnaire d'analyser des considérations de principe opposées» (jugée «fondamentale»), et «la question de savoir si le procureur général de la province participera aux procédures devant un tribunal administratif» (arrêt *Cuddy Chicks*) indiquent que le modèle envisagé est celui d'un tribunal administratif correspondant à la C.A.S. Or, ce modèle n'a pas été retenu pour la structure décisionnelle administrative du RREGOP. La *Loi sur le RREGOP* n'envisage pas la tenue d'auditions formalisées mais plutôt une justice administrative expéditive et non pas «judiciarisée» afin de répondre à un grand volume d'affaires: la C.A.R.R.A. traite plusieurs milliers de nouvelles demandes de rentes ou de prestations annuellement; en 1990, le Comité de retraite a vidé 417 dossiers de réexamen mais 478 nouvelles demandes de réexamen ont aussi été reçues<sup>109</sup>. Le processus décisionnel de la C.A.R.R.A. ou du Comité de retraite ne semble pas destiné à recevoir des interventions du Procureur général (art. 95 C.p.c.) ou à instruire et entendre des contestations selon la procédure judiciaire.

Demeure l'arbitre prévu par les articles 183 à 186 LRREGOP. Il ne possède pas expressément la compétence de décider de questions de droit, mais l'article 184 prévoit que l'arbitre doit «entendre les parties» et l'article 185 dispose que les frais des témoins et des procureurs ne sont pas à la charge de la C.A.R.R.A.. Ces deux dispositions indiquent que l'arbitrage demandé en vertu de l'article 181 LRREGOP représente une audition de nature quasi judiciaire, sinon judiciaire, susceptible de répondre aux critères dégagés dans les arrêts *Tétreault-Gadoury* et *Cuddy Chicks*. Par contre, l'obligation imposée à l'arbitre d'agir «sans délai» et «rendre sa décision dans les 30 jours de l'audition à moins que ce délai ne soit prolongé d'un commun accord» (art. 184 LRREGOP) milite contre la reconnaissance de sa compétence de décider de questions relatives à la *Charte*, bien qu'il ait compétence pour entendre tous les aspects d'une affaire (objet, parties, et demande) et que la structure contradictoire (audition, pro-

108. En ce qui concerne l'efficacité de l'organisme, le juge La Forest indique dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury* qu'en raison simplement du nombre considérable d'affaires que certains organismes administratifs doivent entendre, il serait en effet hautement irréaliste, sinon impossible de s'attendre à ce qu'ils puissent se prononcer sur des questions constitutionnelles. La Commission de l'emploi et de l'immigration en est un exemple.

109. Voir: Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances, 17<sup>e</sup> rapport annuel, 1990, p. 17.



cureurs, témoins) de son fonctionnement laisse supposer qu'il puisse avoir la capacité d'analyser des considérations de principe opposées et d'apporter un point de vue éclairé (faits et compilation d'un dossier convaincant), selon l'arrêt *Cuddy Chicks*. La structure de l'audition devant un arbitre n'interdit pas de signifier au procureur général un avis de toute contestation constitutionnelle afin de lui permettre d'intervenir. Finalement, le jugement d'opportunité que nous impose la jurisprudence conduit à indiquer, à titre d'hypothèse d'école, que, dans le cadre du régime législatif actuel, la C.A.R.R.A. ou le Comité de retraite siégeant en révision ne répondraient probablement pas aux yeux d'un tribunal, aux critères énoncés dans les trois arrêts étudiés. Le juriste de l'État devrait ainsi conclure que, de la triple structure prévue par le RREGOP, l'arbitre est celui à qui toute question relative à la *Charte* devrait être soumise pour décision et qu'en conséquence, toute contestation d'une disposition du RREGOP basée sur la *Charte* atteigne le stade de l'arbitrage pour être vidée. Cette solution présenterait l'avantage que la décision de l'arbitre, obligatoire en vertu de l'article 186 LRREGOP, s'imposerait à la C.A.R.R.A., qui, le cas échéant, pourra faire abstraction de la disposition «jugée» incompatible avec la *Charte* par l'arbitre.

La situation de l'arbitre peut être comparée à celle de la Commission des affaires sociales siégeant en appel en vertu du paragraphe *p* de l'article 21 de la *Loi sur la Commission des affaires sociales* (L.R.Q. c. C-34, ci-après: LCAS), en matière de régime de retraite des enseignants (RRE)<sup>110</sup> et des fonctionnaires (RRF)<sup>111</sup>. À l'égard de ces deux régimes, la C.A.S. entend des appels contre les décisions du Comité de retraite de la C.A.R.R.A., alors qu'à l'égard du RREGOP, le recours prévu est l'arbitrage. Quant à la compétence de la C.A.S. de décider de questions relatives à la *Charte*, les critères de la jurisprudence seraient vraisemblablement satisfaits en raison des éléments suivants qui caractérisent cet organisme: pouvoir de décider de toute question de droit (art. 23, al. 2 LCAS); formation juridique et expérience des membres en tant que juge (le président) ou avocat (les autres membres) (art. 3 LCAS); récusation d'un membre ou d'un assesseur comme pour un juge selon la procédure du *Code de procédure civile* (art. 16 LCAS); fonction d'entendre et de tenir des auditions très formalisées (art. 21, art. 32 à 38, notamment l'art. 38 qui consacre la règle *audi alteram partem*, le droit d'être assisté ou représenté par avocat, le droit de faire entendre des témoins et d'exposer des arguments); obligation de rendre ses décisions par écrit

110. *Loi sur le régime de retraite des enseignants*, L.R.Q., c. R-11.

111. *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.Q., c. R-12.

et de les motiver (art. 39 LCAS). En terme de volume des affaires, en 1990-1991, la C.A.S. a rendu 36 décisions et reçu 17 déclarations d'appel en vertu du régime de retraite des enseignants, les chiffres correspondants étant 27 et 39 pour le régime de retraite des fonctionnaires, alors que le Comité de retraite décide plus de quatre cents dossiers annuellement. Par contre, l'arbitre prévu en matière de RREGOP ne serait saisi que d'une cinquantaine de dossiers par an. Cette donnée pourrait suffire à contrebalancer les facteurs négatifs déjà indiqués.

Certes, deux conclusions opposées quant à l'arbitrage et à l'appel devant la C.A.S. s'expliquent par leurs différences institutionnelles et fonctionnelles. D'un point de vue pratique, toutefois, le juriste de l'État chargé de conseiller un organisme public est conduit, hypothétiquement toujours, à recommander quel niveau d'un régime à plusieurs instances ou organismes doit être retenu afin d'y renvoyer une affaire soulevant l'application de la *Charte*, et ce, à la suite d'un jugement d'*opportunité* susceptible, de surcroît, de contredire des pratiques ou des conceptions bien établies ... voire de froisser des individus.

## **2. Contre une inégalité des organismes administratifs préjudiciable aux citoyens et citoyennes: la recherche d'une justice administrative à une seule vitesse**

L'état de santé de la justice administrative fait depuis plusieurs années l'objet de bilans répétés. L'un des plus récents est contenu dans le Rapport du Groupe de travail sur les tribunaux administratifs de 1987. L'importance de la justice administrative a été réaffirmée à l'occasion du Sommet sur la justice de février dernier, après que ses liens étroits avec l'accessibilité à la justice ainsi que l'urgence de la réformer aient été soulignés par le Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice<sup>112</sup>. Ce dernier recommandait notamment que le gouvernement du Québec donne suite au Rapport du Groupe de travail sur les tribunaux administratifs, *L'heure est aux décisions*, de 1987.

La tendance à la partition de la justice administrative, que nous avons essayé de dégager, appelle, comme tout mouvement, des contrepoids et des freins.

---

112. Voir: Rapport du Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice, *L'accessibilité à la justice*, Québec, ministère de la Justice, juin 1991, p. 299 (et p. 295-298).

## **2.1. De certains freins à la différenciation de deux justices administratives inégales**

### *2.1.1. La convergence des préoccupations relatives à l'efficacité de la justice administrative*

Une certaine unité des préoccupations relatives au fonctionnement des organismes répond à l'impuissance grandissante actuelle de l'État qui, dans les démocraties modernes, est un thème dominant. Indiquons très rapidement que l'évolution de la gouverne au Québec, à la veille du 21<sup>e</sup> siècle, oblige à constater que l'on doit faire plus et mieux avec moins et que l'État ne peut plus tout faire alors que les attentes augmentent mais se diversifient et deviennent moins faciles à gérer en raison de leur fragmentation<sup>113</sup>. C'est la leçon que dictent l'état des finances publiques et de l'aide juridique, en particulier, et l'évolution de la mission des organismes administratifs en tant qu'éléments d'administration publique et en tant que décideurs publics.

Paradoxalement, l'obligation de faire plus et mieux avec moins n'a pas conduit à des abolitions ou des fusions massives d'organismes, mais elle a imposé un nouveau discours formé par des notions telles que la qualité totale, l'imputabilité basée sur une gestion de résultats, ou le service aux clients. Ces notions ne sont ni étrangères à la poursuite de la qualité de la justice administrative ni propres à une classe d'organismes en particulier. De fait, contrairement à l'impression qui semble se dégager des trois arrêts étudiés, un haut calibre demeure un objectif partagé par l'ensemble de la justice administrative, qui transcende et contredit la dichotomie des «grands» organismes et des autres. L'accent placé depuis quelques années sur la mise en place des programmes de formation et le renforcement des méthodes de travail et du «rendement» indique que des préoccupations essentielles identiques sont partagées au sein des organismes administratifs. Cette culture est un signe d'unité et un indice de l'émulation entre organismes, et non pas de division ou d'infériorité entre eux. La création d'un Conseil des organismes administratifs, recommandée au Québec dans le Rapport du Groupe de travail sur les tribunaux administratifs et que l'on retrouve ailleurs sous d'autres formes<sup>114</sup>, témoigne de cette convergence d'idées telles que efficacité,

113. Voir, de manière générale, Alan C. CAIRNS, «The Past and Future of the Canadian State», (1990) 40 *U. of T.L.J.* 319.

114. Voir: le Conseil sur les organismes administratifs de l'Ontario (COAO), proposé dans *Directions – Review of Ontario's Regulatory Agencies* (1989) (Rapport Macaulay); (Federal) Council of Tribunal and Agency Heads (CTAH)\ Conseil

formation, calibre et évaluation<sup>115</sup>. La formation des membres est liée «à la consécration du statut des membres des tribunaux administratifs»<sup>116</sup> et conditionne le rendement des membres et le fonctionnement des organismes<sup>117</sup>.

### 2.1.2. *La vocation unitaire du droit public*

L'appartenance du droit public québécois au *common law* permet de bénéficier de sa vocation à l'universalité en ce sens que son pragmatisme permet une mise en œuvre différenciée de certains principes sans affecter leur vocation unitaire parce qu'ils sont largement applicables à de grands pans de l'activité gouvernementale. C'est le cas du principe contradictoire que rend la maxime *audi alteram partem*: il forme le principe structurel de l'«adversarial system» en tant que fondement du *common law* et est applicable en principe à l'action administrative<sup>118</sup>. Le principe de l'«équité» introduit par l'arrêt *Nicholson*<sup>119</sup> est également unitaire<sup>120</sup>. Toutefois, la troisième

---

des présidents des tribunaux et organismes administratifs (CPTOA), Canadian Bar Association \ Association du Barreau canadien, Report on the Independence of Administrative Tribunals and Agencies \ *L'indépendance des tribunaux et organismes administratifs fédéraux* (1990) (Rapport Ratushny); le Conseil des tribunaux administratifs canadiens (CTAC), à Ottawa.

115. Les problèmes majeurs identifiés comme tels dans les Rapports Macaulay et Ouellette comprennent *l'évaluation du rendement* (Rapport Macaulay, p. 5-6 et 5-7; Rapport Ouellette, p. 219-222; *la mesure de l'utilité des organismes administratifs* (Rapport Macaulay, p. 8-11 à 8-15); *la formation des membres des organismes* (Rapport Macaulay, p. 5-11 et 5-12; Rapport Ouellette, p. 281-282); *la déontologie* (Rapport Ouellette, p. 280-281); *la coordination des opérations et des exigences logistiques des organismes* (Rapport Macaulay, p. 5-15 et l'ensemble du chapitre 8; Rapport Ouellette, p. 282). Voir aussi Rapport Ratushny, p. 129 et 136; Rapport du Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice, recommandation 75.
116. Rapport Ouellette, p. 137.
117. Alors que le Rapport Ouellette est laconique sur le sujet, p. 219, le Rapport Macaulay, après avoir identifié la formation comme carence principale, p. 5-11/12, décrit 29 cours de base qui seraient utiles à la formation des membres (institutions publiques, habiletés professionnelles, droit, administration et gestion, et procédure administrative notamment: Rapport Macaulay, p. 8-31 à 8-43).
118. *Corp. of the Township of Innisfil c. Corp. of the Township. of Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145, p. 166-67 (juge Estey); *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flaman*, [1987] 2 R.C.S. 219.
119. *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Reg. Bd. of Commissioners of Police*, [1978] 1 R.C.S. 311.
120. Voir aussi à propos de la *Déclaration canadienne des droits* en tant que garantie de l'équité procédurale et de la justice naturelle, *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, où le juge Beetz affirme, p. 228, que son article 2e), applicable séparément de son article 1 (semblable à l'article 7 de la *Charte*), prévoit un droit différent, qui est «le droit à une audition impartiale» qui protège «la définition des droits et obligations d'une personne, qu'ils soient fondamentaux ou non», et qui est applicable «dans tous les

étape de l'évolution du droit procédural amorcée par la *Charte* en 1982<sup>121</sup> semble avoir accentué le cloisonnement des procédures de décision et d'enquête<sup>122</sup> et la distinction des procédures criminelles/pénales et des procédures administratives en tant que grandes catégories de processus<sup>123</sup>. Le principe d'équité procédurale et la règle *audi alteram partem* favorisent plutôt des rapprochements et sont un facteur, sinon d'uniformité, du moins d'une plus grande unité.

### 2.1.3. L'essor constant des recours administratifs

Cet essor correspond à l'accentuation du caractère discrétionnaire de l'ouverture du contrôle judiciaire et des recours extraordinaires et à l'inaccessibilité grandissante de la justice civile en tant que source première de redressements et de solutions, à laquelle répond la montée des solutions de rechange de règlement des conflits: la justice administrative est d'ailleurs, dans son origine, une réponse aux insuffisances de la justice civile. Cet essor a imposé une obligation de mieux préparer les dossiers devant les instances administratives, parallèlement au professionnalisme grandissant des membres des organismes. Malgré l'inégalité qui demeure entre les organismes,

---

cas où le processus de définition relève de l'autorité législative du Parlement du Canada».

121. *Irvine c. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 R.C.S. 181, p. 211-222 (juge Estey).
122. La *Charte* est inapplicable à des enquêtes, dans la mesure où elle ne vise que des procédures ou le droit pénal et criminel, voir: *Robinson et al. v. B.C. (Govt.) et al.*, [1986] 4 W.W.R. 729 (B.C.S.C.), p. 747-750 (Legg J.); appel rejeté à [1987] 3 W.W.R. 362 (B.C.C.A.); appel rejeté à [1987] 2 R.C.S. 591 (*sub nom. O'Hara c. B.C.*) seulement sur le fondement de la division constitutionnelle des pouvoirs, mais la Cour suprême a précisé qu'une enquête provinciale ne doit pas empiéter sur les droits individuels protégés notamment par le common law, les lois ou la *Charte*, [1987] 2 R.C.S., p. 612. Voir aussi *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366 qui inf. (1990) 71 O.R.(2d) 161 (Ont. C.A.) sur la seule base de l'art. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
123. Sur la limitation de la portée de l'article 11 de la *Charte* aux processus de nature criminelle et pénale, voir: le «quartet» d'arrêts rendus en 1987 par la Cour suprême du Canada en matière de discipline policière: *Wigglesworth, Burnham, Trumbley et Trimm*, respectivement [1987] 2 R.C.S. 541, 572, 577 et 582; aussi: *Syndicat canadien de la fonction publique c. Conseil des services essentiels*, [1987] R.J.Q. 1100 (C.S.); *Cuerrier c. Bourbeau et al.*, J.E. 87-619, 27 Admin. L.R. 16 (C.S. Qué., 2 avril 1987); J.M. EVANS, «Administrative Tribunals and Charter Challenges», (1988), 2 *C.J.A.L.P.* 13, p.15; mais l'arrêt *Wigglesworth* réserve l'application de l'article 11 aux procédures qui ont des «conséquences pénales graves» (imposition d'une peine de privation de liberté ou d'amendes «destinées à réparer le tort causé à la société en général»; enfin, l'arrêt *R. c. Shublely*, [1990] 1 R.C.S. 3. réserve l'hypothèse où un administré comparait devant un organisme administratif de type quasi judiciaire lors d'une procédure de nature criminelle et non pas disciplinaire, par exemple.

ce professionnalisme doit être souligné au lieu d'être systématiquement ignoré ou de faire l'objet d'un procès (parfois mal informé). Qu'il soit mal perçu n'est pas étranger à la perception négative manifestée par les tribunaux à l'endroit des organismes, ce que l'Association du Barreau canadien déplore<sup>124</sup>. En matière d'application de la *Charte*, la décision rendue par la Commission des valeurs mobilières du Québec relativement à sa compétence de statuer sur sa propre compétence, dans l'affaire *Re Société nationale de l'amiante et les dispositions sur les offres publiques d'achat contenues dans la loi sur les valeurs mobilières*<sup>125</sup> illustre la qualité de l'analyse juridique effectuée par cinq membres d'un organisme dit «inférieur».

#### 2.1.4. *L'évolution de la pratique professionnelle et le rôle des juristes de l'État*

Rappelons seulement de mémoire (puisque, à notre connaissance, aucun texte ne semble l'avoir reproduit) l'exposé présenté par le juge René Dussault de la Cour d'appel du Québec à la X<sup>e</sup> Conférence des juristes de l'État le 12 avril 1991. Dans cet exposé, le juge Dussault rappelait l'importance du droit et des questions juridiques au sein de l'administration publique comme éléments contribuant à sa qualité, à son bon fonctionnement et à une manière de penser les problèmes administratifs et l'application des lois et des programmes dans le sens du service aux citoyens. La participation des juristes de l'État à l'application de la *Charte* et à la concrétisation de ses principes en tant que conseillers des organismes administratifs ne peut que contribuer positivement à cette amélioration constante de l'administration publique. L'administrateur public (y compris le membre d'un organisme administratif) ne peut plus feindre d'ignorer l'existence de la *Charte canadienne des droits et libertés*, pas plus qu'il ne le peut, par ailleurs, de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Le juriste de l'État serait et sera présent pour la lui rappeler et ainsi contribuer (avec d'autres, y compris le destinataire lui-même et en interaction avec lui) à son «éducation»<sup>126</sup> de par les conseils et avis juridiques qu'il lui fournira.

124. Rapport Ratushny, p. 175.

125. 35 Admin. L.R. 80 (décision du 7 novembre 1988).

126. Ce mot est utilisé (de préférence à «édification») pour signaler que les Chartes imposent un changement des mentalités et des manières de concevoir les droits et l'exécution des fonctions à tous les niveaux. En ce sens, la jurisprudence indique bien que la *Charte* a créé un ordre nouveau, dont il faut tirer les conséquences et les enseignements utiles.

Il est permis d'affirmer que le droit influera de plus en plus sur le style de l'administration. C'est une source de défis quotidiens par rapport à l'évolution des pratiques professionnelles et au développement de nouvelles pratiques à la fois pour les praticiens privés et pour les juristes de l'État. Leurs fonctions respectives les placent en interaction constante (et quotidienne dans le cas des seconds) avec les organismes. Aussi, la capacité pratique de ces derniers à élaborer des dossiers complexes et à décider de questions constitutionnelles complexes au terme de «l'examen attentif» exigé par elles dépend étroitement de leur collaboration. La Cour suprême l'indique indirectement dans ses trois arrêts en référant à la capacité organisationnelle et fonctionnelle d'un organisme. Cette dimension entraîne une obligation de la part des juristes de l'État, de répondre à cette attente avec efficacité en élargissant l'exercice de la fonction interne de conseil aux nouveaux enjeux de l'administration, que ce soit la qualité totale, la transparence, ou l'imputabilité de résultats, en faisant valoir les interrelations entre action administrative et principes consacrés par les Chartes. De ce point de vue, les trois arrêts étudiés ne peuvent qu'inciter les membres des organismes et les juristes de l'État à relever le défi du haut calibre et de l'excellence dont la Cour suprême a fait la marque de commerce des «grands» organismes fiables, y compris par la gestion des tensions inévitables entre le respect des droits et libertés consacrés par les Chartes et l'exécution des mandats législatifs et des politiques gouvernementales. Si le droit administratif peut être défini comme le cadre des éléments de fond et des procédures d'arbitrage des intérêts particuliers et l'intérêt public (ou collectif)<sup>127</sup> et être ainsi conçu comme un moyen de l'efficacité administrative, l'efficacité attendue des organismes est confrontée aux contradictions engendrées par les attentes des instances politiques quant aux missions des organismes, l'efficacité de la gestion et l'équité procédurale au sens large.

## ***2.2. De certains facteurs correctifs favorisant une justice administrative unitaire ou à vitesse unique***

### *2.2.1. Vers une utilisation accrue de la Charte comme garantie d'accès à la justice administrative*

Sans aborder, malgré l'intérêt qu'elle présente, la *Charte (québécoise) des droits et libertés de la personne*, notamment son article 23 qui garantit le droit à une audition par un tribunal impartial et indé-

---

127. Rapport Macaulay, p. 4-1, 4-16.



pendant<sup>128</sup>, la force de l'idée d'égalité mérite d'être soulignée en tant que facteur d'orientation ou comme principe consacré juridiquement.

Un premier angle est l'évolution signalée dans l'arrêt *Douglas College* à propos de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cet arrêt étend la compétence des tribunaux administratifs de se prononcer sur leur compétence relativement au partage des compétences créé par les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, aux questions relatives à la *Charte* sans entrer en conflit avec «[les] dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur le pouvoir judiciaire, en particulier l'article 96»<sup>129</sup>. Cette conclusion n'est pas raisonnée autrement que par l'idée d'une «croissance naturelle»<sup>130</sup>, dans le cadre restreint de l'interprétation par les organismes de leur mandat et sous réserve du contrôle judiciaire<sup>131</sup>. Cette croissance naturelle représente un élément positif (comme l'est la notion même de croissance) pour l'ensemble de la justice administrative dans la mesure où elle n'est pas réservée aux organismes spécialisés mais applicable en principe à tous les organismes<sup>132</sup>. Parallèlement, l'ensemble des critères dégagés par les trois arrêts étudiés vaut aussi pour tout organisme, sans préjuger du résultat obtenu. Cet élément est à rapprocher, toujours par rapport à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de l'arrêt *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*<sup>133</sup> dans lequel la majorité énonçait «le principe que l'art. 96 doit s'appliquer de la même manière dans tout le pays. Le «fondement constitutionnel solide de l'unité nationale, au moyen d'un système judiciaire unitaire» (*Renvoi sur la location résidentielle*, à la p. 728) se trouverait d'ailleurs miné par des résultats incohérents, découlant d'une jurisprudence développée province par province. [...] Je ne prétends pas que le résultat doit obligatoirement être uniforme dans l'ensemble des contestations fondées sur l'art. 96 ... Je prétends seulement que la cohérence au niveau de l'analyse historique semble désirable et que

128. Sur la portée de cette notion, voir l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, relatif à l'indépendance des juges municipaux québécois; le Rapport Ouellette, p. 132-134 sur l'indépendance décisionnelle des organismes. Noter que l'article 56 de la *Charte québécoise* définit comme étant un «tribunal» au sens de son article 23, tout organisme ou personne exerçant des fonctions quasi judiciaires.

129. *Douglas College*, p. 599.

130. L'arrêt *Cuddy Chicks* utilise l'idée de «progression naturelle», à la p. 19.

131. *Douglas College*, p. 599.

132. *Id.*, p. 599. Noter que sur ce point, l'arrêt se fonde seulement sur les notes de Mme la juge Desjardins dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*, alors que n'en traite pas le jugement rendu par M. le juge Lacombe, auquel souscrivent par ailleurs les trois juges dont M<sup>me</sup> la juge Desjardins elle-même.

133. [1989] 1 R.C.S. 238.

le meilleur moyen d'y arriver est de mesurer chaque contestation fondée sur l'art. 96 au même étalon historique»<sup>134</sup>. Une certaine similitude dans la démarche entre cet arrêt et les trois arrêts étudiés est frappante. Le résultat est une libéralisation de l'interprétation de l'article 96, qui, si elle ne profite pas automatiquement à tous les organismes, élimine cependant un obstacle. Cette évolution pourrait déboucher sur un élargissement du nombre d'organismes reconnus compétents afin de garantir l'«accès à la *Charte*» qu'appelle la nature même de ce document.

Un second angle est celui de l'article 15 de la *Charte* et le droit à un égal bénéfice et une égale protection de la loi.

Dans son rapport 26 sur *Les organismes administratifs autonomes* (1985), la Commission de réforme du droit du Canada soulignait deux tendances. D'une part, que l'application de la *Charte* risquait «d'entraîner pour certains organismes une surcharge de travail considérable, sans que celle-ci soit compensée par une augmentation correspondante des ressources»<sup>135</sup>. D'autre part, la Commission évoquait, à propos de l'absence d'uniformité procédurale des organismes fédéraux, les «considérations d'ordre égalitariste qu'est venu vivifier l'esprit de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. On pourra en effet arguer des disparités de la procédure qui ne peuvent se justifier rationnellement, pour soutenir que tous les Canadiens ne jouissent pas de l'égalité devant le droit fédéral»<sup>136</sup>.

En ce qui concerne la surcharge de travail, l'avertissement est sérieux: le risque d'une surcharge réelle emporte une réponse négative sur la capacité organisationnelle et fonctionnelle d'un organisme à statuer en matière de *Charte*. De plus, le risque de surcharge peut conduire l'organisme à se déclarer incompétent afin de l'éviter. Dans sa décision sur sa compétence de statuer sur sa propre compétence, dans l'affaire *Re Société nationale de l'amiante et les dispositions sur les offres publiques d'achat contenues dans la Loi sur les valeurs mobilières*, une majorité de trois membres sur cinq de la Commission

134. *Id.*, p. 265-266, 266 (juge Wilson).

135. *Les organismes administratifs autonomes* (1985), p. 89: «Il est aussi à prévoir que les organismes administratifs autonomes se verront dans l'obligation d'assumer une charge de travail plus lourde avec des ressources réduites. Des facteurs extérieurs à l'appareil administratif, tels que l'application de la *Charte*, risquent d'entraîner pour certains organismes une surcharge de travail considérable, sans que celle-ci soit compensée par une augmentation correspondante des ressources (voir les affaires *Ford*, C.F., 23 novembre 1984 (non publiée) et *O'Brien*, C.F., 23 novembre 1984 (non publiée), en ce qui concerne la Commission des libérations conditionnelles)».

136. *Id.*, p. 77-78.

des valeurs mobilières du Québec affirme ceci: «En ce qui concerne les questions reliées à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, nous ne croyons pas indispensable de nous prononcer sur tous et chacun des problèmes soulevés. [...] dans la mesure où la solution d'un litige est possible sans que la Commission se prononce sur une question étrangère à la *Loi sur les valeurs mobilières*, nous croyons devoir nous cantonner dans une attitude de réserve à l'égard d'une telle question»<sup>137</sup>. Une telle attitude permet seulement d'éviter le fond de la difficulté. Il serait intéressant de savoir dans quelle mesure elle est aujourd'hui partagée par de nombreux organismes.

Une attitude générale de réserve, par ailleurs compréhensible au stade initial de l'exercice d'une compétence nouvelle mais qui se prolongerait indûment, contredirait l'orientation indiquée par la jurisprudence. Les trois arrêts étudiés permettent d'affirmer qu'un organisme devrait se déclarer compétent après application des critères pertinents, s'il y satisfait, dans la mesure où, précisément, il permettrait alors de réaliser les avantages pratiques auxquels la Cour suprême attache une grande importance: élaborer un dossier utile et bien étoffé, à la mesure de sa capacité pratique et de son expertise. Conclure autrement revient à nier toute la démarche. De fait, certains tribunaux n'ont pas hésité à ordonner à des organismes de statuer en matière de *Charte* car il en leur incombe l'obligation<sup>138</sup>. Ce nouvel état du droit infirme les décisions antérieures qui refusaient aux organismes de se prononcer<sup>139</sup>. La perspective d'une utilisation accrue des Chartes devant la justice administrative doit aussi tenir compte du fait que le principe de la retenue judiciaire, associé à l'expertise d'un organisme, ne vaut pas en matière de *Charte* car il est incompatible avec l'esprit de ses principes, mais cela ne saurait justifier le refus d'exercer une compétence.

Sur le fond même de l'article 15, sa portée restreinte ne permet pas d'envisager que l'on puisse l'invoquer avec succès relativement aux aspects procéduraux de l'accès à une justice administrative égale, c'est-à-dire, uniformément compétente pour statuer en

137. 35 Admin. L.R., p. 121-122.

138. Voir: *Mikaëli c. Canada*, 44 Admin. L.R. 204 (C.F., Section 1<sup>re</sup> inst., 15 mars 1990, juge Pinard); *Tétreault-Gadoury c. C.E.I.C.*, [1989] 2 C.F. 245 (C.A.F.); *Zwarich c. Canada (Procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253 (C.A.F.); *Kaur c. Canada (M.E.I.)*, [1990] 2 C.F. 209 (C.A.F.); *James c. Canada (M.E.I.)*, *Bains c. (M.E.I.)*, 38 Admin. L.R. 241 (C.A.F., 14 juillet 1989), p. 245-246 (juge Hugessen); *Brar v. Canada (Solicitor General et al.)*, 43 Admin. L.R. 44 (C.F., Section 1<sup>re</sup> inst., 11 décembre 1989, juge MacKay), p. 69.

139. Voir, par exemple: *Mackprang c. Commission des affaires sociales*, 28 Admin. L.R. 80 (C.S., 17 avril 1986, juge Savoie), affaire soulevant l'application de la *Charte québécoise* par la C.A.S.

matière de *Charte*. De fait, les questions procédurales ne mettent généralement pas en cause les caractéristiques personnelles susceptibles de constituer une discrimination qui, le cas échéant, violerait l'un des droits protégés par l'article 15(1)<sup>140</sup>: selon la définition qu'en a donnée le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, la discrimination inconstitutionnelle est «une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur l'un des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société»<sup>141</sup>.

### 2.2.2. La rationalisation des organismes administratifs

Sur ce plan, les trois arrêts étudiés indiquent que le recours aux juges comme moyen de réformer les tribunaux administratifs ne peut être privilégié. Les signes d'ouverture sont prometteurs et malgré les risques que représente la recherche de solutions par la voie du contentieux, il faut attendre que la jurisprudence se forme avant de dresser un bilan de l'évolution. Au demeurant, cela ne saurait interdire aux juristes de l'État de s'engager hardiment dans les voies nouvelles du métier de conseiller que la Cour suprême vient d'ouvrir. Nous soupçonnons que cette tâche a déjà débuté pour de nombreuses personnes.

Au plan de la réforme des instances administratives, les courants actuels sont multiples. Des blocages majeurs demeurent. Indiquons seulement que la «nature» des organismes administratifs continue d'être problématique et qu'à défaut de résoudre les difficultés persistantes de classification, la solution (de facilité?) du *sui generis* est disponible. Plus particulièrement, la notion même de «tribunal» et celle d'organisme administratif demeurent largement insaisissables par une approche rationnelle<sup>142</sup>: l'identification des organismes visés est une source constante de difficultés théoriques. De manière intéressante, l'ambiguïté de nature des organismes

140. Voir notamment: *Rudolf Wolff and Co. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695; *Diwydag Systems c. Zutphen Brothers Construction*, [1990] 1 R.C.S. 706; *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada*, [1989] 3 C.F. 684 (C.A.F.), permission d'appel refusée, [1989] 2 R.C.S. ix; *Larson c. Saskatchewan Land Surveyors Association*, 30 Admin. L.R. 33 (Sask. Q.B., 27 novembre 1987, Goldenberg J.) – sur la notion de discrimination: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

141. Arrêt *Andrews*, p. 174.

142. Voir: Rapport Ouellette, p. 8-10.

administratifs permet de les comparer et de les rattacher soit à l'Exécutif et à l'appareil administratif, soit au système judiciaire en étirant la notion d'administration de la justice. Le Rapport Ouellette indique que «les organismes n'incarnent pas le pouvoir judiciaire de l'État ...; ce sont des instruments du pouvoir exécutif»<sup>143</sup>. En Ontario, le rapport *Directions – Review of Ontario's Regulatory Agencies* (Rapport Macaulay, 1989) prône leur rattachement à l'appareil administratif mais avec l'importante réserve suivante: «the proper perspective is to understand that agencies operate at arm's length in their decision-making role». Cette conclusion, le Rapport Ouellette la reformule par l'idée voulant que les organismes sont «un démembrement du pouvoir exécutif quant au fond (et imitent) souvent le pouvoir judiciaire quant à la forme et l'encadrement»<sup>144</sup>. Cette idée de rappeler que le droit n'est pas étranger au cadre des activités de l'Exécutif et de l'administration est utile. À l'heure de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il serait incongru de laisser croire que l'Exécutif peut négliger le droit comme un moyen important, sinon privilégié, d'encadrer ses missions et ses activités administratives.

Il nous apparaît vain de déterminer si ces organismes appartiennent à l'Exécutif au sens large (l'Administration) ou plutôt à l'appareil judiciaire quand, en dernier ressort, la solution adoptée consiste souvent, pour ne pas dire immanquablement, à faire un retour à la liste nominative (la «shopping list»). Cela seul prouve la futilité des débats sur l'«essence» de la nature des organismes. Nous adopterons donc sans réserve la position défendue dans le Rapport Ouellette, de «faire l'économie d'un débat académique»<sup>145</sup>, car, comme le résume le Rapport Macaulay: «The fact is today the easiest way to categorize agencies is not to do so. One can waste endless time arguing over whether this agency or that agency ought to be grouped as 'adjudicative', 'administrative', or even 'legislative'»<sup>146</sup>. De fait, la compétence des organismes administratifs recoupe le plus souvent une pluralité de fonctions et de tâches (gestion, avis, élaboration de normes, prise de décisions individuelles), rendant ainsi quasiment impossible une classification fonctionnelle. De plus, la notion de *tribunal administratif* ne désigne pas un type générique d'organisme, contrairement à la vision défendue par le Rapport de 1990 de l'Association du Barreau canadien. L'absence de dépôt de projet de loi sur les tribunaux administratifs contrairement à ce qu'avait annoncé le

---

143. *Id.*, p. 8.

144. *Id.*, p. 168.

145. *Id.*, p. 9.

146. Rapport Macaulay, p. 2-6.

ministre de la Justice lors du Sommet sur la justice en février 1992 empêche toute comparaison avec les propositions déjà disponibles.

L'hypothèse d'une simplification du réseau des organismes fait partie de leur rationalisation. Le regroupement de certains d'entre eux par des fusions ou des transferts de compétence a déjà été envisagé. La création de tribunaux d'appel dotés de vocations assez larges ou d'un tribunal administratif général d'appel a été évoquée à plusieurs reprises, comme l'indique le Rapport Ouellette. Malgré l'absence de projet de loi sur les tribunaux administratifs, le débat sur leur compétence de statuer en matière de *Charte* offre l'occasion de réexaminer la rationalisation du réseau des organismes sous un jour nouveau, en tenant compte des critères et facteurs définis par la Cour suprême afin d'y répondre le plus exactement possible par des modifications institutionnelles et procédurales utiles. Sous cet angle, l'idée de créer des tribunaux administratifs d'appel sectoriels comme le propose le Rapport Ouellette mérite d'être approfondie. Ce pourrait être le moyen de prévenir le risque de surcharge ou l'absence de capacité pratique de certains organismes en effectuant des regroupements de champs de compétence et des fusions, ou, sans qu'il y ait fusion d'organismes, en concentrant les ressources par des mécanismes administratifs<sup>147</sup>. La rationalisation du fonctionnement de la justice administrative peut alors s'étendre à la procédure, par le biais d'une coordination des opérations et des exigences logistiques par une gestion centralisée (locaux utilisées pour les auditions, transcription des enregistrements, traduction, publications et information, et simplification administrative)<sup>148</sup>.

Soulignons aussi la révision du rôle de la procédure administrative. Cette question est reliée à la «nature» des organismes administratifs tout en participant d'une problématique plus large de l'accès à la justice administrative et de la qualité des services au public. Sans passer en revue les divers projets existants, il importe de signaler que la tendance dominante (exception faite du rapport

147. La coordination des opérations et des exigences logistiques des organismes figure parmi les questions pressantes dans le Rapport Ouellette, p. 282, et dans le Rapport Macaulay (p. 5-15 et l'ensemble du chapitre 8).

148. Il y a sur ces points matière à inspiration dans les Rapports Ouellette et Macaulay (Rapport Macaulay, p. 5-15, 8-76 à 8-78, et 8-83 à 8-84, notamment le rôle que pourrait jouer le Conseil proposé (p. 8-83 à 8-86 sur les brochures), ainsi que dans le Rapport de Justice-All Souls, *Administrative Justice – Some Necessary Reforms*, (Report of the Committee of the JUSTICE-All Souls Review of Administrative Law in the United Kingdom), Oxford, Clarendon Press, 1988, en ce qui concerne le personnel des *tribunals* (par. 9.17, p. 219.) et dans le Rapport Ratushny en ce qui concerne le budget et les ressources qui ressortiraient au Commissaire envisagé (Rapport Ratushny, page 59, rec. 8).

Ouellette qui ne vise que 12 organismes, au demeurant très importants) est plutôt de favoriser des régimes de type unitaire, c'est-à-dire, applicables le plus largement possible à l'ensemble des organismes, et non pas des distinctions entre plusieurs classes d'organismes<sup>149</sup>. Cette tendance est conforme à la vocation universelle des règles de justice naturelle et du principe d'équité procédurale, et, plus récemment, des principes de justice fondamentale de l'article 7 de la *Charte*.

Parallèlement, la poursuite d'une procédure administrative «déjudiciarisée» mais organisée de manière à satisfaire la mission particulière de chaque organisme et à respecter les grands principes précédents présente des tensions et oblige à rechercher des équilibres. On doit se demander si la démarche avancée par la Cour suprême ne complique pas cette recherche dans la mesure où elle privilégie un degré supérieur de formalisme «judiciaire» à la fois comme critère positif de la compétence et comme mode procédural pour décider d'une question relative à la *Charte*. La nécessité de disposer d'un processus permettant un débat contradictoire dans le but de produire un dossier fouillé et une décision éclairée évoque la tenue d'une audition. Le degré d'intensité procédurale sera augmenté par la participation du Procureur général, voire des demandes d'interventions de personnes ou de groupes intéressés par les questions à débattre. Cette hypothèse doit être envisagée pour les organismes d'appel qui, telle la Commission des affaires sociales, décideront de questions intéressant des milliers de personnes, voire la population du Québec tout entière, par rapport, par exemple, à l'administration du régime des rentes du Québec. Souhaitons que cette évolution n'ait pas pour conséquence de contredire des efforts de simplification déjà anciens et fidèles à la vocation des organismes.

### **3. Conclusion prospective: une évolution de la justice administrative à baliser**

On peut tirer de l'ensemble des éléments passés en revue un nombre suffisant d'indices en faveur d'une conception unitaire de la justice administrative qui permet de se prononcer en faveur d'une justice administrative à vitesse unique. Des recoupements avec certains cadres de réflexion ont permis de dégager des facteurs et de

149. Contre les distinctions débouchant sur deux classes d'organismes, on retrouve parmi les lois de procédure administrative: le *Administrative Procedures Act* de l'Alberta (1969); le *Statutory Powers Procedure Act* [ou *Loi sur l'exercice des compétences légales*] de l'Ontario (1971); les projets de lois de procédure administrative du Manitoba (1984) et du Rapport Macaulay qui vise 91 organismes «de réglementation» (catégorie qui inclut les organismes quasi judiciaires).



faire ressortir des tendances susceptibles de permettre une prospective de l'évolution de la justice administrative. À la date de tombée de cette communication, nous ne disposions pas du projet de loi tant attendu sur les tribunaux administratifs. Son absence n'interdit toutefois pas aux juristes de l'État de poser des jalons ou d'entreprendre des pointes de réforme. Les tendances lourdes orientent dans le sens d'une amélioration constante de la capacité des organismes de mettre en œuvre les principes de la *Charte*.

La Cour suprême a effectivement ouvert la porte du contentieux constitutionnel à des organismes dont la vocation apparaissait moins ambitieuse, c'est-à-dire, aux citoyens et aux citoyennes pour qui la justice administrative représente la justice tout court. Cette ouverture est susceptible de favoriser l'accès à la justice et «l'accès à la *Charte*», selon l'expression de M<sup>e</sup> Garant<sup>150</sup>. Un tribunal administratif est ainsi un «forum naturel», selon l'expression utilisée par le juge Lacombe de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*. Les administrés vont pouvoir soulever des questions constitutionnelles devant de nombreux organismes. Le test résidera dans le niveau, non seulement de l'organisme lui-même, mais du débat et des solutions offertes. L'affirmation voulant que le principe de retenue judiciaire ne sera pas applicable à l'endroit des décisions ainsi rendues en matière de *Charte* est une raison suffisante pour encourager les juristes de l'État à contribuer au développement de l'expertise des organismes qu'ils servent. L'opportunité de reconnaître aux tribunaux administratifs cette compétence pour statuer en matière constitutionnelle continuera de faire «l'objet de controverses doctrinales épiques». Le risque d'une banalisation de l'application de la *Charte*, ou, à l'opposé, d'une timidité non justifiée est cependant moins problématique que l'émergence d'une justice administrative à deux vitesses qui présenterait le danger d'engendrer une inégalité de cette justice.

---

150. P. GARANT, «L'impact des Chartes sur le droit administratif: Révolution ou évolution?», *supra*, note 2.

