

File Nos. 37748, 37896, 37897

SUPREME COURT OF CANADA

(ON APPEAL FROM A JUDGMENT OF THE FEDERAL COURT OF APPEAL)

BETWEEN:

File Number: 37748

MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

APPELLANT
(Respondent)

- and -

ALEXANDER VAVILOV

RESPONDENT
(Appellant)

- and -

DANIEL JUTRAS and AUDREY BOCTOR

AMICI CURIAE

(Style of Cause Continues Inside Cover Page)

FACTUM OF THE *AMICI CURIAE* (Rules 36 and 39 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*)

Daniel Jutras, Ad.E.
Edward B chard Torres
McGill University
Faculty of Law, Room 20
3644 Peel Street
Montréal, Québec H3A 1W9

Audrey Boctor
Olga Redko
IMK LLP
Alexis Nihon Plaza, Tower 2
3500 De Maisonneuve Blvd. West, Suite 1400
Montréal, Québec H3Z 3C1

Tel.: 514-398-1453
Fax: 514-398-4659
daniel.jutras@mcgill.ca
edward.bechardtorres@gmail.com

Tel.: 514-934-7737
Fax: 514-935-2999
aboctor@imk.ca
oredko@imk.ca

Amicus Curiae

Amicus Curiae

- 2 -
- and -

ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO, ATTORNEY GENERAL OF QUÉBEC, ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA, ATTORNEY GENERAL FOR SASKATCHEWAN, CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES, ADVOCACY CENTRE FOR TENANTS ONTARIO, ONTARIO SECURITIES COMMISSION, BRITISH COLUMBIA SECURITIES COMMISSION, and ALBERTA SECURITIES COMMISSION, ECOJUSTICE CANADA SOCIETY, WORKPLACE SAFETY AND INSURANCE APPEALS TRIBUNAL (ONTARIO), WORKERS' COMPENSATION APPEALS TRIBUNAL (NORTHWEST TERRITORIES AND NUNAVUT) and WORKERS' COMPENSATION APPEALS TRIBUNAL (NOVA SCOTIA), APPEALS COMMISSION FOR ALBERTA WORKERS' COMPENSATION AND WORKERS' COMPENSATION APPEALS TRIBUNAL (NEW BRUNSWICK), BRITISH COLUMBIA INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION CENTRE FOUNDATION, COUNCIL OF CANADIAN ADMINISTRATIVE TRIBUNALS, NATIONAL ACADEMY OF ARBITRATORS, ONTARIO LABOUR-MANAGEMENT ARBITRATORS' ASSOCIATION and CONFÉRENCE DES ARBITRES DU QUÉBEC, CANADIAN LABOUR CONGRESS, NATIONAL ASSOCIATION OF PHARMACY REGULATORY AUTHORITIES, QUEEN'S PRISON LAW CLINIC, ADVOCATES FOR THE RULE OF LAW, PARKDALE COMMUNITY LEGAL SERVICES, CAMBRIDGE COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW FORUM, SAMUELSON-GLUSHKO CANADIAN INTERNET POLICY AND PUBLIC INTEREST CLINIC, CANADIAN BAR ASSOCIATION, CANADIAN ASSOCIATION OF REFUGEE LAWYERS, COMMUNITY & LEGAL AID SERVICES PROGRAMME, ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DES AVOCATS ET AVOCATES EN DROIT DE L'IMMIGRATION, and FIRST NATIONS CHILD AND FAMILY CARING SOCIETY OF CANADA

INTERVENERS

**BELL CANADA
BELL MEDIA INC.**

APPELLANTS
(Appellants)

- and -

ATTORNEY GENERAL OF CANADA

RESPONDENT
(Respondent)

- and -

DANIEL JUTRAS and AUDREY BOCTOR

AMICI CURIAE

- and -

CANADIAN RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION, ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO, ATTORNEY GENERAL OF QUÉBEC, ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA, ATTORNEY GENERAL FOR SASKATCHEWAN, TELUS COMMUNICATIONS INC., ADVOCACY CENTRE FOR TENANTS ONTARIO, ONTARIO SECURITIES COMMISSION, BRITISH COLUMBIA SECURITIES COMMISSION and ALBERTA SECURITIES COMMISSION, ECOJUSTICE CANADA SOCIETY, WORKPLACE SAFETY AND INSURANCE APPEALS TRIBUNAL (ONTARIO), WORKERS' COMPENSATION APPEALS TRIBUNAL (NORTHWEST TERRITORIES AND NUNAVUT) AND WORKERS' COMPENSATION APPEALS TRIBUNAL (NOVA SCOTIA), APPEALS COMMISSION FOR ALBERTA WORKERS' COMPENSATION AND WORKERS' COMPENSATION APPEALS TRIBUNAL (NEW BRUNSWICK), BRITISH COLUMBIA INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION CENTRE FOUNDATION, COUNCIL OF CANADIAN ADMINISTRATIVE TRIBUNALS, NATIONAL ACADEMY OF ARBITRATORS, ONTARIO LABOUR-MANAGEMENT ARBITRATORS' ASSOCIATION and CONFÉRENCE DES ARBITRES DU QUÉBEC, CANADIAN LABOUR CONGRESS, NATIONAL ASSOCIATION OF PHARMACY REGULATORY AUTHORITIES, QUEEN'S PRISON LAW CLINIC, ADVOCATES FOR THE RULE OF LAW, CAMBRIDGE COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW FORUM, ASSOCIATION OF CANADIAN ADVERTISERS AND THE ALLIANCE OF CANADIAN CINEMA, TELEVISION AND RADIO ARTISTS, BLUE ANT MEDIA INC., CANADIAN BROADCASTING CORPORATION, DHX MEDIA LTD., GROUPE V MEDIA INC., INDEPENDENT BROADCAST GROUP, ABORIGINAL PEOPLES TELEVISION NETWORK, ALLARCO ENTERTAINMENT INC., BBC KIDS, CHANNEL ZERO, ETHNIC CHANNELS GROUP LTD., HOLLYWOOD SUITE, OUTTV NETWORK INC.,

STINGRAY DIGITAL GROUP INC., TV5 QUÉBEC CANADA, ZOOMERMEDIA LTD. AND PELMOREX WEATHER NETWORKS (TELEVISION) INC., SAMUELSON-GLUSHKO CANADIAN INTERNET POLICY AND PUBLIC INTEREST CLINIC, CANADIAN BAR ASSOCIATION and FIRST NATIONS CHILD AND FAMILY CARING SOCIETY OF CANADA

INTERVENERS

**NATIONAL FOOTBALL LEAGUE
NFL INTERNATIONAL LLC
NFL PRODUCTIONS LLC**

APPELLANTS
(Appellants)

- and -

ATTORNEY GENERAL OF CANADA

RESPONDENT
(Respondent)

- and -

DANIEL JUTRAS and AUDREY BOCTOR

AMICI CURIAE

- and -

CANADIAN RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION, ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO, ATTORNEY GENERAL OF QUÉBEC, ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA, ATTORNEY GENERAL FOR SASKATCHEWAN, TELUS COMMUNICATIONS INC., ADVOCACY CENTRE FOR TENANTS ONTARIO, ONTARIO SECURITIES COMMISSION, BRITISH COLUMBIA SECURITIES COMMISSION and ALBERTA SECURITIES COMMISSION, ECOJUSTICE CANADA SOCIETY, WORKPLACE SAFETY AND INSURANCE APPEALS TRIBUNAL (ONTARIO), WORKERS' COMPENSATION APPEALS TRIBUNAL (NORTHWEST TERRITORIES AND NUNAVUT) AND WORKERS' COMPENSATION APPEALS TRIBUNAL (NOVA SCOTIA), APPEALS COMMISSION FOR ALBERTA WORKERS' COMPENSATION AND WORKERS' COMPENSATION APPEALS TRIBUNAL (NEW BRUNSWICK), BRITISH COLUMBIA INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION CENTRE FOUNDATION, COUNCIL OF CANADIAN ADMINISTRATIVE TRIBUNALS, NATIONAL ACADEMY OF ARBITRATORS, ONTARIO LABOUR-MANAGEMENT ARBITRATORS' ASSOCIATION AND CONFÉRENCE DES ARBITRES DU QUÉBEC, CANADIAN LABOUR CONGRESS, NATIONAL ASSOCIATION OF PHARMACY REGULATORY AUTHORITIES, QUEEN'S PRISON LAW CLINIC, ADVOCATES FOR THE RULE OF LAW, CAMBRIDGE COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW FORUM, ASSOCIATION OF CANADIAN ADVERTISERS AND THE ALLIANCE OF CANADIAN CINEMA, TELEVISION AND RADIO ARTISTS, SAMUELSON-GLUSHKO CANADIAN INTERNET POLICY AND PUBLIC INTEREST CLINIC, CANADIAN BAR ASSOCIATION, and FIRST NATIONS CHILD AND FAMILY CARING SOCIETY OF CANADA

INTERVENERS

Marie-France Major
Supreme Advocacy LLP
100-340 Gilmour Street
Ottawa, Ontario K2P 0R3

Tel: 613-695-8855, ext. 102
Fax: 613-695-8580
mfmajor@supremeadvocacy.ca

Agent for the Amici Curiae

Attorney General of Canada
3400-130 Ling St W., Box 36
Toronto, Ontario M5X 1K6

**Per: John Provart/
Marianne Zoric**
Tel: 416-973-1346
Fax: 416-954-8982
john.provart@justice.gc.ca

Counsel for the Appellant

Hadayt Nazami
Jackman Nazami & Associates
536 St Clair Ave. W., Unit 3
Toronto, Ontario M6C 1A6

Tel.: 416-653-9964, ext. 226
Fax: 416-653-1036
hadayt@rogers.com

Counsel for the Respondent

Sara Blake
Judie Im
Attorney General of Ontario
720 Bay Street, 8th Floor
Toronto, Ontario M5G 2K1

Tel: 416-326-4155
Fax: 416-326-4181
sara.blake@jus.gov.on.ca

**Counsel for the Intervener,
Attorney General of Ontario**

Attorney General of Canada
50 O'Connor St, Suite 500
Ottawa, Ontario K1A 0H8

Per: Christopher M. Rupar
Tel: 613-670-6290
Fax: 613-954-1920
christopher.rupar@justice.gc.ca

Agent for the Appellant

Bijon Roy
Champ & Associates
43 Florence Street
Ottawa, Ontario K2P 0W6

Tel: 613-237-4740
Fax: 613-232-2680
broy@champlaw.ca

Agent for the Respondent

Marie-France Major
Supreme Advocacy LLP
100-340 Gilmour Street
Ottawa, Ontario K2P 0R3

Tel: 613-695-8855, ext. 102
Fax: 613-695-8580
mfmajor@supremeadvocacy.ca

**Agent for the Intervener,
Attorney General of Ontario**

Stéphane Rochette
Procureure générale du Québec
1200 Route de l'Église
Québec, Québec G1V 4M1

Tel: 418-643-1477
Fax: 418-644-7030
stephane.rochette@justice.gouv.qc.ca

**Counsel for the Intervener,
Attorney General of Quebec**

Leah Greathead
Micah Rankin
Attorney General of British Columbia
PO Box 9280, Stn Prov Govt
Victoria, British Columbia V8W 9J7

Tel: 250-356-8892
Fax: 250-356-9154
leah.greathead@gov.bc.ca

**Counsel for the Intervener,
Attorney General of British Columbia**

Laura Mazenc
Attorney General for Saskatchewan
900-1874 Scarth Street
Regina, Saskatchewan S4P 4B3

Tel: 306-787-6272
Fax: 306-787-0581
laura.mazenc@gov.sk.ca

**Counsel for the Intervener,
Attorney General for Saskatchewan**

Sylvie Labbé
Noël & Associés
111 rue Champlain
Gatineau, Québec J8X 3R1

Tel: 819-771-7393
Fax: 819-771-5397
s.labbe@noelassocies.com

**Agent for the Intervener,
Attorney General of Quebec**

Michael Sobkin
331 Somerset West
Ottawa, Ontario K2P 0J8

Tel: 613-282-1712
Fax: 613-288-2896
msobkin@sympatico.ca

**Agent for the Intervener,
Attorney General of British Columbia**

D. Lynne Watt
Gowling WLG (Canada) LLP
2600-160 Elgin Street
Ottawa, Ontario K1P 1C3

Tel: 613-786-8695
Fax: 613-788-3509
lynne.watt@gowlingwlg.com

**Agent for the Intervener,
Attorney General for Saskatchewan**

Jamie Liew
Gerald Heckman
Jean Lash
The Law Office of Jamie Liew
39, Fern Avenue
Ottawa, Ontario K1Y 3S2

Tel: 613-808-5592
Fax: 888-843-3413
jamie.liew@uottawa.ca

**Counsel for the Intervener,
Canadian Council for Refugees**

Karen Andrews
Advocacy Centre for Tenants Ontario
1500-55 University Avenue
Toronto, Ontario M5J 2I17

Tel: 416-597-5855
Fax: 416-597-5821
andrews@lao.on.ca

**Counsel for the Intervener,
Advocacy Centre for Tenants Ontario**

Matthew H. Britton
Jennifer M. Lynch
Paloma Ellard
David Hailey
Don Young
Ontario Securities Commission
2200-20 Queen Street West
Toronto, Ontario M5H 1S8

Tel: 416-593-8294
Fax: 416-593-2319
mbritton@osc.gov.on.ca

**Counsel for the Interveners,
Ontario Securities Commission,
British Columbia Securities Commission and
Alberta Securities Commission**

Marie-France Major
Supreme Advocacy LLP
100-340 Gilmour Street
Ottawa, Ontario K2P 0R3

Tel: 613-695-8855, ext. 102
Fax: 613-695-8580
mfmajor@supremeadvocacy.ca

**Agent for the Intervener,
Advocacy Centre for Tenants Ontario**

Benjamin Grant
Conway Baxter Wilson LLP
400-411 Roosevelt Avenue
Ottawa, Ontario K2A 3X9

Tel: 613-780-2008
Fax: 613-688-0271
bgrant@conway.pro

**Agent for the Interveners,
Ontario Securities Commission,
British Columbia Securities Commission
and Alberta Securities Commission**

Gavin R. Cameron
Tom Posyniak
Fasken Martineau Dumoulin LLP
2900-550 Burrard Street
Vancouver, British Columbia V6C 0A3

Tel.: 604-631-3131
Fax: 604-631-3232
gcameron@fasken.com
tposyniak@fasken.com

**Counsel for the Intervener,
British Columbia International Commercial
Arbitration Centre Foundation**

Laura Bowman
Bronwyn Roe
Ecojustice Canada Society
1910-777 Bay Street
PO Box 106
Toronto, Ontario M5G 2C8

Tel: 416-368-7533
Fax: 416-363-2746
lbowman@ecojustice.ca

**Counsel for the Intervener,
Ecojustice Canada Society**

Michelle Alton
David Corbett
Kayla Seyler
Ana Rodriguez
**Workplace Safety and Insurance
Appeals Tribunal**
505 University Avenue, 7th Floor
Toronto, Ontario M5G 2P2

Tel: 416-573-1704
Fax: 416-326-5164
michelle.alton@wst.gov.on.ca

**Counsel for the Intervener,
Workplace Safety and Insurance
Appeals Tribunal (Ontario)**

Sophie Arseneault
Fasken Martineau Dumoulin LLP
1300-55 Metcalfe Street
Ottawa, Ontario K1P 6L5

Tel.: 613-236-3882
Fax: 613-230-6423
sarseneault@fasken.com

**Agent for the Intervener,
British Columbia International
Commercial Arbitration Centre
Foundation**

Moira Dillon
Supreme Law Group
900-275 Slater Street
Ottawa, Ontario K1P 5H9

Tel: 613-691-1224
Fax: 613-691-1338
mdillon@supremelawgroup.ca

**Agent for the Intervener,
Ecojustice Canada Society**

Marie-France Major
Supreme Advocacy LLP
100-340 Gilmour Street
Ottawa, Ontario K2P 0R3

Tel: 613-695-8855, ext. 102
Fax: 613-695-8580
mfmajor@supremeadvocacy.ca

**Agent for the Intervener,
Workplace Safety and Insurance
Appeals Tribunal (Ontario)**

**Michelle Alton
David Corbett
Kayla Seyler
Ana Rodriguez
Workplace Safety and Insurance Appeals
Tribunal**
505 University Avenue, 7th Floor
Toronto, Ontario M5G 2P2

Tel: 416-573-1704
Fax: 416-326-5164
michelle.alton@wst.gov.on.ca

**Counsel for the Interveners,
Workers' Compensation Appeals
Tribunal (Northwest Territories
and Nunavut) and Workers'
Compensation Appeals Tribunal
(Nova Scotia)**

**Michelle Alton
David Corbett
Kayla Seyler
Ana Rodriguez
Workplace Safety and Insurance
Appeals Tribunal**
505 University Avenue, 7th Floor
Toronto, Ontario M5G 2P2

Tel: 416-573-1704
Fax: 416-326-5164
michelle.alton@wst.gov.on.ca

**Counsel for the Interveners,
Appeals Commission for Alberta
Workers' Compensation and
Workers' Compensation Appeals
Tribunal (New Brunswick)**

**Marie-France Major
Supreme Advocacy LLP**
100-340 Gilmour Street
Ottawa, Ontario K2P 0R3

Tel: 613-695-8855, ext. 102
Fax: 613-695-8580
mfmajor@supremeadvocacy.ca

**Agent for the Interveners,
Workers' Compensation Appeals
Tribunal (Northwest Territories
and Nunavut) and Workers'
Compensation Appeals Tribunal
(Nova Scotia)**

**Marie-France Major
Supreme Advocacy LLP**
100-340 Gilmour Street
Ottawa, Ontario K2P 0R3

Tel: 613-695-8855, ext. 102
Fax: 613-695-8580
mfmajor@supremeadvocacy.ca

**Agent for the Interveners,
Appeals Commission for Alberta
Workers' Compensation and
Workers' Compensation Appeals
Tribunal (New Brunswick)**

Terrence J. O'Sullivan
Paul Mitchell
James Renihan
Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb LLP
2750-145 King St W.
Toronto, Ontario M5H 1J8

Tel: 416-644-5359
Fax: 416-598-3730
tosullivan@counsel-toronto.com

**Counsel for the Intervener,
Council of Canadian Administrative
Tribunals**

Susan L. Stewart
7 L'Estrange Place
Toronto, Ontario M6S 4S6

Tel: 416-531-3736
Fax: 416-604-2897
sstewart@idirect.ca

**Counsel for the Intervener,
National Academy of Arbitrators**

Linda R. Rothstein
Michael Fenrick
Angela E. Rae
Anne Marie Heenan
Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP
155 Wellington Street, 35th Floor
Toronto, Ontario M5V 3H1

Tel: 416-646-4300
Fax: 416-646-4301
linda.rothstein@paliareroland.com

**Counsel for the Intervener,
Ontario Labour-Management Arbitrators'
Association and
Conférence des arbitres du Québec**

Eugene Meehan, QC
Supreme Advocacy LLP
100-340 Gilmour Street
Ottawa, Ontario K2P 0R3

Tel: 613-695-8855
Fax: 613-695-8580
emeehan@supremeadvocacy.ca

**Agent for the Intervener,
Council of Canadian Administrative
Tribunals**

Alyssa Tomkins
CazaSaikaley LLP
220 avenue Laurier Ouest
Ottawa, Ontario K1P 5Z9

Tel: 613-565-2292
Fax: 613-565-2087
atomkins@plaideurs.ca

**Agent for the Intervener,
National Academy of Arbitrators**

Alyssa Tomkins
CazaSaikaley LLP
220 avenue Laurier Ouest
Ottawa, Ontario K1P 5Z9

Tel: 613-565-2292
Fax: 613-565-2087
atomkins@plaideurs.ca

**Agent for the Intervener,
Ontario Labour-Management
Arbitrators' Association and
Conférence des arbitres du Québec**

Steven Barrett
Goldblatt Partners LLP
20 Dundas Street West, Suite 1100
Toronto, Ontario M5G 2G8

Tel: 416-979-6422
Fax: 416-591-7333
sbarrett@goldblattpartners.com

**Counsel for the Intervener,
Canadian Labour Congress**

William W. Shores, QC
Kirk N. Lambrecht, QC
Shores Jardine LLP
10104-103 Avenue, Suite 2250
Edmonton, Alberta T5J 0H8

Tel: 780-448-9275
Fax: 780-423-0163
bill@shoresjardine.com

**Counsel for the Intervener,
National Association of Pharmacy
Regulatory Authorities**

Brendan Van Niejenhuis
Andrea Gonsalves
Stockwoods LLP
77 King Street West, Suite 4130
PO Box 140
Toronto, Ontario M5K 1H1

Tel: 416-593-7200
Fax: 416-593-9345
brendanvn@stockwoods.ca

**Counsel for the Intervener,
Queen's Prison Law Clinic**

Colleen Bauman
Goldblatt Partners LLP
500-30 Metcalfe Street
Ottawa, Ontario K1P 5L4

Tel: 613-482-2463
Fax: 613-235-3041
cbauman@goldblattpartners.com

**Counsel for the Intervener,
Canadian Labour Congress**

Marie-France Major
Supreme Advocacy LLP
100-340 Gilmour Street
Ottawa, Ontario K2P 0R3

Tel: 613-695-8855, ext. 102
Fax: 613-695-8580
mfmajor@supremeadvocacy.ca

**Agent for the Intervener,
National Association of Pharmacy
Regulatory Authorities**

Maxine Vincelette
Power Law
130 Albert Street, Suite 1103
Ottawa, Ontario K1P 5G4

Tel: 613-702-5561
Fax: 613-702-5561
mvincelette@powerlaw.ca

**Agent for the Intervener,
Queen's Prison Law Clinic**

Adam Goldenberg
Robyn Gifford
Asher Honickman
McCarthy Tétrault LLP
745 Thurlow Street, Suite 2400
Vancouver, British Columbia V6E 0C5

Tel: 604-643-7100
Fax: 604-643-7900
agoldenberg@mccarthy.ca

**Counsel for the Intervener,
Advocates for the Rule of Law**

Toni Schweitzer
Ronald Poulton
Parkdale Community Legal Services
1266 Queen Street West
Toronto, Ontario M6K 1L3

Tel: 416-531-2411
Fax: 416-531-0885
schweit@lao.on.ca

**Counsel for the Intervener,
Parkdale Community Legal Services**

Bruno Gélinas-Faucher
Cambridge Comparative
Administrative Law Forum
Cambridge University – Faculty of Law
The David Williams Building
10 West Road
Cambridge, United Kingdom CB3 9DZ

Tel: 737-838-3023, ext. 44
Fax: 415-565-9877
bruno.gelinas.faucher@gmail.com

**Counsel for the Intervener,
Cambridge Comparative Administrative
Law Forum**

Darius Bossé
Power Law
130 Albert Street, Suite 1103
Ottawa, Ontario K1P 5G4

Tel: 613-702-5566
Fax: 613-702-5566
dbosse@powerlaw.ca

**Agent for the Intervener,
Advocates for the Rule of Law**

Elaine Simon
**Community Legal Services of Ottawa –
South Office**
406-1355 Bank Street
Ottawa, Ontario K1H 8K7

Tel: 613-733-0140
Fax: 613-733-0401
simone@lao.on.ca

**Agent for the Intervener,
Parkdale Community Legal Services**

Maxine Vincelette
Power Law
130 Albert Street, Suite 1103
Ottawa, Ontario K1P 5G4

Tel: 613-702-5561
Fax: 613-702-5561
mvincelette@powerlaw.ca

**Agent for the Intervener,
Cambridge Comparative Administrative
Law Forum**

Alyssa Tomkins
James Plotkin
Michel Bastarache
CazaSaikaley LLP
220 avenue Laurier Ouest
Ottawa, Ontario K1P 5Z9

Tel: 613-565-2292
Fax: 613-565-2087
atomkins@plaideurs.ca

**Counsel for the Intervener,
Samuelson-Glushko Canadian
Internet Policy and Public Interest
Clinic**

Jonathan M. Coady
Justin L. Milne
Stewart McKelvey
65 Grafton Street
PO Box 2140, Station Central
Charlottetown, Prince Edward Island C1A
8B9

Tel: 902-629-4520
Fax: 902-566-5283
jcoady@stewartmckelvey.com

**Counsel for the Intervener,
Canadian Bar Association**

Anthony Navaneelan
Audrey Macklin
Legal Aid Ontario
Refugee Law Office
20 Dundas Street West
Toronto, Ontario M5G 2H1

Tel: 416-977-8111, ext. 7181
Fax: 416-977-5567
navanea@lao.on.ca

**Counsel for the Intervener,
Canadian Association of Refugee Lawyers**

David Fewer
Université d'Ottawa
Common Law Section
57 Louis Pasteur Street
Ottawa, Ontario K1N 6N5

Tel: 613-562-5800, ext. 2558
Fax: 613-562-5417
david.fewer@uottawa.ca

**Agent for the Intervener,
Samuelson-Glushko Canadian
Internet Policy and Public Interest
Clinic**

Guy Régimbald
Gowling WLG (Canada) LLP
2600-160 Elgin Street
Ottawa, Ontario K1P 1C3

Tel: 613-786-0197
Fax: 613-563-9869
guy.regimbald@gowlingwlg.com

**Agent for the Intervener,
Canadian Bar Association**

Nicholas Hersh
Community Legal Services Ottawa
1301 Richmond Road
Ottawa, Ontario K2B 7Y4

Tel: 613-596-1641
Fax: 613-596-3364
hershni@lao.on.ca

**Agent for the Intervener,
Canadian Association of Refugee
Lawyers**

Subodh Bharati
Community & Legal Aid Services Program
Osgoode Hall Law School
Ignat Kaneff Building
4700 Keele Street
Toronto, Ontario M3J 1P3

Tel: 416-736-5029
Fax: 416-736-5564
sbharati@osgoode.yorku.ca

**Counsel for the Intervener,
Community & Legal Aid Services
Program**

Peter Shams
Claudia Andrea Molina
Guillaume Cliché-Rivard
David Berger
Hadekel Shams s.e.n.c.r.l.
305, rue Bellechasse Est, bureau 400A Montréal,
Québec H2S 1 W9

Tel: 514-439-0800
Fax: 514-439-0798
peter@hadekelshams.ca

**Counsel for the Intervener,
Association Québécoise des avocats et avocates
en droit de l'immigration**

David P. Taylor
Sarah Clarke
Conway Baxter Wilson LLP
400-411 Roosevelt Avenue
Ottawa, Ontario K2A 3X9

Tel: 613-691-0368
Fax: 613-688-0271
dtaylor@conway.pro

**Counsel for the Intervener,
First Nations Child and Family Caring Society
of Canada**

Marie-France Major
Supreme Advocacy LLP
100-340 Gilmour Street
Ottawa, Ontario K2P 0R3

Tel: 613-695-8855, ext. 102
Fax: 613-695-8580
mfmajor@supremeadvocacy.ca

**Agent for the Intervener,
Community & Legal Aid Services
Program**

Nicholas Peter McHaffie
Stikeman Elliott LLP
1600-50 O'Connor Street
Ottawa, Ontario K1P 6L2

Tel: 613-566-0546
Fax: 613-230-8877
nmchaffie@stikeman.com

**Agent for the Intervener,
First Nations Child and Family Caring
Society of Canada**

TABLE DES MATIÈRES

	Page
<hr/>	
<u>MÉMOIRE DES AMICI CURIAE</u>	
PARTIE I – SURVOL	1
PARTIE II – QUESTIONS EN LITIGE	4
PARTIE III – ARGUMENTATION DES AMICI CURIAE	5
A. Évolution de la conception moderne de la norme de contrôle	5
i. Contrôle judiciaire des erreurs juridictionnelles dans les premiers temps de l'État administratif	5
ii. De l'erreur juridictionnelle à l'intention du législateur : l'élaboration de la démarche pragmatique et fonctionnelle et des trois normes de contrôle	8
iii. Dans la foulée de l'arrêt <i>Dunsmuir</i>	10
B. Les deux piliers du contrôle judiciaire : l'intention du législateur et la primauté du droit	15
i. L'intention du législateur	15
ii. Le principe de la primauté du droit	19
C. Concilier les principes et la pratique : l'établissement d'un cadre pour la norme de contrôle	27
i. Le contrôle judiciaire en tant qu'impératif constitutionnel, en retenant le principe de la déférence comme règle applicable par défaut	27
ii. Dérogations à la règle applicable par défaut exigée par le principe de la primauté du droit et d'autres principes constitutionnels	29
a) <i>Questions constitutionnelles</i>	29

TABLE DES MATIÈRES

	Page
b) <i>Délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents</i> 32
c) <i>Une discorde persistante source d'incohérence juridique</i> 33
d) <i>Questions revêtant une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble</i> 36
iii. Dérogations fondées sur des indications claires de l'intention du législateur 39
iv. Les tribunaux devraient examiner les questions d'équité procédurale en appliquant l'arrêt <i>Baker</i> 42
D. Contrôle fondé sur la retenue judiciaire 44
PARTIE IV – ARGUMENTS AU SUJET DES DÉPENS 47
PARTIE V – ORDONNANCES DEMANDÉES 48
PARTIE VI – TABLE DES SOURCES 49

MÉMOIRE DES AMICI CURIÆ

PARTIE I – SURVOL

1. L'élaboration d'un cadre applicable au contrôle judiciaire des décisions administratives qui soit à la fois pragmatique et conforme aux principes constitue l'un des plus importants défis du droit administratif canadien moderne. Cela ne devrait surprendre personne : la portée véritable du contrôle judiciaire se situe en effet au cœur même des rapports entre les tribunaux et l'État administratif et touche des questions qui sont fondamentales sur le plan juridique et constitutionnel. Il est inévitable que des gens raisonnables aient des opinions différentes sur ces questions.

2. Aussi difficile qu'elle soit, l'élaboration d'un cadre à la fois applicable et fondé sur les principes en matière de contrôle judiciaire est essentielle pour assurer le maintien de la légitimité des organismes administratifs et notre confiance envers ceux-ci. Pour des millions de Canadiens, les décisions que prennent les organismes administratifs constituent la manifestation la plus concrète de l'autorité et du pouvoir de l'État. Les tribunaux doivent donc disposer de balises claires quant au rôle qu'ils sont appelés à jouer par rapport à de telles décisions.

3. L'arrêt *Dunsmuir* constitue la tentative la plus récente faite par la Cour suprême (ci-après la Cour) pour proposer un cadre exhaustif reposant sur les deux piliers que constituent l'intention du législateur et le principe de la primauté du droit. Se fondant sur les décisions antérieures de la Cour, les juges majoritaires ont, dans l'arrêt *Dunsmuir*, proposé un ensemble de catégories et de contextes factuels dans le but de guider les juridictions de contrôle et de simplifier leur tâche. Depuis que l'arrêt *Dunsmuir* a été rendu, une majorité de juges de la Cour privilégient désormais des catégories fondées sur des présomptions plutôt que la démarche contextuelle, de sorte, que dans l'état actuel du droit, la norme de la décision raisonnable constitue essentiellement la norme de contrôle applicable par défaut, à moins que la nature de la question commande le contrôle selon la norme de la décision correcte. La délicate interaction entre l'approche formaliste et la démarche contextuelle a toutefois donné lieu au cours des dix dernières années à une jurisprudence de la Cour suprême très partagée.

4. Malgré les critiques et les divergences d'opinions qui subsistent, les bases jetées par la Cour dans l'arrêt *Dunsmuir* étaient solides et elles le sont encore de nos jours. Les deux piliers sur lesquels reposait l'arrêt *Dunsmuir* – le principe de la primauté du droit et le respect dont on doit

faire preuve à l'égard des choix exercés par le législateur en ce qui a trait à notre structure de gouvernance – doivent demeurer au cœur des règles de droit régissant le contrôle judiciaire. Sur le plan méthodologique, la règle de déférence applicable par défaut qui a depuis été élaborée, conjuguant aux catégories du contrôle selon la norme de la décision correcte qui reposent sur des principes, offre des avantages considérables sur le plan de la clarté, de l'efficacité et de la prévisibilité raisonnable.

5. Cela étant, il est devenu nécessaire de raccorder la démarche méthodologique actuelle avec les principes énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir*. Le cadre du contrôle judiciaire ne peut être défini exclusivement en réaction à des appels à des solutions pragmatiques et simples; il doit aussi être fondé sur des principes. D'ailleurs, bon nombre des divergences que l'on constate encore dans la jurisprudence s'expliquent par le fait que les deux piliers du contrôle judiciaire ne sont pas suffisamment explicités et peuvent sembler être en porte-à-faux avec le cadre qui en découle. Ces deux principes doivent être éclairés par une compréhension meilleure et plus profonde de l'État administratif moderne. Pour ce faire, il est peut-être nécessaire de s'éloigner quelque peu de la jurisprudence de la Cour en matière de contrôle judiciaire. Toutefois, s'il devient nécessaire de revoir le cadre par suite d'un réexamen des principes fondamentaux, le droit ne doit pas pour autant cesser d'évoluer.

6. Un examen des principes fondamentaux nous amène aux conclusions suivantes au sujet des orientations que devrait prendre la norme de contrôle en droit administratif.

7. **En premier lieu**, il faut prendre du recul et examiner l'intention du législateur au niveau institutionnel sans l'envisager comme un concours entre experts. Lorsqu'un organe du gouvernement démocratiquement responsable décide, en toute légitimité, de confier le principal pouvoir en matière de prise de décisions sur certaines questions à des organismes autonomes qui ne sont pas des tribunaux – en l'occurrence des organismes administratifs spécialisés qui jouent un rôle unique en matière de gouvernance –, les tribunaux doivent, à leur tour, respecter ce choix fondamental. Formulé de la sorte, le respect de l'intention du législateur nous conduit à la règle de déférence applicable par défaut.

8. L'application d'une règle institutionnelle de déférence applicable par défaut indique aussi que les tribunaux et les décideurs administratifs jouent respectivement un rôle au sein de l'administration de la justice, mais que ce rôle est différent. Un contrôle judiciaire n'est pas un

appel et il ne l'a jamais été. Par ailleurs, le législateur est parfaitement libre d'accorder un droit d'appel devant les tribunaux judiciaires, auquel cas le régime administratif n'est plus indépendant. Lorsque le législateur procède de cette façon, il est nécessaire, si l'on veut appliquer une démarche cohérente fondée sur les principes, de s'assurer que les tribunaux donnent également effet au choix tout aussi valable de ce modèle institutionnel et qu'ils traitent les appels prévus par la loi sur des questions de droit comme des appels ordinaires.

9. **En deuxième lieu**, il faut tenir dûment compte du principe de la primauté du droit sous tous ses aspects et établir une distinction entre l'obligation qu'il y *ait* un contrôle judiciaire et l'application de la *norme* de contrôle qui s'impose. Cette distinction revêt une importance particulière lorsque le contrôle judiciaire porte sur la légalité, c'est-à-dire lorsque le tribunal vérifie si une mesure était autorisée par la loi.

10. Le principe de la légalité demeure une justification théorique clé pour une grande partie du contrôle judiciaire visant des questions de fond. Toutefois, parce que les décideurs administratifs ne peuvent exercer que les pouvoirs qui leur sont délégués, toutes les questions auxquelles ils sont appelés à répondre conditionnent nécessairement l'exercice de leurs pouvoirs : toutes les questions sont des questions « juridictionnelles » d'une façon ou d'une autre. La jurisprudence canadienne et celle des autres pays de common law démontrent qu'il n'existe pas de distinction de principe entre les questions qui sont de « véritables » questions de compétence et celles qui ne le sont pas, et donc qu'il n'existe pas de raisons de principe de créer une catégorie distincte pour ces questions aux fins du contrôle selon la norme de la décision correcte. La recherche des « véritables » questions de compétence en tant que catégorie distincte faisant l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte devrait être abandonnée.

11. Par ailleurs, il faut reconnaître que le principe de la primauté du droit ne porte pas seulement sur la légalité. Il s'agit d'un principe constitutionnel qui exige un minimum de cohérence et d'uniformité du droit. Par conséquent, le contrôle judiciaire s'impose aussi dans certaines situations dans lesquelles le principe de la primauté du droit exige une réponse définitive à une question déterminée. Il s'agit des questions constitutionnelles, notamment celles portant sur la portée de droits garantis par la *Charte*; la délimitation des compétences de tribunaux administratifs concurrents, les divergences persistantes qui rendent le droit inintelligible et, pour l'un des deux *amici curiae*, les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le

système juridique. En pareil cas, le principe de la primauté du droit commande la « norme de la décision correcte » ou, pour être plus précis, un contrôle qui n'exige pas la retenue judiciaire.

12. **Enfin**, tout ce qui précède est futile si les juridictions de contrôle et les plaideurs ne sont pas en mesure de faire la différence entre un contrôle exercé avec ou sans retenue judiciaire. Une démarche fondée sur des principes qui fait passer en premier les motifs des décideurs administratifs est celle qui exprime le plus de respect envers ceux-ci et qui confirme que la prise de décisions motivées constitue la pierre angulaire de la légitimité des institutions. Même si les décideurs administratifs ne sont pas toujours strictement tenus de motiver leurs décisions, force est de reconnaître que lorsque les tribunaux se voient forcés de compléter les motifs des décideurs administratifs, ils brouillent les limites de la séparation institutionnelle entre les pouvoirs. En pratique, si les décisions qu'ils contrôlent ne sont pas motivées, les tribunaux judiciaires feront inévitablement preuve de moins de déférence. S'ils veulent être des partenaires à part entière dans l'administration de la justice, les décideurs administratifs doivent faire leur part.

PARTIE II – QUESTIONS EN LITIGE

13. Les *amici curiæ* ne présentent pas d'arguments sur les questions de fond soulevées dans les affaires soumises à la Cour. Les *amici curiæ* vont tenter d'éclairer les délibérations de la Cour en abordant les questions suivantes :

- a. Comment en sommes-nous arrivés à la conception actuelle du contrôle judiciaire des décisions administratives ?
- b. Quels sont les principes qui sous-tendent le contrôle judiciaire ?
- c. Comment ces principes devraient-ils guider la démarche des tribunaux lorsqu'il s'agit de déterminer la norme de contrôle applicable ?
- d. Comment le contrôle fondé sur la retenue judiciaire devrait-il s'effectuer ?

PARTIE III – ARGUMENTATION DES AMICI CURIAE

A. Évolution de la conception moderne de la norme de contrôle

i. Contrôle judiciaire des erreurs juridictionnelles dans les premiers temps de l'État administratif

14. Un des principes fondamentaux de la démocratie parlementaire canadienne veut que toutes les mesures prises par l'État doivent être autorisées par la loi. Jusqu'à tout récemment, on concevait le contrôle par les tribunaux des mesures prises par l'État administratif comme une conséquence découlant naturellement de cette prémisse fondamentale. Pour s'assurer que les mesures prises par l'État soient effectivement autorisées par la loi, les limites fixées par la loi aux pouvoirs délégués doivent être examinées par un organisme indépendant. Au Canada, ce contrôle était traditionnellement effectué par les cours supérieures constituées en vertu de l'art. 96, bien que ce ne soit plus exclusivement leur apanage.

15. Lorsque le Parlement a commencé à déléguer régulièrement des pouvoirs décisionnels à des organismes administratifs dans les années 1920 et 1930, le contrôle, par les cours supérieures de l'exercice de ces pouvoirs, visait à déceler les « erreurs juridictionnelles »¹. Cette approche s'explique par les origines britanniques du système juridique canadien², étant donné que le pouvoir des tribunaux royaux en matière de contrôle des mesures prises par le gouvernement était historiquement fondé sur leur capacité de délivrer des brefs de prérogative, dont le bref de *certiorari*, lequel leur permettait d'annuler une décision gouvernementale prise sans compétence³.

16. Il y a lieu ici de formuler deux observations. En premier lieu, au Canada, il a toujours été clair que les tribunaux chargés d'examiner les décisions administratives n'exercent pas un rôle de contrôle en appel. En second lieu, la common law n'avait pas encore établi les règles régissant le contrôle judiciaire selon la norme du caractère raisonnable. Le contrôle des erreurs de droit se

¹ Colleen M. Flood & Jennifer Dolling, « A Historical Map for Administrative Law: There be Dragons » in Colleen M. Flood & Lorne Sossin, éd., *Administrative Law in Context*, 3^e éd. (Toronto, Emond Montgomery, 2018) 1, p. 10 [**Flood & Dolling**], Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. II, onglet 20**; voir également *BC Columbia Electric Railway c. Canada National Railway*, 1932 RCS 161; *Halifax (City) c. Halifax Harbour Commissioners*, 1935 RCS 215.

² *McMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 RCS 725, par. 29.

³ Flood & Dolling, p. 17; Jones & De Villars, *Principles of Administrative Law*, 6^e éd. (Toronto, Carswell, 2014), p. 7-8, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. III, onglet 23**.

limitait aux erreurs *touchant la compétence* et il n'y avait qu'une alternative : ou bien les erreurs relevant de cette catégorie étroite faisaient l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte ou bien celles qui n'entraient pas dans cette catégorie n'étaient assujetties à aucun contrôle judiciaire⁴.

17. L'expansion de l'État administratif à laquelle on a assisté après la guerre⁵ a remis en question le non-interventionnisme des tribunaux. Avec le temps [traduction] « l'intervention accrue du gouvernement dans le secteur privé, la multiplication des programmes sociaux et les exceptions prévues par la loi à la compétence habituellement conférée aux tribunaux ont suscité une attitude plutôt différente de la part des tribunaux canadiens », qui ont réagi de façon défensive en augmentant la fréquence et l'ampleur de leurs interventions dans les décisions administratives⁶.

18. Lorsque les législatures ont commencé à insérer des dispositions privatives dans leurs lois, les tribunaux ont contourné ces dispositions en qualifiant de juridictionnelles la plupart des lacunes qu'ils ont relevées dans les décisions administratives⁷. La notion d'erreur juridictionnelle [traduction] « a été déformée à un point tel que les tribunaux ont été en mesure de contrôler les décisions administratives comme ils l'auraient fait pour toute décision émanant d'une juridiction

⁴ À l'exception de la doctrine de l'« erreur de droit au vu du dossier », laquelle n'était pas appliquée de façon uniforme (voir lord Denning, dans l'arrêt *R. c. Northumberland Compensation Appeal Tribunal* (1951), [1952] 1 KB 338 (CA Angl.), Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. I, onglet 8**, suivant lequel le contrôle judiciaire fondé sur l'« erreur de droit au vu du dossier » est une [TRADUCTION] « importante anomalie historique ». Voir également l'hon. Joseph T. Robertson, « Judicial Deference to Administrative Tribunals: A Guide to 60 Years of Supreme Court Jurisprudence » (2014) 66 SCLR 1, part IV, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. III, onglet 30**).

⁵ Voir, de façon générale, Flood & Dolling, Chapter 1, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. II, onglet 20**.

⁶ J.M. Evans et coll., *Administrative Law: Cases, Text and Materials*, 5^e éd. par David J. Mullan (Toronto, Edmond Montgomery, 2003), p. 697 [**Evans et coll.**], Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. II, onglet 18**.

⁷ Evans et coll. p. 698, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. II, onglet 18**.

inférieure⁸ ». Ils y sont parvenus habituellement en qualifiant la question de droit en litige de question préalable à la capacité du décideur de rendre une décision sur le fond⁹.

19. Dans l'arrêt *S.C.F.P. c. Société des Alcools du N.-B.*¹⁰, la Cour a trouvé un compromis¹¹. Dans un premier temps, elle a rejeté la tendance à qualifier toutes les questions de droit de questions « juridictionnelles » et partant, de questions susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte. Le juge Dickson (plus tard juge en chef), a limité ces questions à « celles portant sur l'étendue du pouvoir de [la Commission] d'entendre et de trancher les points en litige qui lui sont soumis » et, par conséquent, « de procéder à une enquête » dès le départ¹². Dans la mesure où la Commission des relations de travail était saisie d'une question « qui lui revenait pleinement », la retenue judiciaire était de mise¹³.

20. Par ailleurs, l'arrêt *SCFP* a confirmé le principe suivant lequel *toutes* les décisions portant sur un point de droit peuvent être annulées dans le cadre d'un contrôle judiciaire si elles sont « manifestement déraisonnables » – lorsque le décideur *n'avait plus compétence* parce qu'il avait de toute évidence interprété erronément les dispositions de sa loi habilitante, avait agi de mauvaise foi, avait fondé sa décision sur des données étrangères à la question ou avait omis de tenir compte de facteurs pertinents au point où sa décision ne pouvait rationnellement se justifier¹⁴. Ainsi, bien que l'arrêt *SCFP* ait limité la portée du contrôle juridictionnel fondé sur la norme de la décision correcte, il a considérablement élargi celle du contrôle juridictionnel effectué selon la norme de la décision manifestement déraisonnable.

⁸ Flood & Dolling p. 18, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. II, onglet 20; Evans et coll. p. 698, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. II, onglet 18.

⁹ Voir, par ex., *Bell c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1971] RCS 756; *Metropolitan Life Insurance Company c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] RCS 425.

¹⁰ *S.C.F.P. c. Société des Alcools du N.-B.*, [1979] 2 RCS 227 [*SCFP*].

¹¹ Voir Mark Walters, « Jurisdiction, Functionalism, and Constitutionalism in Canadian Administrative Law » in Christopher Forsyth et coll., éd., *Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance* (Oxford, OUP, 2010) 300, p. 304, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. IV, onglet 36.

¹² *SCFP*, p. 234, 237.

¹³ *SCFP*, p. 234, 236-237.

¹⁴ *SCFP*, p. 237.

ii. De l'erreur juridictionnelle à l'intention du législateur : l'élaboration de la démarche pragmatique et fonctionnelle et des trois normes de contrôle

21. Au-delà de sa désormais phrase célèbre suivant laquelle « les tribunaux judiciaires doivent éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard¹⁵ », le juge Dickson n'a pas proposé de définition claire de ce qui constitue une question de compétence aux fins du contrôle selon la norme de la décision correcte, en comparaison de toutes les autres questions pour lesquelles le décideur serait présumé avoir perdu sa compétence si sa décision était manifestement déraisonnable.

22. Dans des décisions ultérieures, la Cour a proposé « l'analyse pragmatique et fonctionnelle », pour tenter de proposer certaines balises. Dans l'arrêt *Bibeault*, le juge Beetz a cherché à savoir si une question « relevait » de la compétence conférée à un tribunal du travail – donnant ainsi ouverture au contrôle judiciaire selon la norme de la décision manifestement déraisonnable – en examinant « non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal¹⁶ ». La question était donc formulée sous forme de recherche de l'intention du législateur.

23. Au cours de la décennie suivante, l'expertise et la spécialisation des fonctions sont devenues les principaux indicateurs de l'intention du législateur, au fur et à mesure que les tribunaux délaissaient la recherche d'erreurs juridictionnelles pour se concentrer plutôt sur le degré de retenue dont il y avait lieu de faire preuve envers les décisions des tribunaux administratifs. Dans l'arrêt *Pezim*, par exemple, le juge Iacobucci a déclaré que « même lorsqu'il n'existe pas de clause privative et que la loi prévoit un droit d'appel, le concept de la spécialisation des fonctions exige des cours de justice qu'elles fassent preuve de retenue envers l'opinion du tribunal spécialisé sur des questions qui relèvent directement de son champ d'expertise¹⁷ ».

¹⁵ *SCFP*, p. 233.

¹⁶ *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 RCS 1048, par. 122 [*Bibeault*].

¹⁷ *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 RCS 557, p. 593 [*Pezim*] (non souligné dans l'original).

24. Dans l'arrêt *Southam*, la Cour a ajouté la norme intermédiaire de la décision raisonnable *simpliciter*¹⁸. Le juge Iacobucci a fait observer que « la norme du caractère manifestement déraisonnable est principalement un critère applicable aux questions de compétence », et qu'elle était celle qui convenait dans cette affaire parce qu'un droit d'appel prévu par la loi accordait au tribunal plus de latitude pour intervenir¹⁹. Puisque l'analyse pragmatique et fonctionnelle révélait à la fois des indicateurs justifiant la retenue et des indicateurs étayant un examen rigoureux, le juge Iacobucci a estimé que « la norme qui s'impose en est une qui exige une retenue plus grande que la norme de la décision correcte, mais moins élevée que celle de la décision « non manifestement déraisonnable²⁰ ». Il a conclu en fin de compte qu'il y avait lieu de faire montre d'une certaine retenue dans cette affaire, étant donné que « l'expertise du Tribunal [...] est la considération la plus importante²¹ ».

25. Peu de temps après, dans l'arrêt *Pushpanathan*, la Cour a expressément reconnu que l'erreur juridictionnelle était devenue avec le temps une formule abrégée pour exprimer *le degré de retenue* dont le législateur voulait que les tribunaux fassent preuve à l'égard d'une question donnée. Comme le juge Bastarache l'a déclaré : « [i]l faut bien comprendre qu'une question qui "touche la compétence" s'entend simplement d'une disposition à l'égard de laquelle la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte, en fonction du résultat de l'analyse pragmatique et fonctionnelle²² ».

26. Dans l'arrêt *Pushpanathan*, la Cour a confirmé l'analyse pragmatique et fonctionnelle, qui visait désormais nettement à savoir laquelle des trois normes s'appliquait. Formulant la question comme étant celle de savoir si le législateur souhaitait que le tribunal fasse preuve de retenue à l'égard de la question à l'examen, le juge Bastarache a proposé quatre facteurs à prendre en compte

¹⁸ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 RCS 748, par. 58 [*Southam*].

¹⁹ *Southam*, par. 55.

²⁰ *Southam*, par. 54 (non souligné dans l'original).

²¹ *Ibid.*

²² *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 RCS 982, par. 28 [*Pushpanathan*]. Le passage graduel de l'analyse axée sur la compétence à celle portant sur le degré de retenue dont il convient de faire preuve se dessinait depuis un certain temps déjà (comparer *Bibeault*, p. 1082-1091, avec, par ex. *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 RCS 1722, p. 1745-1746; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 RCS 316, p. 331-332; *Pezim*, p. 589-592).

pour déterminer l'intention du législateur : (1) la présence ou l'absence de clause privative; (2) l'expertise relative du tribunal administratif par rapport à la cour sur une question donnée (avec souvent un examen assez poussé de la nature de l'expertise du tribunal); (3) l'objet de la loi dans son ensemble et de la disposition en cause en particulier; (4) la nature du problème²³. Ces facteurs sont censés « être pris ensemble pour que l'on obtienne une image de la norme de contrôle appropriée²⁴ ».

iii. Dans la foulée de l'arrêt *Dunsmuir*

27. Appliquée aux trois normes de contrôle, l'analyse pragmatique et fonctionnelle énoncée dans l'arrêt *Pushpanathan* a créé plus d'imprévisibilité et d'incertitude qu'elle n'en a évitées²⁵. Dans l'arrêt *Dunsmuir*²⁶, la Cour a tenté de simplifier les choses en fusionnant la norme de la décision manifestement déraisonnable avec celle de la décision raisonnable *simpliciter* et en raffinant le cadre d'analyse servant à déterminer la norme de contrôle applicable (qui se résume maintenant à la norme de la décision raisonnable ou à celle de la décision correcte).

28. L'arrêt *Dunsmuir* a mis l'accent à la fois sur le principe de la primauté du droit et sur l'intention du législateur. La majorité a déclaré que « la primauté du droit est assurée par le dernier mot qu'ont les cours de justice en matière de compétence, et la suprématie législative, par la détermination de la norme de contrôle applicable en fonction de l'intention du législateur²⁷ » L'analyse de la norme de contrôle à laquelle la Cour s'est livrée dans l'arrêt *Dunsmuir* visait à établir des balises claires pour déterminer quelle norme devait s'appliquer dans quelle situation, tout en proposant un juste équilibre entre ces deux principes (vraisemblablement concurrents).

29. L'arrêt *Dunsmuir* a élaboré ces balises en tentant de faire la synthèse de la jurisprudence précédente. S'appuyant sur cette synthèse, la majorité a expliqué ce qui suit au sujet de la norme de la décision raisonnable: (i) « [e]n présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s'impose habituellement d'emblée » et « lorsque le

²³ *Pushpanathan*, par. 30-37.

²⁴ *Pushpanathan*, par. 38.

²⁵ Voir, par ex., Lorne Sossin, « Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference – Revisiting the Standard of Review in Administrative Law » (2003) 27:4 Adv Q 478, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. IV, onglet 32.

²⁶ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9 [*Dunsmuir*].

²⁷ *Dunsmuir*, par. 30.

droit et les faits s'entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés²⁸ », ajoutant que cette norme (ii) « est habituellement de mise » lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat²⁹ et qu'elle (iii) « peut également s'imposer » lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé³⁰. La norme de la décision correcte s'appliquerait nécessairement : (i) aux questions constitutionnelles; (ii) aux questions touchant véritablement à la compétence; (iii) aux questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise de l'arbitre; (iv) aux questions relatives à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents³¹.

30. En outre, l'arrêt *Dunsmuir* exige des tribunaux qu'ils vérifient d'abord si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence applicable et, si cette démarche s'avère infructueuse, qu'ils entreprennent une analyse contextuelle semblable à la démarche pragmatique et fonctionnelle établie dans l'arrêt *Pushpanathan* afin d'arrêter la bonne norme de contrôle³².

31. Depuis lors, les tribunaux ont rarement recouru à l'analyse contextuelle. Dans l'arrêt *Alberta Teachers*, la majorité de la Cour a expliqué que l'arrêt *Dunsmuir* avait établi une présomption de déférence lorsqu'un organisme administratif interprète sa loi constitutive ou une loi dont elle a une connaissance approfondie³³. Cette présomption peut en théorie être réfutée, mais dans des arrêts subséquents, la majorité a indiqué que cela arriverait rarement, et c'est effectivement le cas³⁴.

32. Dans l'ensemble, malgré les efforts soutenus déployés par les juges de la Cour, l'arrêt *Dunsmuir* et les décisions rendues dans sa foulée n'ont pas permis d'obtenir la clarté que

²⁸ *Dunsmuir*, par. 53.

²⁹ *Dunsmuir*, par. 54.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Dunsmuir*, par. 58-61.

³² *Dunsmuir*, par. 62-64.

³³ *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, par. 39 [*Alberta Teachers*].

³⁴ Voir, par ex., *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, par. 24, 32-35 [*Edmonton East*]; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31m, par. 46 [*CCDP*].

les juges et les plaideurs auraient souhaitée. Au contraire, la jurisprudence actuelle soulève plusieurs questions tant sur le plan concret que sur celui des principes.

33. En pratique, la mise en application de l'arrêt *Dunsmuir* n'est pas toujours simple ni efficace³⁵. Des lacunes ont été constatées en ce qui concerne l'application et l'éventuelle réfutation de la présomption relative au caractère raisonnable, notamment en ce qui concerne les situations dans lesquelles l'analyse contextuelle est justifiée³⁶, la nature des véritables questions de compétence, si tant est qu'elles existent³⁷, ainsi que les incidences que les droits d'appel prévus par la loi devraient avoir³⁸. Même lorsqu'il existe un consensus sur la norme applicable, on

³⁵ Voir, par ex., David Mullan, « Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action – The Top Fifteen! » (2013) 42:1-2 Adv Q 1 [Mullan], Recueil des sources des *amici curiae*, vol. III, onglet 28; Paul Daly, « *Dunsmuir*'s Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review » (2012) 58:2 47 R.D. McGill 483, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. II, onglet 16; Paul Daly, « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law: Reasonableness, the Rule of Law and Democracy » (2016) 62:2 R.D. McGill 527, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. II, onglet 17; Alice Woolley et Shaun Fluker, « What has *Dunsmuir* Taught? » (2010) 47:4 Alta L Rev 1017, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. IV, onglet 37; Matthew Lewans, « Renovating Judicial Review » (2017) 68 UNBLJ 109, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. III, onglet 25; the Hon Justice David Stratas, « The Canadian Law of Judicial Review: A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency » (2016) 42 Queen's LJ 27 [Stratas], Recueil des sources des *amici curiae*, vol. IV, onglet 35; Andrew Green, « Can There Be Too Much Context In Administrative Law: Setting the Standard of Review in Canadian Administrative Law » (2014) 47:2 UBCL Rev 443, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. II, onglet 21; Jonathan M. Coady, « The Time Has Come: Standard of Review in Canadian Administrative Law » (2017) 68 UNBLJ 87, Recueil des sources *amici curiae*, vol. II, onglet 11. But compare Diana Ginn et William Lahey, « How the Lower Courts are 'doing *Dunsmuir*' » (2 mars 2018), Administrative Law Matters, online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/02/how-the-lower-courts-are-doing-dunsmuir-diana-ginn-and-william-lahey/>>.

³⁶ Voir, par ex., *Edmonton East*, par. 35 (la juge Karakatsanis), par. 73 (les juges Côté et Brown); *CCDP*, par. 46-47 (le juge Gascon) *contra*, par. 73 (les juges Côté et Rowe).

³⁷ *Alberta Teachers*, par. 33-43 (le juge Rothstein.) *contra*, par. 78-89 (le juge Binnie) *contra*, par. 102 (le juge Cromwell); *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, par. 23 (la juge en chef McLachlin.) *contra*, par. 63 (la juge Côté), 114-120 (le juge Brown) [*West Fraser Mills*]; *Québec (Procureur général) c. Guérin*, 2017 CSC 42, par. 36-36 (les juges Wagner et Gascon) *contra*, par. 66-79 (les juges Brown et Rowe) [*Guérin*]; *United Taxi Driver's Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, par. 61 [*Chemins de fer nationaux*]; *CCDP*, par. 31-41.

³⁸ Voir, par ex., *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, par. 36-39 (le juge Rothstein.) *contra*, par. 169-179 (la juge Abella); *Edmonton East*, par. 27-31 (la juge Karakatsanis) *contra*, par. 79-89 (les juges Côté et Brown).

constate d'importantes divergences sur son application, en particulier lorsqu'il s'agit de juges qui contrôlent des décisions non motivées ou encore de juges qui se livrent à ce que beaucoup – y compris des membres de la Cour – ont appelé un « contrôle déguisé effectué selon la norme de la décision correcte³⁹ ». En attendant, les avocats consacrent beaucoup de leur temps – et des ressources de leurs clients – à plaider sur la norme de contrôle applicable⁴⁰.

34. En principe, il est devenu de plus en plus difficile de raccorder le cadre de l'arrêt *Dunsmuir* – qui, comme chacun sait, est le résultat d'un amalgame de décisions fondées sur des raisonnements en constante évolution – avec les principes fondamentaux qu'il annonçait. L'intention du législateur est à la fois présumée et contextualisée, tandis que les indices clairs de l'intention du législateur que constituent les droits d'appel sont ignorés. La primauté du droit est définie d'abord et avant tout comme se résumant au fait que les tribunaux ont le dernier mot en matière de compétence⁴¹, ce qui ne tient pas suffisamment compte de la véritable portée du contrôle judiciaire et du rôle que jouent les tribunaux dans une démocratie constitutionnelle. Par ailleurs, nous ne disposons toujours pas d'une solide conception du rôle que jouent les décisions administratives dans la structure globale de la gouvernance et de l'administration de la justice au Canada. Ces problèmes ne sont pas simplement doctrinaux; ils expliquent en grande partie l'instabilité et les conflits associés à la mise en œuvre du cadre auquel nous assistons depuis quelques années.

35. Pour corriger ces problèmes, diverses propositions de réforme ont été formulées tant en doctrine qu'en jurisprudence. D'autres ont été suggérées à la Cour suprême par les parties et par les intervenants dans le cadre des présents pourvois. Les *amici curiae* n'ont pas l'intention de commenter individuellement chaque approche suggérée. Toutefois, quelques remarques

³⁹ Voir, par ex., Mullan, par. 76-81, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. III, onglet 28; Stratas, par. 6-7, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. IV, onglet 35; voir également *Wilson c. Énergie atomique du Canada Ltée.*, 2016 CSC 29, par. 27 [*Wilson*]; *Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique*, 2017 CSC 32, par. 99; *Groia c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 27, par. 117 (les juges Karakatsanis et Gascon, le juge Rowe dissident) [*Groia*].

⁴⁰ Voir Twila Reid, Amanda Whitehead et Jessica Habet, « A Practitioner's Innovative Response to Abella's Call to Reform Judicial Review » (2018) 69 UNBLJ 361, p. 362-36, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. III, onglet 29.

⁴¹ *Dunsmuir*, par. 30.

s'imposent au sujet des solutions offertes par certaines de ces propositions aux questions pragmatiques et de principe soulevées par la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Dunsmuir*.

36. Certains commentateurs et certains juges de la Cour d'appel fédérale ont proposé d'appliquer à l'ensemble des décisions administratives une norme de la décision raisonnable qui serait variable et selon laquelle le degré de retenue dont il convient de faire preuve à l'égard d'une décision dépendrait d'une foule de facteurs tels que la nature de la décision et son importance ou son incidence sur l'intéressé [traduction] « et une corrélation inverse entre la mesure dans laquelle une décision administrative porte sur des questions de droit [...] et celle dans laquelle le tribunal doit respecter cette décision administrative⁴² ».

37. Cette proposition soulève plusieurs questions. Premièrement, comme elle suppose une approche extrêmement contextualisée dans laquelle pratiquement tout peut être pris en compte pour décider du degré de retenue à accorder, la probabilité que les indicateurs pointent dans les directions opposées est encore plus élevée qu'avec l'ancienne analyse pragmatique et fonctionnelle. Deuxièmement, la possibilité de nuances infinies en ce qui concerne le caractère raisonnable rend difficile, voire impossible toute prédiction quant à la façon dont le contrôle du caractère raisonnable pourrait s'effectuer. Enfin, tout avantage lié à l'efficacité d'une telle démarche risque d'être illusoire, puisque le débat sera tout simplement reporté à une étape ultérieure de l'analyse⁴³.

38. À l'autre extrémité du continuum, les intimés *Vavilov* et certains intervenants proposent essentiellement d'adopter les normes de contrôle en appel établies dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*⁴⁴. L'idée est séduisante, dans la mesure où elle fournirait aux juges un cadre qui leur est familier et dont l'application serait par conséquent probablement plus simple et plus prévisible. Toutefois, on n'a jamais considéré que la primauté du droit *exigeait* que les tribunaux contrôlent toutes les questions juridiques distinctes en appliquant la norme de la décision correcte – et qu'ils ne fassent ainsi preuve d'aucune déférence à l'égard de l'interprétation de la loi des décideurs

⁴² Matthew Lewans, « Renovating Judicial Review » (2017) 68 UNBLJ 109, p. 129, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. III, onglet 25; voir également les arrêts de la Cour d'appel fédérale cités dans cet article.

⁴³ Voir, par ex. l'arrêt *Bell Canada c. 7265921 Canada Ltd.*, 2018 CAF 174 [**Bell CAF**], dans lequel l'analyse à laquelle la majorité s'est livrée au sujet de la norme de la décision raisonnable présente une ressemblance frappante avec les facteurs contextuels de l'arrêt *Dunsmuir*.

⁴⁴ *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33.

administratifs –, d'autant plus que cela obligerait les tribunaux à essentiellement ignorer la délégation législative de pouvoirs décisionnels aux autorités administratives. En l'absence de contraintes constitutionnelles, ce choix doit être respecté, faute de quoi on compromettrait l'irrévocabilité et l'efficacité recherchées par la création de régimes décisionnels autonomes.

39. Aucune de ces options n'est satisfaisante. En fin de compte, un cadre de contrôle judiciaire intelligible et réaliste devrait s'appuyer sur une théorie plus solide de l'État administratif, ainsi que sur une approche cohérente de l'intention du législateur et de la primauté du droit. À notre avis, l'intention du législateur doit être dissociée de l'importance actuellement accordée à l'expertise et devrait plutôt être replacée dans la perspective plus large du modèle institutionnel. De plus, la notion d'intervention judiciaire doit être repensée pour mieux la raccorder à ses origines, conformément au principe de la primauté du droit. Un réexamen de ces principes fondamentaux s'impose.

B. Les deux piliers du contrôle judiciaire : l'intention du législateur et la primauté du droit

i. L'intention du législateur

40. L'intention du législateur est, selon la jurisprudence, le critère « qui doit nous guider » dans l'analyse de la norme de contrôle⁴⁵, mais la voie à suivre est loin d'être claire. Les contextes factuels dans leurs diverses déclinaisons se sont, comme nous l'avons déjà vu, avérés indéterminés, flous et insatisfaisants. Par ailleurs, la règle de déférence applicable par défaut dans la foulée de l'arrêt *Dunsmuir* repose sur la présomption controversée de l'expertise des décideurs administratifs. Cette présomption est fragile tant sur le plan théorique que sur le plan empirique. L'expertise peut facilement être remise en question du fait de la grande diversité des contextes administratifs, ce qui à la fois rend instables les bases sur lesquelles repose la norme de contrôle et crée une concurrence incongrue entre les tribunaux judiciaires et les décideurs administratifs. Il faut trouver une autre solution pour l'avenir.

41. Une assise plus solide et plus cohérente, mais méconnue, de l'intention du législateur est la volonté plus fondamentale du législateur « de s'en remettre au tribunal administratif⁴⁶ ». Très

⁴⁵ *SCFP c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, par. 149.

⁴⁶ *Dunsmuir*, par. 35.

récemment, par exemple, dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada*, le juge Gascon a déclaré que « le fait que le législateur a confié certains pouvoirs à un décideur administratif plutôt qu'aux tribunaux judiciaires porte à croire qu'il avait l'intention que la déférence s'impose⁴⁷ ».

42. Envisagée sous cet angle, la déférence judiciaire envers les décisions administratives trouve ultimement sa source dans un impératif de respect du choix législatif de créer un système dans lequel les décisions relatives à certaines questions sont confiées à des entités autonomes qui ne sont pas des tribunaux. Bref, il s'agit d'une déférence fondée sur un modèle institutionnel.

43. Le professeur Lewans offre une explication plus solide de la légitimité de cette conception, en posant comme postulat que [traduction] « lorsqu'une branche du gouvernement démocratiquement responsable habilite un fonctionnaire administratif à statuer sur une question d'intérêt commun, l'instrument juridique en question fournit tant aux administrés qu'aux juges de bonnes raisons de respecter ses décisions administratives⁴⁸ ».

44. Compte tenu de l'expansion de l'État administratif dans la société canadienne au cours de la seconde moitié du XX^e siècle⁴⁹, lorsqu'on fait reposer la déférence sur un modèle institutionnel, on prend acte par le fait même du rôle de plus en plus important que jouent les organismes administratifs dans le système juridique canadien. Le rôle des organismes administratifs en tant que principal point de contact entre l'individu et l'État, de même que l'importance du type de décisions qui sont déléguées à ces organismes à l'exclusion des tribunaux civils, indique qu'il ne convient plus d'envisager les rapports entre les tribunaux et les organes administratifs comme une relation de hiérarchie verticale. Les organismes administratifs, qui ont la capacité de faciliter l'accès à la justice en déjudiciarisant et en officialisant les décisions de l'État, exercent leurs

⁴⁷ *CCDP*, par. 50, citant *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, par. 29 [*Khosa*]. Voir également *Edmonton East*, par. 22.

⁴⁸ Matthew Lewans, *Administrative Law and Judicial Deference* (Oxford, Hart Publishing, 2016) p. 207, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. III, onglet 24.

⁴⁹ Flood et Dolling, p. 6-12, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. II, onglet 20.

activités en parallèle avec les tribunaux dans le cadre d'une conception élargie de l'action exécutive et législative⁵⁰.

45. Envisagée sous cet angle, la déférence n'est pas une question d'expertise relative. L'hypothèse de départ n'est pas que les tribunaux devraient faire preuve de déférence lorsque l'organisme administratif est un expert et que, dans les autres cas, ils sont libres d'intervenir. L'impératif de la déférence dépend plus tôt du modèle institutionnel que le législateur a choisi et qui exige une coordination des fonctions administratives et judiciaires au sein de l'administration de la justice. Le point de départ est que les tribunaux devraient faire preuve de déférence, sauf s'il existe une raison impérieuse de ne pas le faire ou si le législateur a clairement manifesté son intention d'établir une relation institutionnelle différente.

46. Bien que la Cour tende à se rallier à cette idée, elle continue en même temps à faire reposer l'intention du législateur en matière de déférence sur la présomption suivant laquelle les décideurs administratifs possèdent une expertise particulière par rapport aux tribunaux pour résoudre certaines questions⁵¹. Cette approche est problématique à plusieurs égards.

47. Premièrement, l'expertise ne rend pas suffisamment compte des nombreuses raisons pour lesquelles le législateur confie certains pouvoirs décisionnels aux fonctionnaires administratifs. Bien que l'expertise puisse constituer une très bonne raison de déléguer à un organisme distinct la capacité de prendre certaines décisions, ce n'est pas la seule raison – ni l'inévitable – de le faire. Le choix de créer un régime administratif pourrait également découler de la volonté de créer un processus décisionnel ou d'élaboration de politiques simplifié, accéléré et moins coûteux⁵².

⁵⁰ Voir, par ex., Kate Glover Berger, « Diagnosing Administrative Law: A Comment on *Clyde River and Chippewas of the Thames First Nation* » (2019) 88 RCSL (À PARAÎTRE), plus particulièrement, partie II, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. III, onglet 22**.

⁵¹ Voir *Alberta Teachers*, par. 32-48.

⁵² Sur le choix du législateur de déléguer des pouvoirs à des organismes administratifs, voir par ex., Matthew C. Stephenson, « Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and the Choice Between Agencies and Courts » (2006) 119:4 Harv L Rev 1035, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. IV, onglet 33**; Matthew C. Stephenson, « Statutory Interpretation by Agencies » in Daniel Farber et Anne Joseph O'Connell, éd. *Research Handbook on Public Choice and Public Law* (Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2010) 285, p. 289, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. IV, onglet 34**.

48. Deuxièmement, dans la mesure où les tribunaux sont invités à évaluer l'expertise en fonction du contexte, il n'existe aucun moyen satisfaisant de vérifier si cette expertise existe bel et bien. La jurisprudence à cet égard a considérablement évolué au cours des dernières décennies. Pendant la période comprise entre les arrêts *SCFP* et *Pushpanathan*, l'expertise n'était pas présumée : elle devait être déterminée en fonction d'un examen assez poussé du libellé législatif, du rôle effectivement joué par le décideur et même des antécédents et de la formation de ce dernier⁵³. Cette méthode était complexe et elle a abouti à la démarche actuelle suivant laquelle il existe une présomption d'expertise indépendamment du libellé de la loi, des qualifications du décideur, du processus de sa nomination et de tous les autres facteurs dont on tenait compte avant l'arrêt *Dunsmuir* pour qualifier l'expertise relative⁵⁴. Les tribunaux sont maintenant tenus de présumer de façon générale que le décideur administratif est expert pour se prononcer sur *toutes* les questions qui peuvent se poser dans le cadre de l'interprétation de sa loi habilitante ou de lois étroitement liées à celle-ci. Comme certains l'ont fait remarquer, la présomption de déférence devient de ce fait pratiquement irréfutable⁵⁵. Formulée de façon aussi générale, la notion d'expertise devient un concept fictif et l'expertise bien réelle que bon nombre d'organismes spécialisés acquièrent vraisemblablement se voit ainsi minimisée.

49. Troisièmement, la notion d'expertise relative crée un climat de compétition malsain et inutile entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs. Il est tout simplement inexact d'affirmer que tous les décideurs administratifs, qu'il s'agisse de membres de tribunaux administratifs ayant reçu une formation en droit ou de fonctionnaires rarement tenus de prendre des décisions juridiques, possèdent une plus grande expertise que les tribunaux judiciaires en matière d'interprétation de la loi⁵⁶. Par ailleurs, en partant du principe que les décideurs administratifs n'ont aucune expertise par rapport aux tribunaux sur les questions d'interprétation de la loi, de sorte que leur interprétation d'une loi ne devrait jamais se voir accorder de poids, on

⁵³ Voir, par ex., *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 RCS 249, par. 50; *Pezim*, p. 591-592; *Canada (sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, 2001 CSC 36, par. 28-32; *Dr. Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, par. 28-29 [*Dr. Q.*]; *Southam*, par. 50-53; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 RCS 1324, p. 1336.

⁵⁴ Voir *Edmonton East*, par. 33.

⁵⁵ Voir, par ex., *Edmonton East*, par. 85 (les juges Côté et Brown, dissidents).

⁵⁶ Voir, par ex., *West Fraser Mills*, par. 129 (le juge Rowe, dissident); *Bell CAF*, par. 92 (le juge Rennie, dissident); *Garneau Community League c Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374, par. 94 (le juge Slatter, souscrivant au résultat).

privilégie une approche très centrée sur les tribunaux judiciaires, qui exclut toute déférence envers les décisions administratives sur la plupart, voire la totalité des décisions de droit. Cette approche compromettrait l'intégrité de ce qui est censé être un système décisionnel autonome et serait en fin de compte également incompatible avec le rôle primordial que joue l'État administratif dans la société canadienne.

50. En résumé, bien que l'expertise constitue une bonne raison de confier certaines décisions aux tribunaux administratifs, elle n'offre pas d'assises théoriques solides pour *obliger* les tribunaux administratifs à respecter leurs décisions. Le principe de la déférence doit reposer sur des bases plus larges et plus solides, en l'occurrence sur le choix légitime d'un modèle institutionnel suivant lequel les décisions sont confiées à des organes administratifs autonomes. Cette approche offre une solution plus cohérente pour l'avenir et constitue la seule expression de l'intention du législateur compatible avec la présomption. Par ailleurs, elle permet aux tribunaux – en fait elle les oblige – à donner effet aux indices clairs de l'intention du législateur de créer une relation institutionnelle différente entre les tribunaux et les décideurs administratifs en établissant la norme de contrôle applicable par voie législative ou en créant, au moyen d'une loi, un droit d'appel devant les tribunaux judiciaires sur des questions de droit.

ii. Le principe de la primauté du droit

51. D'autres aspects doivent être pris en considération, outre l'intention du législateur. Les décisions administratives ne peuvent jamais être totalement indépendantes des tribunaux, parce que le principe de la primauté du droit – qui constitue un élément essentiel de notre Constitution – oblige les tribunaux à contrôler la légalité des décisions administratives. Mais le principe de la primauté du droit a une portée encore plus large, ce qui oblige les tribunaux à intervenir dans certains cas bien précis.

52. Le principe de la primauté du droit et le constitutionnalisme canadien sont indissociables : le principe de la primauté du droit est [traduction] « un des postulats fondamentaux de notre régime constitutionnel⁵⁷ », « inhérent au concept même de Constitution⁵⁸ », et constitue une des

⁵⁷ *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] RCS 121, p. 142 [*Roncarelli*].

⁵⁸ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721, p. 750 [*Renvoi sur le Manitoba*]; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, par. 19 [*Christie*].

« prémisses inexprimées [à la base du texte de la Constitution]⁵⁹ ». Il est reconnu expressément et tacitement dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et dans la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶⁰. De plus, parce que l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* a fait passer le système canadien de gouvernement « de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle »⁶¹, même les principes constitutionnels non écrits sont susceptibles de « limiter les actes du gouvernement⁶² ». Le principe de la primauté du droit impose donc en soi des contraintes constitutionnelles à tous les intervenants de la fédération canadienne. Pour comprendre le contenu substantiel de ces contraintes, il faut examiner les différents éléments de la primauté du droit tels qu'ils ont été définis par la Cour.

53. Le principe de la primauté du droit comporterait trois dimensions. Il doit tout d'abord exister un système de loi, c'est-à-dire la « création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif⁶³ ». Deuxièmement, tous les actes du gouvernement doivent être autorisés par la loi, en ce sens que « les rapports entre l'État et les individus doivent être régis par le droit⁶⁴ » et « l'exercice de tout pouvoir public doit en fin de compte tirer sa source d'une règle de droit⁶⁵ ». Enfin, l'égalité devant la loi doit être garantie : « le droit est au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire⁶⁶ ».

54. Certaines autres conséquences découlent de ces trois principes de base. Dans l'arrêt *BC Trial Lawyers*, la Cour a confirmé que le principe de la primauté du droit exige un droit d'accès minimal aux cours supérieures⁶⁷, car, comme le juge en chef Dickson l'a déjà dit : « [i]l ne peut y avoir de primauté du droit sans accès aux tribunaux, autrement la primauté du droit sera remplacée par la primauté d'hommes et de femmes qui décident qui peut avoir accès à la justice⁶⁸ ». Ainsi,

⁵⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 49 [**Renvoi sur la sécession**].

⁶⁰ *R. c. Imperial Tobacco*, 2011 CSC 42, par. 57; *Christie*, par. 19.

⁶¹ *Renvoi sur la sécession*, par. 72.

⁶² *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, par. 54.

⁶³ *Renvoi sur le Manitoba*, p. 749.

⁶⁴ *Renvoi sur la sécession*, par 71.

⁶⁵ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (ÎPÉ)*, [1997] 3 RCS 3, par. 10 [**Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale**].

⁶⁶ *Renvoi sur le Manitoba*, p. 748.

⁶⁷ *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, par. 32-34 [**BC Trial Lawyers**].

⁶⁸ *BCGEU c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 214, p. 230.

« le rôle de protection des tribunaux que joue l'art. 96 et la primauté du droit sont inextricablement liés⁶⁹ »; le principe de la primauté du droit exige la protection du rôle spécial que joue la magistrature au sein de l'ordre constitutionnel canadien et il est maintenu par la protection de ce rôle⁷⁰.

55. Considérées ensemble dans le contexte du droit administratif, ces différentes dimensions du principe de la primauté du droit – l'obligation qu'il existe des lois, que les mesures étatiques soient autorisées par la loi et que les individus soient égaux devant la loi et conservent un certain droit d'accès aux tribunaux – sous-tendent l'existence du contrôle judiciaire *globalement parlant*. Toutefois, l'obligation qu'il y *ait* un contrôle judiciaire ne commande pas une norme de contrôle particulière dans tous les cas où un contrôle judiciaire est exigé.

56. Cette distinction revêt une importance particulière dans le contexte de la recherche constante des « véritables » questions de compétence. Tout contrôle judiciaire de la légalité porte d'une manière ou d'une autre sur la compétence, parce qu'il s'agit en fin de compte de vérifier l'existence du pouvoir légal d'agir. Il ressort de la jurisprudence depuis l'arrêt *SCFP* précité qu'au Canada, les tribunaux exercent depuis un certain temps leurs pouvoirs de contrôle judiciaire en ce qui concerne la plupart des excès de compétence ou de pouvoirs légaux en appliquant la norme déférente de la décision manifestement déraisonnable (devenue depuis la norme de la décision raisonnable). La question qui demeure est celle de savoir s'il existe une sous-catégorie de ces questions – les « véritables » questions de compétence – qui justifierait l'application d'une norme de contrôle plus rigoureuse. À notre avis, une telle catégorie est un vestige des brefs de prérogative qui découle de l'interprétation de l'arrêt *Crevier c. Québec (Procureur général)*⁷¹ et qui doit évoluer si l'on veut rendre cet aspect du contrôle judiciaire plus cohérent.

57. Le principe suivant lequel toutes les mesures prises par l'État doivent être autorisées par la loi justifiait historiquement le recours aux brefs de prérogative pour annuler les décisions prises sans compétence. Dans le contexte du droit administratif moderne, toutefois, le principe suivant lequel toutes les mesures doivent être autorisées par la loi est plus immédiatement incarné dans le

⁶⁹ *BC Trial Lawyers*, par. 39.

⁷⁰ *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 88; voir également *Bibeault*, par. 126.

⁷¹ *Crevier v. Québec (Procureur général)*, [1981] 2 RCS 220 [*Crevier*].

rôle de surveillance confié aux cours supérieures par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, comme la Cour suprême l'a expliqué dans l'arrêt *Crevier*.

58. Dans l'affaire *Crevier*, la Cour s'est penchée sur la constitutionnalité d'une disposition privative qui interdisait totalement toute forme de contrôle des décisions rendues par le Tribunal des professions du Québec. La Cour a jugé que la disposition privative ne permettait pas d'écarter complètement le rôle de surveillance des cours supérieures, parce qu'autrement, un organisme administratif protégé pourrait déterminer de façon indépendante l'étendue de sa propre compétence. Comme les cours visées à l'art. 96 sont les seules autorités qui possèdent le pouvoir inhérent de définir elles-mêmes l'étendue de leur compétence, « chaque fois que le législateur provincial prétend soustraire l'un des tribunaux créés par la loi à toute révision judiciaire de sa fonction d'adjudger, et que la soustraction englobe la compétence, la loi provinciale doit être déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle a comme conséquence de faire de ce tribunal une cour au sens de l'art. 96⁷² ». Le contrôle judiciaire ne pourrait être écarté dans la mesure où l'on empêcherait ainsi les cours supérieures d'intervenir pour veiller au respect des limites des compétences. En résumé, le législateur ne peut, pour des raisons de principe constitutionnel, abolir purement et simplement le rôle de surveillance confié à l'origine aux cours supérieures en vertu de l'art. 96 : le principe de la primauté du droit exige qu'il y ait ouverture *d'une façon ou de l'autre*⁷³ au contrôle judiciaire.

59. Dans la mesure où il précise les justifications de l'*existence* du contrôle judiciaire fondées sur la primauté du droit, l'arrêt *Crevier* est un arrêt de principe en droit administratif canadien. Pourtant, les tribunaux se sont appuyés sur la notion de compétence au cœur de l'arrêt *Crevier* non seulement pour énoncer le principe selon lequel il doit toujours y avoir ouverture au contrôle judiciaire, mais également pour créer une sous-catégorie de « véritables » questions de compétence

⁷² *Crevier*, p. 234.

⁷³ Évidemment, la Cour suprême a jugé que le législateur pouvait valablement transférer à d'autres organismes judiciaires, par exemple à la Cour fédérale, la compétence des cours supérieures en matière de contrôle judiciaire des décideurs fédéraux. Voir *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc. Et autres*, [1983] 1 RCS 147, p. 154; *Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 RCS 228, p. 233; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, par. 45.

susceptibles de contrôle suivant la norme de la « décision correcte »⁷⁴. Ce double recours à la notion de questions juridictionnelles a créé de graves problèmes dans la jurisprudence ultérieure.

60. Il convient de rappeler que l'arrêt *Crevier* a été rendu en 1981 et qu'il est par conséquent bien antérieur au passage de l'analyse axée sur la compétence à celle fondée sur l'intention du législateur. Depuis, les juges ont trouvé de bonnes raisons de douter de l'existence réelle d'une sous-catégorie de questions juridictionnelles, que l'arrêt *Dunsmuir* avait qualifiées de « véritables » questions de compétence⁷⁵, certains allant même jusqu'à laisser entendre que cette distinction était inutile et qu'il n'y avait plus de raisons de principe de la conserver⁷⁶. Dans l'arrêt *Commission canadienne des droits de la personne*, le juge Gascon résume ainsi la nature du problème :

La difficulté inhérente à ce type de questions tient au fait que la compétence est un concept au contour flou. Lorsque les décideurs interprètent et appliquent leurs lois constitutives, ils déterminent nécessairement la portée du pouvoir que leur confère la loi. Il n'existe aucune balise claire qui permettrait de distinguer les simples questions de compétence (soit celles permettant de décider de l'étendue du pouvoir d'une personne) des questions touchant véritablement à la compétence (soit celles permettant de décider si la personne a compétence pour procéder à l'instruction). Devant pareille imprécision, les avocats tout comme les juges sont tentés de revenir à une interprétation large de la notion de compétence pour justifier l'application de la norme de la décision correcte, contrairement à la jurisprudence de notre Cour. En conséquence, non seulement la recherche illusoire de questions touchant véritablement à la compétence peut-elle mettre en péril la certitude dont ont besoin les parties, mais elle peut aussi miner la suprématie législative.

Pour certains, le maintien de la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence peut, au mieux, sembler offrir une certaine valeur au plan théorique. Dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Alberta Teachers*, le juge Cromwell a souligné avec emphase la nécessité conceptuelle d'un examen de la compétence en fonction de la norme de la décision correcte étant donné le pouvoir de surveillance des cours de justice à l'égard des limites de la compétence. Or, même lui a reconnu que la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence apportait peu à l'analyse relative à la norme de contrôle

⁷⁴ *Pushpanathan*, par. 28; *Dunsmuir*, par. 59.

⁷⁵ Voir *Alberta Teachers*; *Chemins de fer nationaux*, par. 61; *Guérin*, par. 32-36 (les juges Wagner et Gascon), p. 66-79 (avec l'appui des juges Brown et Rowe); *CCDP*, par. 31-41.

⁷⁶ Voir, par ex., *Alberta Teachers*, par. 34 (le juge Rothstein) et 88 (le juge Binnie).

applicable. L'on peut donc se demander si cette nécessité conceptuelle justifie que l'on consacre les ressources des cours de justice et des parties à tenter de définir un concept intrinsèquement nébuleux⁷⁷.

61. Le problème que pose la distinction entre l'existence d'un pouvoir et l'étendue de ce même pouvoir a fort bien été exposé par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*⁷⁸. Comme la majorité l'a souligné, la difficulté semble découler en partie de l'amalgame que l'on fait entre différents types de pouvoirs exercés respectivement par les tribunaux judiciaires et les organismes administratifs :

[TRADUCTION]

L'idée fautive suivant laquelle il existe, pour l'application de l'arrêt *Chevron*, une catégorie distincte de questions « juridictionnelles » à l'égard desquelles il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence s'explique peut-être par une extension naturelle aux organismes administratifs de la division très réelle qui existe entre les questions juridictionnelles et les questions non juridictionnelles dans le cas des tribunaux judiciaires. Dans le contexte judiciaire, la ligne de démarcation est nette : la question de savoir si le tribunal a tranché correctement la question dont il était saisi entraîne des conséquences différentes de celle de savoir s'il pouvait en connaître. Le Congrès a le pouvoir (sous réserve de certaines limites) de dicter aux tribunaux quelles catégories d'affaires ils peuvent trancher. Le pouvoir d'un tribunal de statuer sur une affaire est indépendant du bien-fondé des décisions qu'il rend, ce qui explique pourquoi même un jugement mal fondé est revêtu de l'autorité de la chose jugée. En d'autres termes, une décision judiciaire correcte du point de vue de la compétence, mais incorrecte sur le fond n'est pas *ultra vires*.

La situation est différente dans le cas des organismes chargés d'appliquer les lois du Congrès. Le Congrès leur confère leur pouvoir d'agir et définit les modalités de ces pouvoirs, de sorte que, lorsque ces organismes agissent de façon irrégulière, leurs décisions sont *ultra vires* au même titre que lorsqu'ils débordent le cadre de leur compétence. Étant donné que la question – qu'on la formule sous forme d'application incorrecte du pouvoir de l'organisme ou comme exercice irrégulier d'un pouvoir non conféré – revient toujours à se demander si l'organisme est allé au-delà de ce que le Congrès lui permettait de faire, il n'existe

⁷⁷ CDDP, par. 37-39 (non souligné dans l'original, renvois omis).

⁷⁸ *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013) [*City of Arlington*], Recueil des sources des *amici curiae*, vol. I, onglet 4.

aucune raison de principe de créer arbitrairement une sous-catégorie de questions en les qualifiant de juridictionnelles⁷⁹ ».

62. Les tribunaux d'autres pays de common law ont également estimé qu'il était impossible de tracer logiquement une ligne de démarcation entre les erreurs « commises dans les limites de la compétence » et les erreurs « touchant la compétence ». Au Royaume-Uni, la distinction entre les questions juridictionnelles et les questions non juridictionnelles était contestée dans l'affaire *Anisminic*⁸⁰. Dans cet arrêt, lord Reid a expliqué que si un décideur se méprenait sur les règles de droit applicables, il devait également s'être posé la mauvaise question, c'est-à-dire une question qu'il n'était pas autorisé à se poser et à laquelle il n'avait pas compétence pour répondre⁸¹. Depuis, des décisions subséquentes ont appliqué l'arrêt *Anisminic* en considérant qu'il avait établi [traduction] « qu'il n'existe qu'une seule catégorie d'erreurs de droit qui rendent toutes la décision *ultra vires*⁸² ».

63. Le droit australien reconnaît divers motifs de contrôle, qui sont tous assimilés à des erreurs de compétence. L'erreur de droit est considérée comme un motif indépendant. Cette position découle d'une distinction de longue date qui est faite dans la jurisprudence australienne entre le contrôle de la légalité – selon laquelle les tribunaux conservent un monopole pour ce qui est de dire le droit » et le contrôle du « bien-fondé » (p. ex. les décisions discrétionnaires ou les jugements rendus par ceux qui exercent un pouvoir public⁸³).

64. L'expérience de ces tribunaux confirme ce que l'élaboration de notre propre jurisprudence laissait entendre, en l'occurrence, qu'il n'y a pas de ligne de démarcation nette entre les questions de droit qui se rapportent à l'existence d'un pouvoir et les questions de droit qui concernent

⁷⁹ *City of Arlington*, p. 6-7 (non souligné dans l'original, renvois omis), Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. I, onglet 4**.

⁸⁰ Voir *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 AC 147 (CL), Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. I, onglet 1**.

⁸¹ Voir *O'Reilly c. Mackman*, [1983] 2 AC 237, p. 278, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. I, onglet 7**.

⁸² *R. (on the application of Lumba) v. Secretary of State for the Home Department (Justice and another intervening)* [2011] UKSC 12, [2012] 1 AC 245, par. 66 (Lord Dyson), Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. II, onglet 9**.

⁸³ Voir *Attorney-General (NSW) v. Quin*, (1990) 170 CLR 1, p. 35-36, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. I, onglet 2**; voir également *Enfield City Corporation v. Development Assessment Committee*, (2000) HCA 5, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. I, onglet 5**.

l'étendue de ce pouvoir. Dans les deux cas, il s'agit de savoir si le décideur est allé au-delà de ce que le législateur lui permettait de faire. En ce sens, *toutes* les questions sont, en droit administratif, des questions de compétence dans une certaine mesure. La recherche des « véritables » questions de compétence est par conséquent vaine et il y a lieu de l'abandonner au Canada comme on l'a fait ailleurs.

65. De plus, conclure que toutes les questions sont, en droit administratif, dans une certaine mesure des questions juridictionnelles sert uniquement à cerner le principe de la légalité comme étant la principale justification du contrôle judiciaire, y compris le contrôle fondé sur la retenue judiciaire. La conclusion de la Cour suprême des É.-U. suivant laquelle il est impossible d'établir une distinction entre les questions juridictionnelles et les autres questions de droit l'a amenée à déclarer que *toutes* les questions d'interprétation de droit effectuées par les organismes administratifs commande la déférence des juridictions de contrôle lorsque le libellé de la loi est ambigu⁸⁴ – un principe appelé [traduction] « principe de la déférence selon l'arrêt *Chevron* », d'après le nom de l'arrêt dans lequel ce principe avait été énoncé⁸⁵. Il y a lieu de signaler qu'au Royaume-Uni, les tribunaux qui appliquent l'arrêt *Anisminic* partent du principe que [traduction] « la juridiction de contrôle remplace le jugement du décideur initial par le leur lorsqu'elle relève une erreur de droit⁸⁶ ». Le contrôle selon la norme de la déférence est réservé aux décisions discrétionnaires⁸⁷, aux questions de fait et aux questions mixtes⁸⁸. En Australie, où il n'existe pas d'analyse distincte en matière de norme de contrôle, le motif de contrôle distinct relatif à l'erreur de droit fait également l'objet d'un contrôle qui n'est pas fondé sur la retenue judiciaire de la part des tribunaux.

⁸⁴ Voir *City of Arlington*, p. 10, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. I, onglet 4**. Au Canada, le juge Lamer a formulé une observation très semblable dans l'arrêt *Blanchard c. Control Data*, [1984] 2 RCS 746, p. 490-491, citant l'ouvrage de Paul Craig, *Administrative Law* (London, Sweet et Maxwell, 1983), p. 302, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. II, onglet 12**.

⁸⁵ *Chevron U.S.A. Inc. c. Nat. Res. Def. Council, Inc.* 467 US 837 (1984), Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. 1, onglet 3**. Il y a lieu de signaler que la Cour suprême des É.-U. a reconnu que les « grandes questions » ayant une portée politique ou économique sont soustraites aux critères de la déférence énoncée dans l'arrêt *Chevron : King c. Burwell*, 135 S. Ct. 2480 (2015), Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. I, onglet 6**.

⁸⁶ Paul Craig, *Administrative Law*, 8^e éd. (London, Thomson Reuters, 2016), p. 472 [**Craig, 8^e éd.**], Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. II, onglet 14**.

⁸⁷ Craig, 8^e éd., p. 567 ff., Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. II, onglet 14**.

⁸⁸ Craig, 8^e éd., p. 567-570, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. II, onglet 14**.

66. De toute évidence, c'est ailleurs qu'il faut rechercher les raisons qui motivent chaque pays à adopter une norme de contrôle plus exigeante dans certaines situations et pas dans d'autres. Nous allons maintenant examiner quelles sont ces raisons au Canada.

C. Concilier les principes et la pratique : l'établissement d'un cadre pour la norme de contrôle

i. Le contrôle judiciaire en tant qu'impératif constitutionnel, en retenant le principe de la déférence comme règle applicable par défaut

67. Sur le plan théorique, une démarche qui concilie le principe de la primauté du droit avec l'intention du législateur doit commencer par la reconnaissance de la légitimité du choix que fait le législateur lorsqu'il délègue le pouvoir de prendre des décisions à des organismes qui ne sont pas des tribunaux. Par ailleurs, les impératifs constitutionnels de légalité et d'égalité devant la loi, fondés sur la primauté du droit, empêchent le législateur de soustraire totalement les décisions de ces organes à toute forme d'examen judiciaire.

68. Sur le plan pratique, il est possible de parvenir sans trop de difficulté à un équilibre viable entre la fidélité à ces grands principes et leur mise en application. On peut conserver les deux normes de contrôle existantes en prévoyant une règle applicable par défaut et des exceptions à cette règle qui tiennent compte des exigences fondamentales du principe de la primauté du droit et qui respectent les indices clairs de l'intention du législateur. Une telle démarche ne met pas la primauté du droit en opposition avec l'intention du législateur, mais fait en sorte que ces principes se complètent l'un l'autre.

69. Premièrement, le respect du modèle institutionnel exige que chaque fois qu'ils sont saisis d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un décideur administratif, qu'il s'agisse d'un ministre ou d'un tribunal administratif indépendant, les tribunaux doivent en principe faire preuve de retenue envers leurs décisions. Bien que la raison d'être du contrôle judiciaire soit notamment de veiller à ce que les autorités publiques n'outrepassent pas les pouvoirs que leur confère la loi et par conséquent de s'assurer qu'ils ne rendent pas de décisions non autorisées par la loi, ce contrôle judiciaire doit s'effectuer selon la norme de la décision raisonnable compte tenu du fait que, dans une mesure constitutionnellement acceptable, les tribunaux devraient s'abstenir

d'intervenir dans ces décisions. Pour donner effet à ce principe de déférence, la norme de contrôle applicable par défaut doit être celle de la décision raisonnable.

70. Bien qu'une telle règle applicable par défaut puisse sembler essentiellement identique à la présomption de déférence applicable à l'interprétation et à l'application par un décideur de sa loi habilitante ou d'une loi intimement liée à celle-ci, selon l'arrêt *Alberta Teachers*, le fondement théorique de cette règle applicable par défaut est différent. Elle repose non pas sur une présomption instable d'expertise, mais « sur le respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués⁸⁹ ».

71. La règle applicable par défaut exige donc que l'on fasse preuve de déférence envers les décisions des décideurs administratifs sur (la plupart) des questions de droit en donnant pleinement effet au choix du législateur de créer des régimes décisionnels non judiciaires permettant aux autorités administratives de prendre toutes les décisions, y compris les décisions juridiques, nécessaires pour parvenir à une décision⁹⁰. Hormis les contraintes liées à la primauté du droit qui s'appliquent à la délégation de l'interprétation du droit, rien n'empêche le législateur d'agir ainsi. La compétence inhérente des cours supérieures à l'égard des décisions administratives n'englobe pas, sur le plan historique ou constitutionnel, la capacité *exclusive* d'interpréter la loi dans toutes les situations⁹¹.

72. Deuxièmement, la déférence fondée sur le modèle institutionnel ne peut être absolue. Les différentes composantes du principe de la primauté du droit commandent aussi à tout le moins que les tribunaux rendent des décisions définitives et exécutoires dans certaines situations précises. Bien qu'il soit toujours loisible au législateur d'imposer une plus grande surveillance judiciaire et de limiter le degré de déférence dont les tribunaux doivent faire preuve à l'égard d'une décision donnée, il y a un « seuil » en dessous duquel le législateur ne peut fixer le rôle de surveillance des

⁸⁹ *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 RCS 554, p. 596 (la juge L'Heureux-Dubé dissidente, mais pas sur ce point).

⁹⁰ Voir Paul Craig, *Administrative Law*, 6^e éd. (London, Sweet and Maxwell, 2008), p. 445, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. II, onglet 13**; Paul Daly, « Deference on Questions of Law » (2011) 74:5 Mod L Rev 694, p. 697, 715, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. II, onglet 15**.

⁹¹ Voir *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 RCS 626, par. 38; *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 RCS 714; *Procureur général (Québec) et al. c. Farrah*, [1978] 2 RCS 638.

tribunaux. Étant donné que l'accent est mis sur la définition de l'*exigence* constitutionnelle, en pratique, les circonstances dans lesquelles les tribunaux doivent avoir le dernier mot sont limitées : bien qu'il puisse exister des raisons pragmatiques ou de principe de préférer que les tribunaux aient le dernier mot sur certaines questions, il n'y a habituellement pas d'impératif constitutionnel qui exige qu'il en soit ainsi.

73. Troisièmement, le respect de l'intention du législateur doit par ailleurs demeurer primordial dans la mesure où des considérations constitutionnelles ne l'excluent pas. Pour ce faire, il faut non seulement reconnaître que la création de régimes administratifs milite elle-même en faveur d'un contrôle fondé sur la retenue judiciaire, mais également laisser de la place à l'alternative, à savoir la reconnaissance du fait que la dérogation à la règle applicable par défaut est justifiée en présence d'un libellé législatif clair, notamment lorsqu'il existe une disposition législative prévoyant un appel sur des questions de droit.

74. Ainsi, une règle de déférence applicable par défaut ne modifierait pas le principe selon lequel « suivant le droit constitutionnel ou l'intention du législateur, la décision du tribunal administratif sur certaines questions doit être correcte, et ce sont les cours de justice qui décident en dernier ressort quelle est la décision “correcte” »⁹². Cela étant, l'imposition de la norme de la « décision correcte » – ou, pour être plus exact, de la norme de contrôle sans retenue judiciaire – sera justifiée, non pas parce que les tribunaux savent nécessairement mieux que les tribunaux administratifs ce que devrait être la « solution appropriée » dans un cas donné, mais plutôt parce que, dans certaines situations, des considérations fondées sur la primauté du droit ou sur l'intention manifeste du législateur exigent que *les tribunaux, en tant qu'institutions*, aient le dernier mot en la matière⁹³. Nous allons examiner ces situations dans la section suivante.

ii. Dérogations à la règle applicable par défaut exigée par le principe de la primauté du droit et d'autres principes constitutionnels

a) Questions constitutionnelles

⁹² *Alberta Teachers*, par. 94, le juge Cromwell, souscrivant au résultat (non souligné dans l'original).

⁹³ Voir l'hon. Yves-Marie Morissette, « What Is a “Reasonable Decision”? » (2018) 31 CJALP 225, p. 236 ff., Recueil des sources des *amici curiae*, vol. III, onglet 27.

75. La Constitution est « un ensemble complet de règles et de principes » qui offrent « un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement⁹⁴ ». Elle fixe des limites juridictionnelles et des jalons concrets pour le comportement des représentants de l'État. Les représentants de l'État sont liés par ces règles, sauf s'ils les modifient au moyen d'amendements constitutionnels par le biais des mécanismes prévus à la partie V de la *Loi constitutionnelle, 1982*⁹⁵.

76. La nature même d'une Constitution – la loi qui fixe les limites permises de toutes les autres lois et mesures étatiques – dicte que les normes constitutionnelles doivent avoir un sens déterminé et déterminable. Les acteurs étatiques doivent connaître les limites de leurs pouvoirs constitutionnels pour pouvoir agir dans les limites de leurs pouvoirs et le législateur ne peut modifier les limites de ses pouvoirs constitutionnels ni celles des acteurs étatiques par le biais de la prise de décisions déléguée.

77. Par conséquent, une des exigences minimales du contrôle judiciaire est que les juges, et non les représentants qui exercent les pouvoirs qui leur sont délégués par le législateur ou par l'exécutif, doivent avoir le dernier mot en ce qui concerne le sens de notre Constitution écrite ou non écrite, et qu'ils décident quelles mesures étatiques sont constitutionnelles ou non.

78. Il s'agit d'un principe fondamental qui existe depuis longtemps. Il est de jurisprudence constante que les conclusions de droit tirées par les organismes administratifs au sujet de l'interprétation constitutionnelle ne commandent pas la déférence. Comme la majorité l'a expliqué dans l'arrêt *Dunsmuir* : « l'organe législatif du gouvernement ne peut supprimer le pouvoir judiciaire de s'assurer que les actes et les décisions d'un organisme administratif sont conformes aux pouvoirs constitutionnels du gouvernement⁹⁶ ». Surtout lorsqu'il s'agit de contrôler la constitutionnalité des *lois*, la Cour a systématiquement reconnu « la position de premier plan à l'intérieur du régime constitutionnel » qu'ont toujours occupée les cours supérieures établies en vertu de l'art. 96 au Canada⁹⁷, ce qui a mené à leur reconnaissance comme seuls tribunaux au

⁹⁴ *Renvoi sur la sécession*, par. 32.

⁹⁵ *Renvoi sur la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, par. 28.

⁹⁶ *Dunsmuir*, par. 31.

⁹⁷ *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 RCS 307, p. 327.

Canada ayant le pouvoir d'invalider des lois en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹⁸.

79. Il s'ensuit nécessairement que les tribunaux doivent également avoir le dernier mot en qui concerne l'interprétation de la *Charte*, comme ils l'ont sur la portée de toute autre règle constitutionnelle. Comme la juge en chef McLachlin l'a dit fort à-propos dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University* :

[...] l'interprétation de la portée du droit garantie par la Charte doit être la même, peu importe l'identité de l'acteur étatique concernée, et il incombe aux tribunaux de veiller à ce que ce soit le cas à l'occasion d'un contrôle judiciaire. Une décision fondée sur une interprétation erronée de la Charte sera déraisonnable. Les Canadiens ne devraient pas craindre de voir les protections dont ils bénéficient variées selon la façon dont l'État a choisi de déléguer son pouvoir et de l'exercer⁹⁹.

80. Pour la même raison, les tribunaux doivent également avoir le dernier mot lorsqu'un droit consacré par la *Charte* a été violé et ils doivent pouvoir déterminer si cette violation est proportionnée à la lumière des objectifs législatifs qui sous-tendent une action administrative. Cela pourrait exiger une clarification du cadre établi dans l'arrêt *Doré/Loyola*¹⁰⁰. Dans l'arrêt *Trinity Western*, la majorité de la Cour a expliqué que « les droits garantis par la *Charte* ne sont pas moins vigoureusement protégés dans un cadre d'analyse de droit administratif », et a ensuite fait observer à juste titre qu'« [é]tant donné que les protections conférées par la *Charte* sont mises en cause, la cour de révision doit être convaincue que la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des protections en cause conférées par la *Charte* et du mandat pertinent prévu par la loi¹⁰¹ ». C'est tout à fait exact : ce sont les tribunaux qui doivent avoir le dernier mot en ce qui concerne la question de savoir si la mise en balance est proportionnée.

⁹⁸ Voir *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 RCS 570, p. 599-600; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 RCS 5, p. 17; *Windsor (Ville) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, par. 59-65.

⁹⁹ *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, par. 116 (non souligné dans l'original) [*Trinity Western*].

¹⁰⁰ *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12 [*Loyola*].

¹⁰¹ *Trinity Western*, par. 57, 59 (non souligné dans l'original).

81. La notion de décision raisonnable est bien entendu déjà intégrée dans l'analyse de la proportionnalité, comme elle l'est dans le cadre de l'arrêt *Oakes*. Comme la majorité l'a déclaré dans l'arrêt *Loyola*, « [l']analyse de la proportionnalité prescrite par l'arrêt *Doré* s'harmonise avec les étapes finales du cadre d'analyse énoncé dans *Oakes* qui sert pour déterminer si une restriction à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable au regard de l'article premier¹⁰² ». Mais la mention de la décision raisonnable dans le cadre de l'analyse énoncée dans l'arrêt *Oakes* ne devrait pas nous amener à conclure que la décision raisonnable est la norme de contrôle appropriée pour ce qui est de la question de savoir si une décision viole la *Charte* et si cette violation est proportionnée.

82. Bref, tout comme les organismes administratifs ne peuvent avoir le dernier mot quant à l'étendue de la compétence fédérale ou provinciale et, partant, sur la question de savoir si une loi ou une décision enfreint le partage des pouvoirs prévus par la Constitution, ils ne peuvent non plus avoir le dernier mot sur la portée d'un droit consacré par la *Charte*. La terminologie actuelle de la déférence à l'égard des décisions administratives touchant les droits garantis par la *Charte* risque de se traduire par une attitude de déférence à l'égard des interprétations de la portée et des conséquences des droits qui favorise l'acteur étatique au détriment de l'individu, et se traduire par des opinions contradictoires quant à la nature du droit en question.

b) Délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents

83. L'arrêt *Dunsmuir* a reconnu que les tribunaux devaient intervenir pour fixer les limites des compétences des tribunaux administratifs. Bien que ni l'arrêt *Dunsmuir* ni la jurisprudence relative à la norme de contrôle qui avait précédé cette décision ne justifient explicitement l'obligation que cette catégorie soit assujettie à un contrôle non exercé en fonction de la retenue judiciaire, la logique de cette exigence vaut toujours : si les cours de justice devaient respecter l'interprétation que les tribunaux administratifs font de la portée de leur compétence lorsque cette interprétation contredit celle d'un autre tribunal administratif, les plaideurs ne sauraient à qui s'adresser pour faire trancher une question déterminée, ou ils pourraient se retrouver avec des décisions

¹⁰² *Loyola*, par. 40.

contradictoires émanant de tribunaux ou d'organismes administratifs différents¹⁰³. On pourrait aboutir à une incohérence insurmontable en droit.

84. Les impératifs du principe de la primauté du droit, à savoir l'existence d'un ensemble de lois et l'application égale de la loi à tous imposent une exigence fondamentale d'intelligibilité : les justiciables doivent savoir vers qui se tourner et ils ne doivent pas être confrontés à des règles de droit contradictoires. En ce qui concerne les tribunaux administratifs concurrents, l'intelligibilité exige une réponse claire à la question de savoir quel organe a autorité sur quelle question. Or, on ne peut répondre à cette question que si les tribunaux judiciaires ont le dernier mot en la matière. À cet égard, l'intervention des tribunaux en pareil cas n'a pas pour but ultime de donner la « bonne » réponse quant à la portée « exacte » de la compétence de chaque acteur administratif. Il s'agit plutôt de donner tant aux plaideurs qu'aux organismes administratifs la prévisibilité et l'irrévocabilité nécessaires pour répondre à la question de savoir quel organisme a compétence sur qui et sur quoi.

c) Une discorde persistante source d'incohérence juridique

85. L'exigence d'intelligibilité juridique que commande la primauté du droit entraîne des conséquences semblables hors du contexte de la compétence concurrente des tribunaux administratifs. Elle suppose un niveau élémentaire de cohérence juridique en général, pour qu'il y ait « une seule loi pour tous¹⁰⁴ ». Une loi vague et indéchiffrable au point d'être incohérente ne saurait être tolérée lorsqu'il devient impossible de discerner la nature de la règle qui doit être appliquée à tous. En d'autres termes, « le manque de cohérence dans l'application des règles de droit mine l'intégrité de la primauté du droit¹⁰⁵ ».

86. Compte tenu de la nature et du modèle institutionnel de la justice administrative, le principe « à cause semblable, solution semblable » appelle nécessairement des nuances. L'égalité absolue devant la loi ne peut être atteinte dans ce domaine sans compromettre l'objectif de l'accès rapide et efficace à la justice. Ceci dit, l'égalité devant la loi ne peut être rendue illusoire. À cette fin, le

¹⁰³ Voir, par ex., *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 RCS 739, qui portait sur des décisions contradictoires émanant de décideurs administratifs différents ayant suivi un raisonnement semblable.

¹⁰⁴ *Renvoi sur la sécession*, par. 71.

¹⁰⁵ *Khosa*, par. 90 (le juge Rothstein, souscrivant au résultat).

rôle que jouent les tribunaux judiciaires pour assurer l'irrévocabilité, la prévisibilité et la cohérence du droit exige qu'ils interviennent en cas de discordance ou de contradiction persistantes dans les interprétations juridiques des organismes administratifs, même sur des questions juridiques à l'égard desquelles ils devraient normalement faire preuve de retenue.

87. Jusqu'à présent, la Cour a refusé de permettre aux tribunaux d'intervenir en pareil cas, en raison de plusieurs facteurs qui semblent appuyer la retenue judiciaire. Premièrement notre système judiciaire n'est pas toujours parfait : « la cohérence décisionnelle et la primauté du droit ne sauraient avoir un caractère absolu, dénué de tout contexte¹⁰⁶ ». Il existe des interprétations divergentes de la loi entre les cours supérieures et, bien que les interprétations juridiques obligatoires des cours d'appel constituent un moyen d'aborder le problème, rien ne garantit que toute interprétation incohérente d'une disposition législative sera éventuellement réglée en appel, d'autant plus que le droit d'appel n'est pas automatique et qu'il peut être assorti de restrictions ou de conditions préalables¹⁰⁷.

88. De plus, dans le contexte administratif, la Cour a jugé dans l'arrêt *Domtar* que « [d]ans le cadre du contrôle judiciaire, le problème de l'incohérence décisionnelle au sein d'instances administratives est indissociable de l'autonomie décisionnelle, l'expertise et l'efficacité de ces mêmes tribunaux »¹⁰⁸. La juge L'Heureux-Dubé a fait observer que le fait d'entrevoir la possibilité pour les tribunaux d'intervenir en cas d'interprétations juridiques contradictoires éliminerait l'autonomie décisionnelle et l'expertise spécialisée des tribunaux administratifs « dans un contexte où le législateur a déterminé que le tribunal administratif est celui qui est le mieux placé pour se prononcer sur la décision contestée¹⁰⁹ ».

89. Ces réflexions ont étayé les conclusions de la Cour dans l'arrêt *Domtar* et, plus récemment, une conclusion implicite tirée par la juge Abella dans l'affaire *Wilson*, selon laquelle les interprétations juridiques incompatibles des décideurs administratifs ne permettent pas à elles seules aux tribunaux judiciaires d'imposer leur propre interprétation de la loi.

¹⁰⁶ *Domtar c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 RCS 756, p. 787-788 [*Domtar*].

¹⁰⁷ Voir, par ex., le *Code de procédure civile* du Québec, RLRQ, ch. C-25.01, art. 30-32.

¹⁰⁸ *Domtar*, p. 788.

¹⁰⁹ *Domtar*, p. 797.

90. Il y a toutefois lieu de revoir ces conclusions. La déférence en tant que manifestation du respect de l'intention du législateur ne peut se justifier que dans la mesure où elle ne va pas à l'encontre des impératifs constitutionnels de la primauté du droit, dont celui de la cohérence ou de l'uniformité juridique comme moyen d'assurer l'égalité. De plus, on ne peut laisser la théorie éclipser complètement la personne. L'accès rapide efficace à la justice devant les tribunaux administratifs est en fin de compte vidé de son sens si cette forme de justice apparaît arbitraire aux yeux de ceux qui en relèvent.

91. Pourtant, c'est précisément l'arbitraire qui transparaît si des interprétations juridiques incohérentes persistent au sein d'un même organisme administratif. Lorsque la coexistence d'interprétations juridiques contradictoires devient la norme, le principe de la primauté du droit commence à s'effriter : la sens qui est donné à la loi en vient à dépendre de l'identité du décideur¹¹⁰, et la prévisibilité juridique se désagrège lorsque les parties se voient forcées de composer avec la réalité improbable qu'une loi peut signifier simultanément et raisonnablement à la fois « oui » et « non »¹¹¹. Une telle situation ne saurait être tolérée. À un moment donné, l'intention du législateur de confier certaines questions aux décideurs administratifs doit céder la place aux besoins de cohérence et de stabilité. C'est là que les tribunaux doivent intervenir.

92. Certes, il n'est pas facile de décider à quel moment il est nécessaire pour les tribunaux d'intervenir, mais cela ne devrait pas dissuader la Cour de tenter de trouver une solution. Dans leurs motifs dissidents dans l'arrêt *Wilson*, les juges Côté et Brown ont proposé une norme fondée sur « l'existence de divergences persistantes entre les décideurs administratifs [...] concernant l'interprétation d'une loi à laquelle le législateur voulait manifestement ne donner qu'un seul sens¹¹² ». C'est un bon point de départ lorsqu'on le rapproche de la reconnaissance par la Cour dans l'arrêt *Domtar* du fait que l'objectif de la cohérence absolue en matière d'interprétation de la loi n'est pas compatible avec la nature et le modèle institutionnel de la justice administrative. Ainsi l'idée que le législateur voulait que la loi soit interprétée d'une seule façon doit être vue comme signifiant qu'il est impossible que la loi puisse signifier « oui » et « non » en même temps et non

¹¹⁰ Voir *Wilson*, par. 85-87 (les juges Brown et Côté, dissidents); J. M. Evans, « Triumph of Reasonableness: But How Much Does It Really Matter? » (2014) 27 CJALP 101, p. 105, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. II, onglet 19.

¹¹¹ Par ex., les interprétations divergentes des dispositions du *Code canadien du travail* (*Wilson*, par. 83).

¹¹² *Wilson*, par. 89.

dans le sens que l'interprétation retenue par les tribunaux judiciaires est la seule qui se justifie. En second lieu, les tribunaux ne devraient intervenir qu'en cas de contradiction véritablement *persistante* : l'existence d'une seule décision contradictoire, mais raisonnable ne porte pas nécessairement atteinte aux principes de la primauté du droit au sein de l'État administratif¹¹³.

93. Cette approche fournit au point de repère permettant aux tribunaux de déterminer s'ils doivent intervenir dans des circonstances dans lesquelles ils devraient autrement faire preuve de retenue. Bien que les paramètres de cette catégorie doivent évoluer avec le temps, dès lors que le principe sous-jacent est solide, il incombe aux tribunaux de s'atteler à cette tâche difficile.

94. Enfin, il est important de souligner que la nécessité d'une certaine cohérence dans l'interprétation des lois n'implique pas nécessairement que les *tribunaux* auront toujours le dernier mot en la matière¹¹⁴. Il est tout à fait possible que les organismes administratifs eux-mêmes parviennent à un degré acceptable de cohérence, lorsqu'il existe des mécanismes appropriés pour résoudre les conflits d'interprétation et dégager un consensus¹¹⁵. Dans la mesure où de tels mécanismes existent et où aucun autre principe n'oblige les tribunaux à imposer leur propre point de vue sur une question donnée, les juges saisis de demandes de contrôle judiciaire doivent faire preuve de retenue face aux consensus atteints dans le cadre administratif.

d) Questions revêtant une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble

95. Enfin, l'un des deux *amici curiae* est d'avis que les impératifs d'égalité devant la loi, d'uniformité juridique et d'intelligibilité juridique exigent également que les tribunaux aient le dernier mot sur les questions qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble.

96. Dans l'arrêt *Dunsmuir* et dans la jurisprudence qui l'a précédé et celle qui l'a suivi, la Cour a reconnu qu'au-delà des questions constitutionnelles, certaines questions juridiques exigeaient des réponses cohérentes. Toutefois, conformément à l'abandon de l'expertise en tant que facteur

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Voir Daly, « Deference on Questions of Law », p. 711, Recueil des sources des *amici curiae*, **vol. II, onglet 15**.

¹¹⁵ Voir, par ex., *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, par. 8, 42 [*Pâtes & Papier Irving*].

déterminant de la norme de contrôle, cette catégorie doit être axée sur des considérations fondées sur la primauté du droit qui obligent les tribunaux à avoir le dernier mot, et non sur l'existence d'une expertise relative artificielle. La prémisse de base est la suivante : les questions qui revêtent une importance capitale pour le système juridique doivent être tranchées de façon définitive par les tribunaux « dans un souci de cohérence de l'ordre juridique fondamental du pays¹¹⁶ ».

97. Cette catégorie est nécessairement étroite, étant donné qu'elle est axée sur des questions qui « jouent un rôle central dans l'administration de la justice¹¹⁷ » et qui peuvent donc s'appliquer dans une foule de contextes judiciaires, quasi-judiciaires et administratifs. Les questions qui se posent à ce niveau seront probablement d'ordre structurel, et auront une incidence non seulement sur les droits individuels ou sur les droits des personnes assujetties à un régime de réglementation particulier¹¹⁸, mais aussi et surtout sur la façon dont le système judiciaire lui-même fonctionne et sur la façon dont les justiciables interagissent avec lui.

98. Certaines questions que la Cour a déjà expressément reconnues comme revêtant une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble fournissent des repères dont les tribunaux peuvent se servir pour déterminer quelles autres questions pourraient nécessiter un contrôle non fondé sur la retenue judiciaire. Avant l'arrêt *Dunsmuir*, mais dans des motifs auxquels la Cour a souscrit dans cet arrêt¹¹⁹, la Cour a jugé, dans l'arrêt *Toronto (SCFP)*, que des règles complexes de common law concernant le « droit en matière de remise en cause de questions ayant fait l'objet de décisions judiciaires définitives antérieures » (y compris des questions concernant le principe de l'autorité de la chose jugée et de l'abus de procédure), qui exigent des décideurs qu'ils réalisent un équilibre entre l'irrévocabilité, l'équité, l'efficacité et l'autorité des décisions judiciaires¹²⁰ » permettent de conclure qu'il s'agit de questions qui revêtent une importance capitale pour l'ensemble du système juridique. Depuis l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour a estimé que seulement une poignée de sujets revêtaient clairement une importance capitale pour le système

¹¹⁶ *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, par. 47 [**McLean**]; voir également *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, par. 22.

¹¹⁷ *Toronto (Ville) c. SCFP, section locale 79*, 2003 CSC 63, par. 15 [**Toronto (SCFP)**].

¹¹⁸ Voir *Chemins de fer nationaux*, par. 60.

¹¹⁹ *Dunsmuir*, par. 63.

¹²⁰ *Toronto (SCFP)*, par. 15.

juridique, à savoir : la portée de l'obligation de neutralité religieuse de l'État¹²¹, le secret professionnel de l'avocat¹²² et, plus récemment, le privilège parlementaire¹²³.

99. Il s'agit dans tous les cas de questions dont la portée et l'interprétation ont un impact significatif sur l'ordre juridique ou l'administration de la justice. Par exemple, la relation avocat-client, qui exige une communication sans réserve et en toute confidentialité, ne pourrait pas fonctionner si des renseignements ou des documents étaient considérés comme privilégiés dans un contexte, mais pas dans l'autre. De même, le législateur qui doute de l'étendue de son immunité parlementaire ne peut prendre le risque d'accomplir un acte qui serait protégé dans un contexte administratif, mais pas dans l'autre; une telle incertitude pourrait l'empêcher de bien s'acquitter de sa mission constitutionnelle.

100. Il n'est pas possible de cataloguer de façon exhaustive les questions qui entrent dans cette catégorie. Néanmoins, ces exemples illustrent bien la raison d'être de cette catégorie. Bien que l'existence de cette catégorie – ou d'ailleurs de toute catégorie – signifie que les plaideurs mettront ses limites à l'épreuve dans d'autres affaires, cela fait partie intégrante de l'évolution du droit.

101. L'autre *amicus curiae* est d'avis que la Constitution n'exige pas un contrôle non fondé sur la retenue judiciaire – c'est-à-dire sur la norme de la décision correcte – pour ce qui est des questions dites « d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble ». L'importance des décisions administratives déborde rarement le cadre du litige ou du régime administratif dans lequel elles sont rendues. De plus, la portée relativement flottante du concept de « l'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » offre de multiples possibilités à ceux qui voudraient contourner la règle de la déférence applicable par défaut. Dans la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour a relevé un certain nombre de questions de ce genre, mais elle a toujours refusé de procéder à un contrôle selon la norme de la décision

¹²¹ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, par. 49-51 [*Saguenay*].

¹²² *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, par. 21-22, 26.

¹²³ *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39; plusieurs des membres de la Cour considèrent que le privilège parlementaire comporte des dimensions constitutionnelles (voir *Chagnon*, par. 64 (le juge Rowe), 87 (les juges Côté et Brown)); voir également *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, par. 37 (la juge Karakatsanis), 122, 140 (le juge Brown)).

correcte par respect pour l'expertise des décideurs¹²⁴. Libérée de la contrainte de l'expertise, cette catégorie présente un potentiel extraordinaire d'expansion qui est incompatible avec l'idée maîtresse de la règle de la déférence applicable par défaut. Il y a tout simplement lieu de l'abandonner. Le contrôle judiciaire sans retenue judiciaire sur toutes les questions constitutionnelles, sur la délimitation des compétences et sur les contradictions persistantes, dont nous avons déjà parlé, ajouté au contrôle fondé sur la retenue judiciaire pour toutes les autres questions, offrent un cadre suffisant pour assurer le seuil critique de cohérence que commande le principe de la primauté du droit.

iii. Dérogations fondées sur des indications claires de l'intention du législateur

102. L'accent mis sur l'expertise a donné lieu à une approche asymétrique en ce qui concerne l'intention du législateur. D'une part, les tribunaux ont pour instruction de respecter les organismes administratifs du fait de l'intention présumée du législateur laquelle est, à son tour, fondée sur l'expertise présumée du décideur administratif, même dans des circonstances où cette présomption n'est pas justifiée dans les faits. D'autre part, on leur demande d'ignorer les conséquences du droit, prévu par la loi, d'interjeter directement appel à un tribunal judiciaire de décisions administratives sur certains sujets.

103. On invoque souvent l'expertise pour minimiser l'importance des droits d'appel prévus par la loi¹²⁵. Toutefois, dès lors que l'on replace l'expertise dans son contexte et qu'on situe le modèle institutionnel au centre de l'analyse, on ne peut plus en toute logique ignorer cet indice clair de l'intention du législateur.

104. Comme nous l'avons déjà expliqué, le législateur est toujours libre de prévoir une surveillance judiciaire *accrue* des décisions administratives. Il n'y a pas de considérations fondées sur la primauté du droit qui obligerait les tribunaux à ignorer ou à atténuer les indices prévus par la loi. Les lois qui prévoient explicitement le contrôle selon la norme de la décision correcte dans certaines circonstances en sont un exemple clair¹²⁶, mais il n'y a aucune raison pour que les

¹²⁴ Voir, par ex., *Groia*, par. 51.

¹²⁵ Voir *Edmonton East*, par. 29-34; *Saguenay*, par. 38; *Dr. Q.*, par. 17, 21, 27, 36; *McLean*, par. 169-179 (la juge Abella, souscrivant au résultat); *Pezim*, p. 591-595.

¹²⁶ Voir, par ex., *Administrative Tribunals Act*, SBC 2004, ch. 45, art. 58 et 59.

tribunaux considèrent qu'il s'agit du *seul* cas où le législateur a exprimé clairement sa volonté que les tribunaux fassent preuve de moins de déférence envers une décision administrative donnée¹²⁷.

105. À cet égard, si la création d'un régime administratif distinct indique l'intention du législateur de soustraire certains types de décisions aux tribunaux, la création d'un droit d'appel sur des questions distinctes démontre certainement le contraire. Un droit d'appel prévu par la loi sur une question de droit constitue un indice clair – certains diraient un « signe sans équivoque »¹²⁸ – que le législateur opte pour un contrôle qui n'exige pas de retenue judiciaire, sous réserve de la norme de contrôle habituelle en appel.

106. De plus, bien que la tendance à ignorer les conséquences des droits d'appel prévus par la loi sur des questions distinctes se reflète dans la tendance à ignorer les conséquences des dispositions privatives, les facteurs applicables ne sont pas les mêmes. L'arrêt *Crevier* a établi que, même si les dispositions privatives traduisent l'intention du législateur de soustraire *tous* les aspects d'une décision administrative à l'examen judiciaire, les tribunaux agissent de façon inconstitutionnelle lorsqu'ils donnent pleinement effet à de telles dispositions, tandis que les dispositions prévoyant *moins de* déférence sont de toute évidence permises. Par ailleurs, si la déférence fondée sur le modèle institutionnel est la règle applicable par défaut, les dispositions privatives ont tout simplement perdu leur raison d'être dans le cadre de cette analyse.

107. Enfin, une importante considération d'ordre contextuel milite aussi en faveur d'une plus grande reconnaissance des dispositions législatives conférant un droit d'appel. L'existence d'un droit d'appel sur certaines questions n'empêche pas les parties de présenter une demande habituelle de contrôle judiciaire de la décision administrative attaquée sur des points qui ne sont pas visés par le droit d'appel restreint en question¹²⁹. Cette coexistence du droit d'appel et du contrôle judiciaire, combinée à l'interprétation atténuée des clauses d'appel par les tribunaux risque de rendre certaines dispositions d'appel totalement superflues.

¹²⁷ Voir, par ex., *Bell*, CAF, par. 192 (le juge Nadon, souscrivant au résultat), au sujet du par. 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, LC 1991, ch. 11.

¹²⁸ *Bell*, CAF, par. 190 (le juge Nadon, souscrivant au résultat).

¹²⁹ Voir *Edmonton East*, par. 78 (les juges Côté Brown, dissidents); *Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 180, par. 35; *Code de procédure civile*, art. 529, al. 2; voir également *Trudel c. Re/Max 2001 MFL inc.*, 2013 QCCA 1396, par. 6-7, 13-15.

108. Dans l'affaire *Edmonton East*, par exemple, la loi permettait d'interjeter appel sur autorisation à la Cour du Banc de la Reine sur des questions de droit à l'encontre des décisions d'une commission municipale de révision de l'évaluation foncière – le même tribunal qui statuerait sur le contrôle judiciaire de toute question soulevée par la décision de la commission municipale. La majorité de la Cour suprême a choisi de n'accorder aucune valeur à ce droit d'appel pour arrêter la norme de contrôle applicable¹³⁰, mais, ce faisant, elle a vidé de son sens ce droit d'appel, étant donné que la même norme – celle de la décision raisonnable – s'appliquerait peu importe que la Cour du Banc de la Reine statue sur la demande de contrôle judiciaire ou qu'elle accorde l'autorisation d'en appeler sur une question de droit particulière. Mais si un appel interjeté sur autorisation relativement à des questions de droit mène au même processus d'analyse de révision d'une décision que le contrôle judiciaire, l'appel prévu par la loi perd complètement sa raison d'être, et ce, même si « *le législateur ne parle pas pour rien dire*¹³¹ ».

109. Cela dit, les droits d'appel ne s'équivalent pas tous. Il existe au Canada une foule d'appels prévus par la loi, qui sont assortis de diverses exigences procédurales et qui comporte un large éventail de conséquences pour le tribunal saisi de l'affaire¹³². En ce sens, dans bien des cas, le mot « appel » n'est peut-être pas bien choisi. Il serait sans doute préférable de considérer les droits généraux d'appel sur tous les aspects d'une décision administrative, qui n'établissent pas de distinction entre les divers types de questions, comme créant simplement le cadre procédural en vertu duquel le contrôle judiciaire habituel de la décision doit être effectué. De telles dispositions n'indiquent pas assez clairement que les juridictions de contrôle doivent avoir le dernier mot. Par contre, lorsque, comme dans l'affaire *Edmonton East*, le droit d'appel prévu par la loi fait ressortir certains types de questions de fond à examiner – comme les « questions de droit ou de compétence » –, on dispose alors d'un indice clair que ces questions doivent être traitées différemment. Même s'il faudra un certain temps avant que les tribunaux établissent plus clairement la ligne de démarcation entre les dispositions procédurales et les droits substantiels d'appel, la distinction demeure elle-même importante.

¹³⁰ *Edmonton East*, par. 27-31.

¹³¹ *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, par. 142.

¹³² Robert Macaulay, *External Review of Administrative Decisions: Petitions to cabinet, appeals to court, and judicial review* (Toronto, Thomson Reuters, 2016), p. 27C-17 à 27C-18, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. III, onglet 26.

110. Certes, la reconnaissance de certains droits d'appel prévus par la loi en tant qu'indicateurs clairs de l'intention du législateur selon laquelle ce sont les tribunaux, et non les décideurs administratifs, qui ont le dernier mot sur certaines questions, constituerait un écart important par rapport à la jurisprudence élaborée par la Cour depuis même avant l'arrêt *Dunsmuir*. Toutefois, la Cour doit accepter cette dérogation si elle est justifiée en principe et si elle est nécessaire en pratique pour rétablir une certaine cohérence dans l'état du droit. En l'espèce, un réexamen de la jurisprudence existante sur les droits d'appel prévus par la loi est non seulement justifié, mais nécessaire si l'on veut que la recherche de l'intention du législateur ne soit pas qu'une simple formule accrocheuse que l'on appose au début de toute analyse de la norme de contrôle.

111. Cela étant, que la Cour soit d'accord ou non avec cette conclusion, elle devrait en tout état de cause donner des indications claires au législateur quant au type de libellé législatif qui *serait* suffisant. Par exemple, si la seule expression de l'intention du législateur que la Cour entend accepter est un énoncé explicite de la norme de contrôle applicable à une question donnée, comme celui qu'on trouve dans des lois comme la *Administrative Tribunals Act*¹³³ de la Colombie-Britannique, la Cour devrait le dire et donner aux assemblées législatives la possibilité de réagir en conséquence.

iv. Les tribunaux devraient examiner les questions d'équité procédurale en appliquant l'arrêt *Baker*

112. Une brève mention du contrôle judiciaire de l'équité procédurale s'impose. Bien que la Cour ait confirmé dans l'arrêt *Khela* que « la norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l'équité procédurale sera toujours celle de la “décision correcte”¹³⁴ », certains tribunaux ont laissé entendre que la présomption de déférence – et partant, le contrôle fondé sur la norme de la décision raisonnable – devait être étendue à l'évaluation du respect des critères en matière d'équité procédurale¹³⁵. D'autres ont suggéré que l'analyse de la norme de

¹³³ *Précité*, note 125.

¹³⁴ *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, par. 79.

¹³⁵ Voir, par ex., *Syndicat des travailleuses et travailleurs de ADF – CSN c. Syndicat des employés de Au Dragon forgé inc.*, 2013 QCCA 793; *Maritime Broadcasting System Ltd. c. La guilde canadienne des médias*, 2014 CAF 59, par. 49-63; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, par. 70-77.

contrôle était mal adaptée à l'examen de l'équité procédurale¹³⁶. Dans la mesure où ces décisions et ces commentaires semblent créer de l'incertitude dans le droit, la Cour pourrait apporter des éclaircissements salutaires.

113. Étant donné que les exigences en matière de respect de l'équité varient et dépendent inévitablement du contexte législatif¹³⁷, une certaine déférence envers les choix législatifs ou administratifs en matière procédurale est déjà prévue dans le cadre de l'arrêt *Baker*, qui va jusqu'à préciser le degré d'équité procédurale exigée dans une situation déterminée et les droits procéduraux précis qui sont garantis¹³⁸. Cela ne signifie pas pour autant qu'une fois que ces choix ont été pris en compte à l'étape de l'établissement des exigences de l'équité, la juridiction de contrôle devrait respecter l'appréciation faite par le tribunal administratif quant à la question de savoir si ces exigences ont été respectées. Cette distinction conceptuelle, qui semble passée inaperçue dans la jurisprudence favorable à la retenue sur les questions d'équité procédurale, a été formulée de façon rigoureuse par le juge Rennie de la Cour d'appel fédérale dans une décision récente :

La déférence dont on peut faire preuve à l'égard des tribunaux en ce qui concerne leurs choix en matière de procédure ne signifie pas que la question fondamentale de savoir si les procédures étaient, dans l'ensemble, équitables, est appréciée selon la norme de la décision raisonnable. Cet argument assimile les facteurs contextuels qui visent à déterminer *le degré* d'équité (p. ex., le caractère adéquat d'une audience sur dossier par opposition à une audience tenue de vive voix) à la question fondamentale, soit de *savoir si* la partie connaissait la preuve à réfuter, si elle a eu la possibilité de répondre et si un décideur impartial a examiné sa preuve pleinement et équitablement. L'argument que la norme de contrôle applicable est la norme de la décision correcte,

¹³⁶ Voir, par ex., *Brooks c. Ontario Racing Commission*, 2017 ONCA 833, par. 5 : [TRADUCTION] « aucune analyse de la norme de contrôle n'est nécessaire » pour évaluer l'équité procédurale (voir également Edward Clark, « Reasonably Unified: The Hidden Convergence of Standards of Review in the Wake of *Baker* » (2018) 31 CJALP 1, p. 8–9, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. II, onglet 10; l'honorable Simon Ruel, « What is the Standard of Review to Be Applied to Issues of Procedural Fairness? » (2016) 29 CJALP 259, p. 268, Recueil des sources des *amici curiae*, vol. IV, onglet 31).

¹³⁷ *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 RCS 653, p. 682.

¹³⁸ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817, par. 27.

assortie d'un élément de déférence, combine donc deux questions distinctes¹³⁹.

114. Bref, ou bien un processus est juste, ou bien il ne l'est pas. En ce sens, il semble plus logique de considérer que l'analyse de la norme de contrôle et la démarcation entre la norme de la décision raisonnable et celle de la décision correcte qui s'applique aux décisions portant sur les questions de fond ne constitue effectivement pas une façon utile d'aborder un problème qui est de nature procédurale. Tout comme aucune analyse de la norme de contrôle ne s'applique pour déterminer si un décideur a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ou a irrégulièrement délégué ces pouvoirs – les juridictions de contrôle interviennent et tranchent elles-mêmes ces questions (essentiellement procédurales) –, il devrait en être de même lorsqu'il s'agit de déterminer si des individus ont bénéficié des garanties procédurales auxquelles ils avaient droit.

D. Contrôle fondé sur la retenue judiciaire

115. Un cadre utile pour arrêter la norme de contrôle applicable ne suffit pas entièrement à la tâche. Il faut également donner un sens concret au contrôle fondé sur la retenue judiciaire, faute de quoi les principes guidant la détermination de la norme de contrôle perdent toute leur importance. Les présents pourvois donnent à la Cour l'occasion de formuler d'autres directives sur la façon de procéder à un contrôle fondé sur la retenue judiciaire.

116. Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour a déclaré que la déférence était une attitude de respect. En ce qui concerne les modalités de la déférence, elle a précisé que le caractère raisonnable « tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel¹⁴⁰ ». Il semble donc que le contrôle fondé sur la norme de la décision raisonnable soit principalement axé sur les motifs énoncés à l'appui de la décision, bien qu'on ne puisse faire l'économie de la question de savoir si la décision appartient aux issues possibles acceptables. Voilà une explication qui se tient sur le plan des principes, en ce sens que, même si des motifs intelligibles ne pourraient justifier une décision qui n'appartient pas aux issues possibles acceptables, une décision qui *pourrait* être acceptable doit néanmoins être annulée si les motifs de

¹³⁹ *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général, 2018 CAF 69, par. 41.*

¹⁴⁰ *Dunsmuir*, par. 47.

cette décision révèlent qu'elle est fondée sur des motifs irréguliers (par ex., lorsque le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon abusive, comme dans l'affaire en *Roncarelli*).

117. Toutefois, depuis l'arrêt *Dunsmuir*, plusieurs développements jurisprudentiels ont fait en sorte que l'approche est désormais axée presque exclusivement sur le résultat et non plus sur les motifs de la décision. Tout d'abord, dans l'arrêt *Newfoundland Nurses*, la juge Abella a affirmé que l'insuffisance des motifs ne permettait pas à elle seule de casser une décision et que les juridictions de contrôle devaient examiner les motifs en corrélation avec le résultat dans le cadre d'un « exercice global » visant à vérifier si la décision est raisonnable¹⁴¹. La juridiction de contrôle doit en outre « d'abord chercher à compléter [les motifs] avant de tenter de les contrecarrer » en examinant le dossier dans son ensemble, ainsi que les arguments des parties¹⁴². Ultérieurement, dans des décisions dans lesquelles *aucun* motif n'avait été fourni pour justifier une décision particulière, la majorité a proposé elle-même les motifs qui « auraient pu être présentés » pour justifier cette décision¹⁴³. Pour compliquer encore plus les choses, même lorsque la décision est motivée, la majorité de la Cour a entrepris à l'occasion sa propre analyse de la question de droit en litige¹⁴⁴. Cette situation a, ce qui était peut-être inévitable, donné lieu à la critique selon laquelle les juges saisis de demande de contrôle ne font preuve de déférence que pour la forme et entreprennent purement et simplement un examen *de novo* pour imposer leur propre opinion de ce que devrait être l'issue appropriée¹⁴⁵.

118. Les *amici curiae* affirment que, lorsque la décision est motivée, les motifs doivent toujours être le point de départ d'un contrôle fondé sur la retenue judiciaire en vue de vérifier le caractère raisonnable d'une décision. Au lieu d'examiner d'abord le texte législatif ou le contexte pour justifier la décision, la juridiction de contrôle doit partir de l'explication fournie par le décideur pour déterminer si cette explication comporte des lacunes qui portent un coup fatal à la légalité de la décision. Concrètement, lorsque la décision contestée porte sur l'interprétation d'une loi, les juridictions de contrôle devraient tenir compte de la méthode d'interprétation qui a été suivie dans la décision soumise à leur examen pour éviter les erreurs importantes, au lieu de se livrer à leur

¹⁴¹ *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, par. 14

¹⁴² *Ibid.*, par. 11-12, 17-18.

¹⁴³ *Alberta Teachers; Edmonton East*.

¹⁴⁴ Voir, par ex., *Dionne c. Commission scolaire des Patriotes*, 2014 CSC 33, par. 39, 43.

¹⁴⁵ Voir, par ex., *précité*, note 40.

propre interprétation. Cela étant, lorsque les motifs révèlent qu'elle était fondée sur des motifs irréguliers, la décision ne devrait pas être confirmée même si elle pourrait autrement appartenir aux issues possibles acceptables.

119. Nous constatons que la Cour a souvent déclaré que la raisonnable « s'adapte au contexte »¹⁴⁶. Certains tribunaux inférieurs ont interprété cette affirmation comme une acceptation d'une échelle mobile en matière de déférence, comme il en a été question dans les propositions susmentionnées. À notre avis, l'idée de normes plus ou moins rigoureuses en matière de raisonnable a été mise en veilleuse dans les arrêts *Dunsmuir* et *Khosa* et elle ne devrait plus être relancée. Lorsqu'on dit que la raisonnable s'adapte au contexte, on veut simplement dire que la décision doit être raisonnable par rapport au régime législatif et aux faits de l'affaire. Il y a plusieurs façons de parvenir à une décision raisonnable, et la déférence signifie que les tribunaux ne devraient pas intervenir même s'ils auraient pu suivre un chemin différent et en arriver à un autre résultat.

120. Plusieurs arrêts de la Cour illustrent comment il est possible, en pratique, d'effectuer un contrôle fondé sur la déférence à partir des motifs qui ont été fournis. Dans l'arrêt *Igloo Vikski*, le juge Brown a examiné le caractère raisonnable du tarif des douanes déterminé par le Tribunal canadien du commerce extérieur à la lumière des motifs exposés par le TCCE, en examinant les présumées erreurs commises par le TCCE dans son analyse au lieu de se lancer dans une interprétation *de novo* du Tarif¹⁴⁷. Le juge Gascon a également effectué une analyse axée sur les motifs de la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire dans l'affaire *Commission canadienne des droits de la personne* en cherchant des lacunes dans le raisonnement de la Commission, plutôt que d'entreprendre sa propre interprétation de la loi habilitante de la Commission¹⁴⁸. Ces décisions fournissent un modèle pratique et illustrent le fait que, lorsque l'on dispose de motifs, il est possible de procéder à un contrôle fondé sur la déférence qui met l'accent sur la justification *réelle* de la décision.

121. Cela étant, il existe des cas dans lesquels la décision n'est pas motivée ou du moins dans lesquels certains aspects de la décision ne sont pas motivés. Toutefois, bien que l'équité

¹⁴⁶ *Khosa*, par. 59.

¹⁴⁷ *Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc.*, 2016 CSC 38, par. 30-50.

¹⁴⁸ *CCDP*, par. 56-65.

procédurale n'exige pas *toujours* que la décision soit motivée, les situations dans lesquelles l'absence de motifs sera acceptable sont rares. Il est essentiel à la légitimité institutionnelle – tant des tribunaux judiciaires que de l'État administratif – que les décisions soient motivées et, lorsqu'une juridiction de contrôle est contrainte de fournir des motifs à la place du tribunal administratif, force est de constater que le rôle de ce dernier en tant que décideur de première ligne se voit compromis. De plus, toute forme de contrôle d'une décision non étayée de motifs est problématique, en ce sens qu'elle ne permet pas au tribunal de vérifier si la décision a été rendue à la lumière de considérations appropriées ou de motifs irréguliers.

122. Tant du point de vue pratique qu'analytique, l'absence de motifs rend difficile, voire impossible la véritable déférence. Lorsqu'une décision n'est pas motivée, la juridiction de contrôle n'a souvent pas d'autre choix que d'entreprendre sa propre analyse pour déterminer si la décision appartient aux issues possibles acceptables à la lumière de ce que le dossier révèle. En pareil cas, il n'y a sans doute tout simplement pas de distinction pratique entre le contrôle exercé selon la déférence et l'analyse *de novo*. Une solution de rechange qui s'offre à la juridiction de contrôle pourrait par conséquent être de renvoyer l'affaire au décideur pour qu'il rende une nouvelle décision motivée¹⁴⁹. Toutefois, cette perspective soulève à son tour des problèmes d'efficacité et d'accès à la justice pour le plaideur qui se voit ainsi contraint d'attendre encore plus longtemps avant d'obtenir une décision finale sur la question en litige.

123. Si le fait de motiver une décision peut orienter les tribunaux vers une approche véritablement axée sur la déférence en matière de contrôle judiciaire, on peut alors penser que les organismes administratifs assument eux-mêmes en pratique une certaine part de responsabilité pour s'assurer que cela se réalise.

PARTIE IV – ARGUMENTS AU SUJET DES DÉPENS

124. Les *amici curiae* ne réclament pas de dépens et demandent de ne pas être condamnés aux dépens.

¹⁴⁹ Voir, par ex., la démarche suggérée par le juge Stratas dans l'arrêt *Bonnybrook Industrial Park Development Co. Ltd. c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 136, par. 87-95.

PARTIE V – ORDONNANCE DEMANDÉE

125. Les *amici curiae* ne sollicitent aucune ordonnance de la Cour.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

Montréal, le 5 novembre 2018

Audrey Boctor
IMK LLP
Amicus Curiae

Daniel Jutras, Ad. E.
Université McGill
Amicus Curiae

Olga Redko
IMK LLP

Edward Béchard-Torres
Université McGill

PARTIE VI – TABLE DES SOURCES

Législation

Paragraphe(s)

Administrative Tribunals Act, SBC 2004, ch. 45102,109
Anglais : art. [58 et 59](#)

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 1150,73,76
Anglais : art. [52](#)
Français : art. [52](#)

Code canadien du travail, LRC 1985, ch. L-289
[English](#)
[Français](#)

Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25.0185,107
Anglais : art. [30-32](#), [529 \(2\)](#)
Français : art. [30-32](#), [529 \(2\)](#)

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)50,55
Anglais : art. [96](#)
Français : art. [96](#)

Loi sur la radiodiffusion, LC 1991, ch. 11102
Anglais : art. [31\(2\)](#)
Français : art. [31\(2\)](#)

Jurisprudence

Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association, [2011 CSC 61](#)30,32,44,58,68,72,115

Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary, [2016 CSC 53](#)96

Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission, [1969] 2 AC 147 (CL)60,63

<u>Jurisprudence (suite)</u>	<u>Paragraphe(s)</u>
<i>Attorney-General (NSW) c. Quin</i> , (1990) 170 CLR 161
<i>Babcock c. Canada (Procureur général)</i> 2002 CSC 5750
<i>Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [1999] 2 RCS 817111
<i>BC Columbia Electric Railway c. Canada National Railway</i> , [1932] SCR 16114
<i>BCGEU v. British Columbia (Procureur général)</i> , [1988] 2 RCS 21452
<i>Bell Canada c. 7265921 Canada Ltd.</i> , 2018 FCA 17436,47,102,103
<i>Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)</i> , [1989] 1 RCS 172224
<i>Bell c. Ontario (Human Rights Commission)</i> , [1971] RCS 75617
<i>Blanchard c. Control Data</i> , [1984] 2 RCS 47663
<i>Bonnybrook Industrial Park Development Co. Ltd. c. Canada (National Revenue)</i> , 2018 FCA 136120
<i>British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.</i> , [1995] 2 RCS 73981
<i>Brooks c. Ontario Racing Commission</i> , 2017 ONCA 833110
<i>Canada (Procureur général) c. Igloo Vikiski Inc.</i> , 2016 CSC 38118
<i>Canada (Procureur général) c. Mossop</i> , [1993] 1 RCS 55468
<i>Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.</i> , 2010 CSC 6256
<i>Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)</i> , 2018 CSC 3130,32,40,58,118
<i>Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)</i> , 2011 CSC 5394
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa</i> , 2009 CSC 1240,83,117

Jurisprudence (*suite*)

Paragraphe(s)

<i>Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.</i> , 2001 CSC 3646
<i>Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.</i> , [1997] 1 RCS 74823,46
<i>Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net</i> , [1998] 1 RCS 62669
<i>Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec</i> , 2018 CSC 39
<i>Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)</i> , 2018 CAF 69111
<i>Chevron U.S.A. Inc. c. Nat. Res. Def. Council, Inc.</i> , 467 US 837 (1984)63
<i>Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie</i> , 2007 CSC 2150
<i>Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)</i> , 2014 CSC 4032,58,95
<i>Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.</i> , [1983] 1 RCS 14756
<i>City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission</i> , 133 S. Ct. 1863 (2013)59,63
<i>Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez</i> , [1975] 1 RCS 22856
<i>Crevier c. Québec (Procureur général)</i> , [1981] 2 RCS 22054,55,56,57,58,104
<i>Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)</i> , [1991] 2 RCS 576
<i>Dionne c. Commission scolaire des Patriotes</i> , 2014 CSC 33 115
<i>Domtar c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)</i> , [1993] 2 RCS 75685,86,87,90
<i>Doré c. Barreau du Québec</i> , 2012 CSC 1277

Jurisprudence (*suite*)

Paragraphe(s)

<i>Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College</i> , [1990] 3 RCS 57076
<i>Dr. Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia</i> , 2003 CSC 1946,101
<i>Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick</i> , 2008 CSC 9	3,4,5,26,27,28,29,30,31,32,33 34,36,39,40,46,57,58,76,81,9496,99,108,114,115,117
<i>École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)</i> , 2015 CSC 1278,79
<i>Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.</i> , 2016 CSC 4730,32,40,46,101,104,105,106,107,115
<i>Enfield City Corporation c. Development Assessment Committee</i> , (2000) HCA 561
<i>Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)</i> , 2014 CAF 245110
<i>Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.</i> , [1993] 2 RCS 31624
<i>Garneau Community League c. Edmonton (City)</i> , 2017 ABCA 37447
<i>Groia c. Barreau du Haut-Canada</i> , 2018 CSC 2732,99
<i>Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 FCA 180105
<i>Halifax (City) c. Halifax Harbour Commissioners</i> , [1935] RCS 21514
<i>Housen c. Nikolaisen</i> , 2002 CSC 3337
<i>King C. Burwell</i> , 135 S. Ct. 2480 (2015)63
<i>Knight c. Indian Head School Division No. 19</i> , [1990] 1 RCS 653111

<u>Jurisprudence (suite)</u>	<u>Paragraphe(s)</u>
<i>Law Society of British Columbia c. Trinity Western University</i> , 2018 CSC 3277,78
<i>Maritime Broadcasting System Limited c. La guilde canadienne des médias</i> , 2014 CAF 59110
<i>McLean c. British Columbia (Securities Commission)</i> , 2013 CSC 6794,101
<i>McMillan Bloedel Ltd. c. Simpson</i> , [1995] 4 RCS 72514
<i>Metropolitan Life Insurance Company v. International Union of Operating Engineers, Local 796</i> , [1970] RCS 42517
<i>Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)</i> , 2018 CSC 4096
<i>Mission Institution c. Khela</i> , 2014 CSC 24110
<i>Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)</i> , [2002] 1 RCS 24946
<i>Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)</i> , 2015 CSC 1696,101
<i>National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal)</i> , [1990] 2 RCS 132446
<i>Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)</i> , 2011 CSC 62115
<i>Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)</i> , [1994] 2 RCS 55722,24,46,101
<i>Procureur général (Québec) et autre c. Farrah</i> , [1978] 2 RCS 63869
<i>Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia</i> , [1982] 2 RCS 30776,77
<i>Pushpanathan v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [1994] 2 RCS 55724,25,26,29,46,57
<i>Québec (Procureur général) c. Guérin</i> , 2017 CSC 4232,58
<i>R. c. Imperial Tobacco</i> , 2011 CSC 4250

Jurisprudence (suite)

Paragraphe(s)

<i>R. c. Northumberland Compensation Appeal Tribunal</i> (1951), [1952] 1 KB 338 (CA Angl.)15
<i>R. (on the application of Lumba) v. Secretary of State for the Home Department (Justice and another intervening)</i> [2011] UKSC 12, [2012] 1 AC 24560
<i>Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba</i> , [1985] 1 RCS 72150,51
<i>Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle</i> , [1981] 1 RCS 71469
<i>Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.</i> , [1997] 3 RCS 351,52
<i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i> , [1998] 2 RCS 21750,51,73,83
<i>Renvoi relatif à la réforme du Sénat</i> , 2014 CSC 3273
<i>Roncarelli c Duplessis</i> , [1959] RCS 12150,114
<i>SCFP c. Société des Alcools du Nouveau-Brunswick</i> , [1979] 2 RCS 22718,19,20,46,54
<i>SCFP c. Ontario (Ministre du Travail)</i> , 2003 CSC 2939
<i>Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée.</i> , 2013 CSC 3492
<i>Syndicat des travailleuses et travailleurs de ADF – CSN c. Syndicat des employés de Au Dragon forgé inc.</i> , 2013 QCCA 793110
<i>Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique</i> , 2017 CSC 3232
<i>Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)</i> , 2015 CSC 332
<i>Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.</i> , 2002 CSC 34106
<i>Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79</i> , 2003 CSC 6395,96

<u>Jurisprudence</u> (<i>suite</i>)	<u>Paragraphe(s)</u>
<i>Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique</i> (Procureur général), 2014 CSC 5952
<i>Trudel c. Re/Max 2001 MFL inc.</i> , 2013 QCCA 1396107
<i>U.E.S., Local 298 c. Bibeault</i> , [1988] 2 RCS 104821,24,52
<i>United Taxi Driver’s Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)</i> , 2004 SCC 1932
<i>West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers’ Compensation Appeal Tribunal)</i> , 2018 SCC 2232,47
<i>Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée</i> , 2016 CSC 2932,87,89,90
<i>Windsor (City) c. Canadian Transit Co.</i> , 2016 CSC 5476
 <u>Doctrine</u>	
Clark, Edward, « Reasonably Unified: The Hidden Convergence of Standards of Review in the Wake of <i>Baker</i> » (2018) 31 CJALP 1110
Coady, Jonathan M., « The Time Has Come: Standard of Review in Canadian Administrative Law » (2017) 68 UNBLJ 8732
Craig, Paul, <i>Administrative Law</i> (London, Sweet & Maxwell, 1983)63
Craig, Paul, <i>Administrative Law</i> , 6 ^e éd (London, Sweet and Maxwell, 2008)69
Craig, Paul, <i>Administrative Law</i> , 8 ^e éd (London, Thomson Reuters, 2016)63
Daly, Paul, « Deference on Questions of Law » (2011) 74:5 Mod L Rev 69469,92
Daly, Paul, « <i>Dunsmuir</i> ’s Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review » (2012) 58:2 R.D. McGill 48332
Daly, Paul, « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law: Reasonableness, the Rule of Law and Democracy » (2016) 62:2 R.D. McGill 52732

Doctrine (suite)

Paragraphe(s)

Evans, J.M. et al., <i>Administrative Law: Cases, Text and Materials</i> , 5 ^e éd (Toronto, Edmond Montgomery, 2003)16,17
Evans, J. M., « Triumph of Reasonableness: But How Much Does It Really Matter? » (2014), 27 CJALP 10189
Flood, Colleen M. & Jennifer Dolling, « A Historical Map for Administrative Law: There be Dragons » in Colleen M. Flood & Lorne Sossin, éd., <i>Administrative Law in Context</i> , 3 ^e éd (Toronto. Edmond Montgomery, 2018)14,16,17,43
Green, Andrew, « Can There Be Too Much Context In Administrative Law: Setting the Standard of Review in Canadian Administrative Law » (2014) 47:2 UBCL Rev 4432
Ginn, Diana & William Lahey, « How the Lower Courts are “doing <i>Dunsmuir</i> ” » (2 mars 2018), Administrative Law Matters, consultable en ligne à l’adresse suivante : < https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/02/how-the-lower-courts-are-doing-dunsmuir-diana-ginn-and-william-lahey/ >14
Glover Berger, Kate, « Diagnosing Administrative Law: A Comment on <i>Clyde River</i> and <i>Chippewas of the Thames First Nation</i> » (2019) 88 SCRL (À PARAÎTRE)43
Jones & De Villars, <i>Principles of Administrative Law</i> , 6 ^e éd. (Toronto, Carswell, 2014)14
Lewans, Matthew, <i>Administrative Law and Judicial Deference</i> (Oxford, Hart Publishing, 2016)42
Lewans, Matthew, « Renovating Judicial Review » (2017) 68 UNBLJ 10932,35
Macaulay, Robert, <i>External Review of Administrative Decisions: Petitions to cabinet, appeals to court, and judicial review</i> (Toronto, Thomson Reuters, 2016)107
Morissette, Hon. Yves-Marie, « What Is a “Reasonable Decision”? » (2018) 31 CJALP 22572
Mullan, David, « Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action – The Top Fifteen! » (2013) 42:1-2 Adv Q 132

Doctrine (suite)

Paragraphe(s)

Reid, Twila, Amanda Whitehead & Jessica Habet, « A Practitioner’s Innovative Response to Abella’s Call to Reform Judicial Review » (2018) 69 UNBLJ 36132

Robertson, Hon. Joseph T., « Judicial Deference to Administrative Tribunals: A Guide to 60 Years of Supreme Court Jurisprudence » (2014) 66 SCLR 115

Ruel, Hon. Simon, « What is the Standard of Review to Be Applied to Issues of Procedural Fairness? » (2016) 29 CJALP 259110

Sossin, Lorne, « Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference – Revisiting the Standard of Review in Administrative Law » (2003) 27:4 Adv Q 47826

Stephenson, Matthew C., « Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and the Choice Between Agencies and Courts » (2006) 119:4 Harv L Rev 103545

Stephenson, Matthew C., 2Statutory Interpretation by Agencies » in Daniel Farber & Anne Joseph O’Connell, éd., *Research Handbook on Public Choice and Public Law* (Cheltenham, R.-U., Edward Elgar, 2010) 28545

Stratas, l’hon. juge David, « The Canadian Law of Judicial Review: A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency » (2016) 42 Queen’s LJ 2732

Walters, Mark, « Jurisdiction, Functionalism, and Constitutionalism in Canadian Administrative Law » in Christopher Forsyth et coll., éd., *Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance* (Oxford, OUP, 2010) 30018

Woolley, Alice & Shaun Fluker, « What has *Dunsmuir* Taught? » (2010) 47:4 Alta L Rev 101732
