

CONSTITUTIONAL LAW—CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS—  
PRESUMPTION OF INNOCENCE—AVAILS OF PROSTITUTION—  
PIMPS, PRESUMPTIONS AND PREDATORY LAWS: *R. v. Downey*.

Dale Gibson\*

When are we going to do something effective—either legislatively or judicially—about prostitution? Professor Frank Scott's famous mock eulogy for Prime Minister Mackenzie King "praised" that master of procrastination and indirection for "doing nothing by halves which can be done by quarters", and for not letting his "on the one hand" know what his "on the other hand" was doing.<sup>1</sup> Canada's legal responses to prostitution merit similar "praise".

The heart of the problem (choose another metaphorical body part if you wish) lies in the Criminal Code's failure either to criminalize prostitution or leave it alone. Nothing in the Criminal Code prohibits it *per se*. As Cory J. stated, on behalf of the majority of the Supreme Court of Canada in the case under review: "[B]eing a prostitute . . . [does not] constitu[te] . . . a crime".<sup>2</sup>

Yet the Criminal Code prohibits so many activities ancillary to or associated with prostitution that the "legality" of the central act is little more than a legal fiction. Prohibited activities include: knowingly transporting, or even directing, anyone to a "common bawdy-house"<sup>3</sup> (which means almost any place where acts of prostitution occur); keeping or being found in a common bawdy-house;<sup>4</sup> procuring;<sup>5</sup> aiding, abetting or compelling prostitution for gain;<sup>6</sup> communicating (or attempting to do so) in public

---

\* Dale Gibson, of the Faculty of Law, University of Alberta, Edmonton, Alberta.

The research assistance of Mark Yamamoto is gratefully acknowledged.

<sup>1</sup> "W.M.L.K.", in F.R. Scott, *Collected Poems* (1981), pp. 78-79.

<sup>2</sup> *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10, at p. 30, (1992), 90 D.L.R. (4th) 449, at pp. 461-462.

<sup>3</sup> Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 210.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, s. 212(1)(a).

<sup>6</sup> *Ibid.*, s. 212(1)(h).

for the purpose of engaging in prostitution;<sup>7</sup> and living “wholly or in part on the avails of prostitution of another person”.<sup>8</sup> Shylock’s problem—to collect his lawful pound of flesh without depriving his debtor of blood—was not much more difficult than that of the prostitute who wants to practice her lawful calling without breaking the law.

Adding to the obstacles created by the legislative provisions are judicial interpretations and constitutional rulings which greatly complicate pursuit of the lawful calling of prostitution. For example, the bawdy-house provisions have been construed to mean that a prostitute breaks the law if she uses even her own home for an act of prostitution.<sup>9</sup> This is probably also the case if she uses a hotel room.<sup>10</sup> Even an outdoor space can qualify as a common bawdy-house.<sup>11</sup> The only location where prostitution can lawfully occur seems, therefore, to be the customer’s own premises, and even that is not absolutely clear. Since communication with potential customers cannot legally occur in any place open to public view, or through the agency of any third party, it is hard to conceive how any but the most resourceful or already well-established prostitutes can practice their trade effectively by lawful means. The Charter of Rights and Freedoms<sup>12</sup> offers no relief. The bawdy-house provisions were held by the Supreme Court of Canada in 1990 not to contravene any Charter rights of prostitutes, and although the communications provisions were held to infringe the Charter right to freedom of expression, the Supreme Court found that they constitute a permissible, “reasonable limit” on that right within the meaning of section 1.<sup>13</sup>

Despite their profusion, legal hobbles like these have done little, if anything, to improve conditions on the street. Prostitution remains as virulent as it has been since the dawn of time. Hookers and johns continue to create street nuisances and to contract and spread disease. Prostitutes continue to be abused, exploited and endangered by both pimps and johns. The possibility of addressing these problems in a civilized and efficacious fashion by means of regulatory legislation akin to that which controls other dangerous trades is an option that Canada’s legislators still do not want to think about. Prostitutes, unable to ply their trade lawfully and safely, find they must do so unlawfully and perilously.

The Criminal Code’s mean and ineffectual legal harassment of prostitutes has now received further judicial sanction in *R. v. Downey*.<sup>14</sup>

<sup>7</sup> *Ibid.*, s. 213(1)(c).

<sup>8</sup> *Ibid.*, s. 212(1)(j).

<sup>9</sup> *R. v. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311 (Ont. C.A.).

<sup>10</sup> *R. v. McLellan* (1980), 55 C.C.C. (2d) 543 (B.C.C.A.).

<sup>11</sup> *R. v. Pierce* (1982), 66 C.C.C. (2d) 388 (Ont. C.A.).

<sup>12</sup> Constitution Act 1982, Part I.

<sup>13</sup> *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, [1990] 1 S.C.R. 1123, [1990] 4 W.W.R. 481.

<sup>14</sup> *Supra*, footnote 2.

The *Downey* case involved the offence of living "wholly or in part on the avails of prostitution of another person",<sup>15</sup> as well as a supplementary provision of the Criminal Code creating a rebuttable presumption by which anyone who "lives with or is habitually in the company of prostitutes" is deemed to live on the avails of prostitution.<sup>16</sup>

The accused operated an escort agency which put prostitutes in touch with prospective customers. The agency collected an introduction fee, and the prostitutes retained anything they were paid for having sexual relations with customers. Eighty-five to ninety per cent of the customers did have sexual relations with the prostitutes they "dated". The prostitutes were mature adults and their relationship with the accused was consensual and non-abusive.<sup>17</sup> The accused was convicted, on the basis of the presumption of guilt section, of living on the avails of prostitution. He appealed, alleging that the provision which deemed him to be guilty simply because he was habitually in the company of prostitutes violated his right under section 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms to be presumed innocent until proven guilty beyond a reasonable doubt.

The appeal failed before both the Alberta Court of Appeal<sup>18</sup> and the Supreme Court of Canada. The decision of the Court of Appeal was unanimous, but the Supreme Court of Canada was closely divided: four judges to three.

The reasons of the Supreme Court majority were written by Cory J., and were concurred in by L'Heureux-Dubé, Sopinka, and Gonthier JJ. They contain a useful summary of the Supreme Court of Canada's recent decisions concerning both statutory presumptions of guilt and the constitutional presumption of innocence under section 11(d) of the Charter.

Applying those principles to the Criminal Code's rebuttable presumption by which anyone who lives with or is habitually in the company of prostitutes is deemed to live on the avails of prostitution, Cory J. had little difficulty concluding that the provision infringes section 11(d) of the Charter.<sup>19</sup>

The presumption contained in s. 195 infringes s. 11(d) of the *Charter* since it can result in the conviction of an accused despite the existence of a reasonable doubt. For example, consider the situation of a spouse or companion of a prostitute, who is working, self-supporting and not dependent or relying upon the income garnered by the spouse or companion from prostitution . . . [A]s a result of the presumption, the spouse could be found guilty despite the existence of a reasonable doubt. The fact that someone lives with a prostitute does not lead inexorably to the conclusion that the person is living on avails. The presumption therefore infringes s. 11(d).

---

<sup>15</sup> Criminal Code, *supra*, footnote 3, s. 212(1)(j).

<sup>16</sup> *Ibid.*, s. 212(2).

<sup>17</sup> *Supra*, footnote 2, at pp. 18 (S.C.R.), 453 (D.L.R.), per Cory J.

<sup>18</sup> (1990), 105 A.R. 351.

<sup>19</sup> *Supra*, footnote 2, at pp. 30 (S.C.R.), 461-462 (D.L.R.).

However, he went on to rule, this infringement of section 11(d) is justifiable as a “reasonable limit . . . in a free and democratic society” under section 1 of the Charter. His reasons for so concluding were rooted in an abundance of social science evidence to the effect that prostitutes are frequently abused by pimps, but are rarely willing to give evidence against them:<sup>20</sup>

Strangely, despite the abusive and corrosive relationship that exists between the pimp and the prostitute, many prostitutes are strongly attached to their pimps and truly believe that they are in love with them . . .

Whether pimps maintain control by the emotional dependence of prostitutes upon them or by physical violence, prostitutes have exhibited a marked reluctance to testify against their pimps.

This led him to conclude that the presumption of guilt provision is necessary in order “to deal with a cruel and pervasive social evil”.<sup>21</sup> He described this evil as “abusive and exploitative malevolence” by pimps.<sup>22</sup> Dealing with that evil is an objective of sufficient importance to justify overriding section 11(d) of the Charter, he found. The means chosen to do so also meet the requirements of section 1 of the Charter, he held, since they are rationally connected to the goal, impair the Charter right no more than reasonably necessary, and are properly proportional to the goal achieved.<sup>23</sup> He closed with these words:<sup>24</sup>

Prostitutes are a particularly vulnerable segment of society. The cruel abuse they suffer inflicted by their parasitic pimps has been well documented. The impugned section is aimed not only at remedying a social problem but also at providing some measure of protection for the prostitute by eliminating the necessity of testifying. It would be unfortunate if the Charter were used to deprive a vulnerable segment of society of a measure of protection.

The principal dissenting reasons for judgment were written by McLachlin J., and were concurred in by Iacobucci and La Forest JJ. McLachlin J. and her dissenting colleagues agreed with the majority that section 11(d) of the Charter is infringed by the statutory presumption. They did not agree, however, that the presumption constitutes a “reasonable limit” within the meaning of section 1 of the Charter. Although they acknowledged that the presumption serves a “pressing and substantial object capable of outweighing the right”,<sup>25</sup> they were of the opinion that the legislation is over-broad by unnecessarily sweeping into its ambit several categories of persons who live with or keep company with prostitutes, but do not play

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, at pp. 34 (S.C.R.), 464-465 (D.L.R.).

<sup>21</sup> *Ibid.*, at pp. 36 (S.C.R.), 466 (D.L.R.).

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *Ibid.*, at pp. 36-39 (S.C.R.), 466-468 (D.L.R.).

<sup>24</sup> *Ibid.*, at pp. 39 (S.C.R.), 468 (D.L.R.).

<sup>25</sup> *Ibid.*, at pp. 40 (S.C.R.), 469 (D.L.R.) (McLachlin J.) See also La Forest J., *ibid.*, at pp. 16-17 (S.C.R.), 452 (D.L.R.).

the "parasitic" role that pimps commonly play. In the view of McLachlin J., "the required logical link is lacking" between the statutory presumption and the objective of the "avails" prohibition; for this reason, she found the provision to be "both irrational and unfair".<sup>26</sup> She continued as follows:<sup>27</sup>

It cannot be said that it is likely that one who lives with or is habitually in the company of a prostitute is parasitically living on the avails of prostitution. It is a possible inference, reasonable in some cases, but not in all or even in most. Spouses, lovers, friends, children, parents, roommates, business associates, providers of goods and services—all of these may live with or be habitually in the company of a prostitute.

The reasoning of the dissenters is difficult to follow. Many of the innocent associates listed by McLachlin J. not only live with or keep company with prostitutes, but also *live on the avails* of prostitution to some extent. If wholly dependent children or parents of a full-time prostitute did not live off the avails of their mother or daughter's tainted earnings, they would starve.<sup>28</sup> Therefore, if there truly were a pressing and substantial need to prevent living "wholly or in part on the avails of prostitution of another person", as both the majority and dissenting judges seemed to agree, there would be nothing irrational about applying the offence to otherwise innocent recipients of the avails; a presumption of guilt based upon the mere fact of living with or associating with a prostitute would make good sense. The problem is that the dissenters set their sights on the wrong provision of the Criminal Code. The over-breadth of which they justifiably complained is chiefly the product not of the presumption of guilt, but of the substantive "avails" provision itself. They were mistaken, it is submitted, in agreeing with the majority that Canada has a pressing and substantial need to abolish living on the avails of prostitution.

The fact that the dissenters were in error does not mean that the majority judges were correct. They shared the minority's view that living on the avails must be eliminated, and based that conclusion on the questionable assumption that abuse of prostitutes by pimps can be combatted effectively by outlawing "living on the avails". While most would agree with Cory J. that suppression of "abusive and exploitative malevolence" directed at prostitutes by pimps is a "pressing and substantial" legislative goal, it is difficult to accept his finding that the Criminal Code provisions relating to "living on the avails" are rational and proportionate means of achieving that goal. Two steps in Cory J.'s reasoning process are open to doubt:

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, at pp. 45 (S.C.R.), 472 (D.L.R.).

<sup>27</sup> *Ibid.*, at pp. 45 (S.C.R.), 472-473 (D.L.R.).

<sup>28</sup> There is some case law which defines "living on the avails" so narrowly as to exclude all but exploitative, "parasitic" associations with prostitutes by otherwise "idle" men: *R. v. Grilo* (1991), 64 C.C.C. (3d) 53 (Ont. C.A.). Such definitions do violence to the language of the legislation, however, and are inconsistently applied. If the term had been so defined in the *Downey* case, the accused would have been acquitted. Until there is an authoritative ruling to the contrary, innocent members of prostitutes' families must be assumed to "live on the avails".

(1) He seemed to agree with Parliament that because *some* pimps abuse prostitutes, *all* pimping must be abolished. This view overlooks the considerable benefits that some pimps can provide for some prostitutes. As Cory J. acknowledged himself, “many prostitutes are strongly attached to their pimps and truly believe that they are in love with them”.<sup>29</sup> It is unlikely that those prostitutes who think they benefit from their association with pimps are entirely deluded. McLachlin J. pointed to some of the advantages that can accrue to prostitutes from associations with pimps:<sup>30</sup>

[A]rrangements such as those evidenced in this case . . . may alleviate some of the more pernicious aspects of their frequently dangerous and dehumanizing trade.

(2) Cory J. and his majority colleagues also appeared to accept the position that because *some* who live on the avails of prostitution are pimps, *all* living on the avails must be abolished. This jeopardizes the innocent and beneficial economic relationships that prostitutes form with members of their families and other non-exploitative associates. The majority and minority judges were unanimous in noting that the law strikes at innocent associates as well as the abusive and “parasitic” pimps at whom it is apparently aimed. Cory J. referred, in fact, to evidence that most Canadian prostitutes are “independent operators”, functioning altogether without pimps.<sup>31</sup>

By interfering with valued and benign relationships between prostitutes and their loved ones, as well as associations with protective pimps, the Criminal Code seriously infringes freedom of association under section 2(d) of the Charter. McLachlin J. observed that the legislation compels prostitutes:<sup>32</sup>

. . . to live and work alone, deprived of human relationships, save with those whom they are prepared to expose to the risk of criminal charge and conviction and who are themselves prepared to flaunt that possibility . . . [p]rostitutes are put in the position of being unable to associate with friends and family, or to enter into arrangements such as those evidenced in this case.

The importance of freedom of association has long been recognized. Alexis de Toqueville described it as the “most natural privilege of man, next to the right of acting for himself”, and commented that:<sup>33</sup>

In order that men remain civilized or become such, it is essential that the art of associating be developed and perfected among them.

Can the denial of this fundamental freedom by the “avails” provision of the Criminal Code be properly considered a “reasonable limit . . . in a free

<sup>29</sup> *Supra*, footnote 2, at pp. 34 (S.C.R.), 464-465 (D.L.R.).

<sup>30</sup> *Ibid.*, at pp. 47 (S.C.R.), 474 (D.L.R.).

<sup>31</sup> *Ibid.*, at pp. 32 (S.C.R.), 463 (D.L.R.).

<sup>32</sup> *Ibid.*, at pp. 47 (S.C.R.), 474 (D.L.R.).

<sup>33</sup> *Democracy in America* (14th ed., 1864), T. 2, c. IV, p. 182.

and democratic society” within the meaning of section 1 of the Charter? The answer might be affirmative if the objective of the legislation were just to stamp out prostitution, and if the courts considered that objective to be “pressing and substantial”. That cannot be the case, however, since if it were, prostitution would be directly prohibited by the Criminal Code. It seems clear that the goal is at least in part to provide “some measure of protection for the prostitute”<sup>34</sup> as Cory J. put it. That being so, section 1 cannot be considered to be satisfied, since, as McLachlin J. pointed out:<sup>35</sup>

The predictable result is to force prostitutes onto the streets or into the exploitive power of pimps, thereby undercutting the very pressing and substantial objective which the presumption was designed to address. Where legislation has the actual effect of operating to preserve and exacerbate the very exploitation the amelioration of which is its purported objective, it cannot be said to possess the degree of rationality necessary to justify the violation of a right guaranteed by the Charter.

Even if the objective were merely to reduce some of the nuisances associated with street prostitution, the legislation, as interpreted by cases like *Downey*, is counter-productive by forcing more prostitutes to rely on direct street contacts.

Overall, the “avails” provisions of the Criminal Code do much more harm than good. Their purported objectives could be met, with far less peripheral harm, if the rebuttable presumption arising from association with a prostitute were that the associate was exercising “control, direction or influence” over the prostitute or “aiding, abetting or compelling” prostitution, contrary to section 212(1)(h). In that case, parents and other innocent associates would have little difficulty rebutting the presumption. Under the legislation upheld in *Downey*, however, such persons cannot rebut the presumption in situations where they are actually living on the avails, however innocently.

The prohibition against living on the avails of prostitution, therefore, violates freedom of association to an unjustifiable extent. It ought to have been struck down for that reason. The presumption of guilt provision ought also to have been struck down, not because it fails to serve the “avails” prohibition effectively, but because the prohibition is unconstitutional itself.

Cory J.’s claim that the impugned legislation provides “some measure of protection for the prostitute” is hard to reconcile with the findings of the Special Committee on Pornography and Prostitution, 1985, upon which both the majority and dissenting judges drew heavily. That report stated:<sup>36</sup>

<sup>34</sup> *Supra*, footnote 2, at pp. 39 (S.C.R.), 468 (D.L.R.).

<sup>35</sup> *Ibid.*, at pp. 47 (S.C.R.), 474 (D.L.R.).

<sup>36</sup> Volume 2, p. 533 (quoted by McLachlin J. in *Downey, ibid.*, at pp. 48 (S.C.R.), 475 (D.L.R.)).

[W]hile we talk of prostitution being free of legal sanction, we in reality use the law indirectly and capriciously to condemn or harass it, providing no safe context for its operation, except that which can be bought by a prostitute of means, or, as is more likely, the well-heeled sponsor or sponsors.

The law on prostitution . . . operates in a way which victimizes and dehumanizes the prostitute.

The *Downey* case provides further support for that conclusion.

\* \* \*

DROIT ADMINISTRATIF—L'ÉQUILIBRE NÉCESSAIRE ENTRE LA  
COHÉRENCE INSTITUTIONNELLE ET L'INDÉPENDANCE DES MEMBRES  
D'UN TRIBUNAL ADMINISTRATIF: *Tremblay c. Québec*  
(*Commission des affaires sociales*).

Denis Lemieux\*

*Introduction*

L'arrêt récent qu'a rendu la Cour suprême du Canada dans *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*<sup>1</sup> vient préciser les limites des mécanismes de consultation mis en place par plusieurs tribunaux administratifs pour assurer la cohérence de leurs décisions. Cette question, qui avait déjà fait l'objet de plusieurs études,<sup>2</sup> n'est pas nouvelle. On raconte en effet que sous Henri VIII, à une époque où le monarque était la "fontaine de la justice", un magistrat nommé Richard Rose fut condamné par le roi à être bouilli vivant pour le motif que l'un de ses jugements lui avait déplu.

Fort heureusement, les méthodes utilisées de nos jours sont quelque peu moins draconiennes. Même si les membres d'un tribunal administratif ne sont pas inamovibles et peuvent ne pas être renouvelés dans leur fonction à la fin de leur mandat, ils sont en principe à l'abri de toute forme de pressions extérieures, physiques ou morales, dans l'exercice de leur mandat.

\* Denis Lemieux, de la Faculté de droit, Université Laval, Ste-Foy, Québec.

<sup>1</sup> [1992] 1 R.C.S. 952.

<sup>2</sup> P. Blache et S. Comtois, *La décision institutionnelle* (1986), 16 R.D.U.S. 695; P. Issalys, *Le droit administratif et la décision collective* (1990), 40 U.T.L.J. 611; S. Comtois, *Le contrôle de la cohérence décisionnelle au sein des tribunaux administratifs* (1990), 21 R.D.U.S. 77.

Toutefois, ils ne sont pas à l'abri de pressions internes à caractère systémique provenant de collègues oeuvrant au sein du même tribunal.

Ces pressions ne sont pas dues au souci de favoriser une partie mais plutôt à celui d'assurer la conformité à une politique jurisprudentielle préétablie. Dans certains cas où une question de droit n'a pas fait l'objet d'une décision antérieure du tribunal, on se servira de mécanismes de consultation pour tenter de s'assurer que le précédent qui sera établi est conforme à la volonté de la majorité des membres. De même, ces mécanismes viseront à ce que les décisions subséquentes touchant cette même question soient conformes à ce précédent, à moins que, collectivement, le tribunal ne décide de modifier sa position.

Cette recherche d'un consensus s'oppose a priori à un principe fondamental de la justice naturelle selon lequel seuls les membres qui siègent lors d'une audition à titre de membres du banc peuvent par la suite participer à la décision.

Toutefois, les tribunaux supérieurs ont progressivement développé et appliqué un principe de cohérence administrative, ou "consistency", selon lequel une décision qui s'écarte trop du "mainstream" de la jurisprudence antérieure pourra être qualifiée de déraisonnable et entraîner sa nullité, ce même en présence d'une clause privative.<sup>3</sup>

Cette attitude des cours peut trouver un fondement dans la "rule of law", ou principe de légalité, selon lequel toute personne a droit à l'application égale de la loi, ce qui se traduit en principe par l'égalité de traitement.

Dans l'arrêt *SITBA c. Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*,<sup>4</sup> la Cour suprême a consacré ce principe du "consistency" en y apportant cependant un tempérament. En effet, la cohérence recherchée ne doit pas s'obtenir au détriment d'autres garanties procédurales offertes au justiciable. Au nombre de ces garanties, on doit inclure l'indépendance et l'impartialité du décideur, de même que l'exigence que la décision qui affecte une personne ne soit rendue que par une ou des personnes qui ont entendu la cause.

L'affaire *Consolidated Bathurst* concernait une pratique de la Commission ontarienne des relations de travail selon laquelle les membres du tribunal faisaient circuler certains de leurs projets de décision pour commentaires et pouvaient parfois en discuter entre eux lors de réunions informelles. La Cour suprême confirma en l'espèce le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario selon lequel cette pratique était saine et n'affectait en rien l'indépendance des membres qui devaient rendre la décision.

<sup>3</sup> D. Lemieux, Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale, CCH-FM, Farnham, para. 80-100.

<sup>4</sup> [1990] 1 R.C.S. 282.

Dans *Tremblay*, la Cour a eu à se pencher à nouveau sur la même question pour déterminer si une pratique institutionnelle de même que les circonstances particulières dans lesquelles cette pratique avait été appliquée au cas soumis constituaient un mécanisme de consultation légitime, à l'instar de celui mis en place par la Commission des relations de travail de l'Ontario.

### *L'affaire Tremblay*

Après s'être vue refuser le remboursement du coût de certains pansements et bandages par le ministère de la Main-d'oeuvre et de la Sécurité du revenu du Québec, madame Noémie Tremblay, bénéficiaire de l'aide sociale, en appela de cette décision à la Commission des affaires sociales. Le seul point à trancher était une question de droit, à savoir si les pansements et bandages entraient dans la définition d'"équipement médical" au sens de l'article 10.04 du Règlement de l'aide sociale. Les parties plaidèrent par écrit et les deux commissaires membres du banc préparèrent un projet de décision favorable à madame Tremblay. Selon la pratique suivie par la Commission, ce projet fut transmis au conseiller juridique pour vérification et consultation. Ce dernier étant en vacances, ce fut le président de la Commission qui reçut le projet. Après examen, il indiqua dans une note adressée aux deux commissaires qu'il était d'un avis contraire au leur. À la demande de l'un des deux commissaires, la question en litige fut soumise à une procédure appelée "table des consensus". Lors d'une réunion plénière, la majorité des membres présents exprimèrent, à l'occasion d'un vote enregistré, leur désaccord avec le projet de décision.

À la suite de la réunion, l'un des deux commissaires changea d'avis. En cas de division, la loi<sup>5</sup> prévoit que le président doit trancher la question, ce qu'il fit alors dans le sens qu'il avait déjà exprimé. L'appel de madame Tremblay fut donc rejeté.

Cette décision fut attaquée par voie d'action directe en nullité. La demanderesse concluait à ce que non seulement la décision finale de la Commission soit annulée mais elle demandait aussi que le projet de décision initial soit déclaré constituer la véritable décision de la Commission.

La Cour supérieure<sup>6</sup> conclut à la nullité de la décision mais refusa d'admettre que le premier projet de décision avait créé des droits pour la demanderesse. Les deux parties interjetèrent appel de ce jugement. La Cour d'appel<sup>7</sup> confirma la nullité de la décision de la Commission par une majorité

---

<sup>5</sup> *Loi sur la Commission des affaires sociales*, L.R.Q., c. C-34, art. 10.

<sup>6</sup> *Tremblay c. C.A.S.*, [1985] C.S. 490.

<sup>7</sup> *C.A.S. c. Tremblay*, [1989] R.J.Q. 2053.

de 2 à 1 et, par la même majorité, confirma également la conclusion du premier juge selon laquelle le projet initial ne constituait pas une décision finale. La Cour suprême accorda la permission d'en appeler de ce jugement. La Cour rendit un premier jugement sur le banc<sup>8</sup> confirmant celui de la Cour d'appel et, quelque temps plus tard, livrait ses motifs dans un jugement unanime rendu pour la Cour par l'honorable juge Gonthier.<sup>9</sup> Nous traiterons successivement des différentes questions en litige, soit le secret du délibéré, les mécanismes de consultation, le rôle du président en l'espèce et la qualification de la première "décision".

### *Le secret du délibéré*

Le délibéré d'un tribunal étant réputé confidentiel, la demanderesse devait établir que les deux commissaires avaient subi des pressions indues de la part du président et de leurs collègues, à un point tel que cela constituait une violation des principes de justice naturelle. Pour ce faire, il fallait qu'elle puisse établir les faits à partir de certains témoignages, en particulier celui du président. La Commission s'était objectée à cette preuve, estimant que cela violait le principe du secret du délibéré, établi par une jurisprudence constante. Cette objection fut rejetée implicitement par le premier juge.

En Cour d'appel, les juges Jacques et Mailhot estimèrent qu'en l'espèce la confidentialité devait céder le pas devant le principe de justice naturelle. Selon l'honorable juge Jacques, la règle du secret du délibéré vise essentiellement à protéger la liberté intellectuelle du décideur. Or, l'information recherchée dans le cadre de la procédure engagée visait justement à faire reconnaître cette liberté.<sup>10</sup>

Cependant, le juge Monet, dissident sur l'appel principal, se dit d'avis que l'objection à la preuve aurait dû être accueillie, aucune allégation de la déclaration n'autorisant de passer outre au secret des délibérations.<sup>11</sup> L'honorable juge Monet alla même jusqu'à affirmer que "si le secret du délibéré avait été respecté, le souci exprimé par le juge quant à l'apparence de la justice ne se poserait pas".<sup>12</sup> Cette réflexion est pour le moins étonnante, car elle revient à dire que ce que l'on ne sait pas ne peut nous faire du mal! En fait, la demanderesse avait droit à ce que la procédure suivie soit conforme à la justice naturelle et, même si ce n'est que fortuitement qu'elle avait appris les faits, elle avait dès lors le droit de dénoncer une situation qu'elle jugeait incompatible avec l'apparence de la justice.

<sup>8</sup> Bull. des procédures, Cour suprême, à la p. 637(92).

<sup>9</sup> *Supra*, note 1.

<sup>10</sup> *Supra*, note 7, aux pp. 2074-2075.

<sup>11</sup> *Ibid.*, à la p. 2070.

<sup>12</sup> *Ibid.*, à la p. 2063.

La Cour suprême partagea ce sentiment. Après avoir rappelé que les tribunaux administratifs ne peuvent invoquer le secret du délibéré au même degré que les tribunaux judiciaires, la Cour reconnut que, même si le secret demeure la règle, il peut être levé lorsque le justiciable peut faire état de raisons sérieuses de croire que le processus suivi n'a pas respecté les règles de la justice naturelle. En l'espèce, les questions posées ne touchaient pas le délibéré lui-même mais plutôt le processus décisionnel, dit de consultation, mis sur pied par la Commission pour obtenir un consensus.

Cette conclusion de la Cour nous paraît bien fondée. En effet, il serait pour le moins curieux qu'un justiciable ne puisse connaître la procédure suivie par le décideur. Il s'agit là d'un minimum de transparence administrative essentiel pour éviter l'arbitraire. Si l'on avait appliqué ce mur du silence dans l'affaire *Roncarelli*,<sup>13</sup> ce dernier n'aurait pu mettre en preuve que le premier ministre avait téléphoné au président de la Commission des liqueurs. La Cour justifie pleinement sa position en faisant remarquer que la règle de la confidentialité n'a pour seule raison d'être que d'assurer la liberté d'esprit des décideurs, laquelle n'était nullement menacée par les questions posées à des membres du personnel de la Commission.

### *Les mécanismes de consultation*

À l'instar de la Cour supérieure et de la Cour d'appel (le juge Monet étant fortement dissident), la Cour suprême a fermement affirmé que le mécanisme de consultation mis au point par la Commission était incompatible avec les exigences de la justice naturelle. Tout en acceptant le principe de la réunion plénière, la Cour a rappelé que de telles réunions ne doivent pas entraver la liberté d'esprit des membres d'un tribunal.

Au sein de la Commission, les réunions dites "tables de consensus" pouvaient avoir lieu à la demande d'un commissaire, parfois à la suggestion du conseiller juridique. Par ailleurs, la Cour voit l'existence de votes à main levée et de procès-verbaux constatant ces votes comme autant d'entraves à l'indépendance individuelle des membres. De plus, elle constate que le président pouvait de lui-même convoquer une telle réunion pour y soumettre un projet de décision. Vu l'ascendant qu'il pouvait alors manifester sur les autres membres, cette circonstance était de nature à entraîner une crainte systémique d'influence indue, quelle que fût l'attitude du président lors de ces réunions. La Cour estime que la consultation doit être facultative et être faite à la seule initiative des décideurs. Une consultation imposée crée une contrainte réelle et met en péril l'apparence d'impartialité que l'on est

---

<sup>13</sup> *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

en droit d'exiger d'un tribunal administratif d'appel. Le législateur ayant choisi que chaque décision ne relève que des membres d'un banc, la procédure de la table de consensus revient, selon la Cour, à contrecarrer la loi.

L'on voit donc que c'est la forme excessive de la procédure de consultation qui est critiquée par la Cour, et non le principe même de la consultation. Néanmoins, l'on peut se demander si la consultation laissée à la seule initiative des décideurs permet d'atteindre son objectif, soit la cohérence institutionnelle. De telles consultations informelles prennent place aussi bien au sein des tribunaux judiciaires, sans qu'elles aboutissent nécessairement à des jugements unanimes ou à une jurisprudence constante. Après l'arrêt *Tremblay*, il serait difficile pour un tribunal composé de plusieurs bancs d'obtenir une ligne de pensée unique, s'il estimait cet objectif nécessaire pour accomplir pleinement son mandat.

### *Le rôle du président en l'espèce*

La loi constitutive de la Commission des affaires sociales permettait au président de trancher une question lorsque les deux membres du banc étaient en désaccord. On peut se demander si une telle disposition, qui permet l'intervention d'un tiers, est conforme à l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>14</sup> qui reconnaît le droit à une audition pleine et entière devant tout tribunal. Cependant, cet article de la loi constitutive de la Commission des affaires sociales n'a pas été contesté par l'appelante. Il faut aussi ajouter qu'en l'espèce les parties avaient choisi de plaider par écrit devant le Commission. Le président avait donc devant lui un dossier complet. De toute façon, la Cour devait présumer la validité de cette disposition et s'est plutôt attachée au comportement du président dans la présente affaire. Elle a conclu que, même si les mécanismes de consultation établis par la Commission avaient été conformes au droit, la seule attitude du président, monsieur le juge Poirier, aurait été suffisante pour entacher de nullité la décision.

En effet, il convient de rappeler que le président avait, dès le départ, manifesté sa désapprobation avec le projet de décision soumis par les deux membres du banc et avait présumément affiché le même point de vue lors de la réunion plénière qu'il présidait. La Cour juge qu'il aurait dû, dans les circonstances, déléguer le soin de dénouer l'impasse à un vice-président plutôt que de le faire lui-même. Ceci signifie que le président auquel est dévolu un mandat de trancher une question en cas d'égalité au sein d'un banc se doit de conserver une attitude empreinte de réserve à l'endroit de

<sup>14</sup> L.R.Q., c. C-12.

toute affaire, du moins aussi longtemps qu'il subsiste une possibilité d'intervention de sa part. Il nous apparaît qu'un tel système constitue une contrainte importante pour le président d'un tribunal administratif. Il serait plus normal qu'un banc soit constitué d'un nombre impair de membres, rendant inutile une telle procédure.

### *La première "décision"*

Dans son opinion, majoritaire sur les autres points mais isolée sur ce point précis, le regretté juge Jacques estimait que, dès lors que les membres du banc s'étaient entendus pour signer le texte d'une décision favorable à madame Tremblay, ce texte devenait en fait la décision finale de la Commission.

Les autres juges qui ont participé au débat aux trois différents paliers sont arrivés à la conclusion contraire. Les arguments invoqués sont d'abord formels. Le texte signé n'était pas daté. Par ailleurs, selon les règles internes de la Commission, toute décision devait être initialement par le conseiller juridique, puis enregistrée par le secrétaire, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Mais l'argument le plus fort retenu par la Cour est que les auteurs du texte eux-mêmes ont accepté de discuter de son bien fondé lors d'une réunion plénière, ce qui montrait bien que le document ne reflétait que leur opinion provisoire et ne constituait donc pas une décision définitive. Néanmoins, il avait peut-être été imprudent de leur part de signer le projet à cette étape.

### *Au-delà de l'affaire Tremblay*

La solution retenue par la Cour en l'espèce est certes satisfaisante sur le plan de l'équité et du droit. Elle n'en soulève pas moins certaines questions sur un plan plus général.

La procédure de consultation fort élaborée qu'avaient développée la Commission et son président avait une finalité bien légitime, celle de s'assurer que les décisions rendues à différentes époques par les divers bancs de la Commission permettraient d'établir une jurisprudence cohérente, assurant ainsi une autre facette du devoir d'équité. En uniformisant les décisions, l'on établissait une relative sécurité juridique et l'on faisait en sorte qu'une partie ne se trouvait pas traitée différemment selon que son appel était entendu à Sept-Îles plutôt qu'à Montréal, par le banc formé des membres W et X plutôt que par un autre formé des membres Y et Z. On réduisait également, dans une certaine mesure, la possibilité de contestation judiciaire des décisions de la Commission, lesquelles sont une source de délais additionnels.

Il existe donc un conflit potentiel entre deux volets d'un même principe de justice naturelle, consacré par les chartes des droits. Il s'agit du droit

d'être entendu en pleine égalité et celui de l'audition par un tribunal indépendant et impartial. Il est vrai que ce conflit existe aussi au niveau des tribunaux judiciaires, où la cohérence n'est parfois obtenue que par l'intervention de la Cour suprême, une intervention aussi onéreuse qu'exceptionnelle. Cependant, la situation d'un tribunal administratif est quelque peu différente de celle d'une cour qui est saisie par voie d'action ou de requête. Un organisme comme la Commission des affaires sociales constitue le dernier palier décisionnel destiné à assurer la mise en oeuvre administrative de certaines lois particulières. Le tribunal, malgré sa grande autonomie, fait donc partie de l'Administration au lieu d'en être le censeur, rôle dévolu aux cours supérieures.

Normalement, l'Administration assurera le conformisme dans la mise en oeuvre de la loi—par voie de directives et de politiques transmises, de palier en palier, aux fonctionnaires chargés d'appliquer cette loi. L'intervention des supérieurs hiérarchiques et immédiats, provoquée ou non, est également de nature à assurer que la machine administrative interprétera et appliquera la loi de la même façon à tous les cas traités. Ces moyens de contrôle n'existant pas au niveau d'entités autonomes comme les tribunaux administratifs, la Commission des affaires sociales avait tenté de se doter d'une procédure de consultation qui permettait d'arriver en pratique au même résultat.

La Cour suprême, par sa décision, a rendu inopérante toute procédure véritablement efficace de contrôle de la qualité des décisions des tribunaux administratifs. Les seuls échanges d'informations et les sessions de formation, offerts comme solution de remplacement, n'ont qu'une portée fort limitée. Toutefois, nous croyons qu'il s'agit là d'une conséquence inévitable de la judiciarisation croissante de l'action gouvernementale dans divers secteurs, tendance accentuée par l'avènement des chartes canadienne et québécoise des droits de la personne.

Du fait de la création de tribunaux administratifs composés de bancs multiples et de leur assujettissement à des règles voisines de celles du droit judiciaire, il est inévitable que cette institution comporte un risque inhérent d'incohérence au niveau de l'interprétation des normes à appliquer. On ne peut en même temps souhaiter la cohérence institutionnelle et encourager le développement de l'individualisme dans la prise de décision. On ne peut non plus rendre un président d'organisme, dont le rôle ressemble à celui d'un juge en chef, responsable d'assurer l'uniformité des décisions au sein de ce tribunal.

Au lieu de multiplier les instances d'appel, souvent rapidement débordées, ne devrait-on pas développer davantage la participation et la concertation dans le processus de décision initial, en substituant les notions d'équité et de rationalité aux règles de la procédure judiciaire?

La mondialisation de l'économie et l'interdépendance des États exigent de ces derniers une capacité d'adaptation et d'innovation. Plus particulièrement, la mise en concurrence des États suppose de leur part une rapidité d'intervention. Ceci implique un processus décisionnel efficace et participatif, permettant de "digérer" des données factuelles et juridiques de plus en plus techniques et complexes en un minimum de temps. Peut-on affirmer que notre processus décisionnel de type quasi-judiciaire, avec toutes les contraintes qu'il comporte, est adapté à ce nouveau contexte?