

LES APPELS ADMINISTRATIFS AU CANADA

Paul Daly*

Dans divers régimes réglementaires canadiens, le législateur – autant au fédéral qu’au provincial – a créé un droit d’en appeler d’une décision à l’intérieur d’un organisme administratif. Quelles normes doit alors appliquer l’instance d’appel? Afin de développer une approche générale aux appels administratifs, l’auteur rejette l’application des principes de contrôle judiciaire au contexte administratif et propose à la place un encadrement tripartite qui sera applicable à toute la gamme de régimes réglementaires. L’application saine et cohérente de cet encadrement sera assurée par l’intervention des tribunaux. Selon l’auteur, son objectif est d’élaborer un encadrement afin de mieux expliquer la structure des appels administratifs au Canada.

In many Canadian regulatory regimes, federal and provincial, there is a right of appeal to a separate administrative body. What standard should the appellate body apply in its decision-making? The author firmly rejects the suggestion that principles of judicial review should be applied within administrative appeals structures. Instead, with a view to harmonizing the Canadian approach to administrative appeals, the author proposes a tripartite general framework that can be applied to all regulatory regimes, and urges close judicial oversight to ensure coherence in the jurisprudence. The author thus provides a solid base for administrative appeals in Canada, one that is distinct from judicial review of administrative action.

1. Introduction

Dans divers régimes réglementaires canadiens, le législateur – autant au fédéral qu’au provincial – a créé un droit d’en appeler d’une décision à l’intérieur d’un organisme administratif. Quelles normes doit alors appliquer l’instance d’appel? Cette question a rarement été traitée de façon cohérente par les juristes canadiens : « despite its importance, this issue has

* Faculté de droit, Université de Montréal. Je remercie Frédéric Bachand, Marie-France Fortin (qui a aussi effectué une révision linguistique attentive du présent texte), Martine Valois et Audrey Macklin pour leurs précieux conseils et les lecteurs anonymes pour leurs excellentes suggestions. Je remercie Vincent-Alexandre Fournier et Mouhaimina Rebba pour leur assistance précieuse. J’ai profité des conférences tenues par la Section d’appel des réfugiés, le Tribunal d’appel des transports du Canada, la Division administrative et d’appel de la Cour du Québec, et l’Institut canadien afin d’élaborer les idées développées dans cet article. Je remercie les organisateurs de ces événements.

received suprisingly little attention in Canadian administrative law literature »¹.

La problématique de la norme de révision à l'intérieur d'un organisme réglementaire est devenue de plus en plus pressante depuis la reformulation de la jurisprudence canadienne en matière de droit administratif effectuée par la Cour suprême dans l'arrêt *Dunsmuir*². Nombreux sont les tribunaux de justice canadiens qui ont insisté sur l'application de la norme déférentielle aux appels à l'intérieur de l'administration³. Cette tendance est troublante, parce qu'elle impose une limitation importante sur les pouvoirs des instances d'appel.

En même temps, nombreux également sont les tribunaux de justice qui ont nié l'applicabilité des concepts tirés du contrôle judiciaire au contexte administratif⁴. Bien que nous soyons plutôt d'accord avec ce dernier groupe de tribunaux, le manque de cohérence dans la jurisprudence canadienne nous inquiète. Il est donc opportun de proposer un encadrement commun qui pourrait être appliqué à divers régimes réglementaires.

Dans un premier temps, nous ferons le point sur les justifications et moyens de réviser des décisions administratives. Deuxièmement, nous aborderons la problématique de la norme de contrôle en droit administratif canadien. Nous préciserons que l'analyse de la norme de contrôle est appropriée seulement dans le contexte du contrôle judiciaire. Troisièmement, nous proposerons un encadrement général. Quatrièmement, nous finirons avec une analyse de la norme de contrôle applicable lorsqu'un tribunal de justice doit déterminer si une instance d'appel a bien compris le rôle que le législateur lui a accordé.

Nous pouvons résumer dès le départ notre solution à la problématique :

- 1) **Réexamen** = analyse de la norme de contrôle requise suivant les enseignements de *Dunsmuir*:

¹ Frank A V Falzon, « Appeals to Administrative Tribunals » (2005) 18 Can J of Admin L & Prac 1.

² *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 RCS 190 [*Dunsmuir*].

³ *Duquette c Gauthier*, 2007 QCCA 863; *Pigeon c Daigneault*, 2003 QCCA 23934, [2003] RJQ 1090 (CA); *Schrier v Quebec (Tribunal des professions)*, 2004 QCCA 22825, [2004] RJQ 2432 (CA); *Billings Family Enterprises Ltd c Canada (Transports)*, 322 FTR 141 au para 28.

⁴ *Archibald v Nova Scotia (Utility and Review Board)*, 2010 NSCA 27; *BC Society for the Prevention of Cruelty to Animals v British Columbia (Farm Industry Review Board)*, 2013 BCSC 2331 [*BC Society for the Prevention of Cruelty to Animals*]; *Huruglica c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 799 [*Huruglica*].

2) Appel

- a. **Appel à un tribunal de justice** = analyse de la norme de contrôle requise suivant les enseignements de *Dunsmuir*.
- b. **Appel ordinaire à un tribunal généraliste** = appel *de novo* sur des questions de droit, mais seulement des erreurs manifeste et dominante de fait seraient aptes à être corrigées.
- c. **Appel portant sur la substance à un tribunal spécialisé** = l'instance d'appel doit tenir ses propres conclusions juridiques et factuelles tout en s'appuyant sur les conclusions du décideur de première instance.
- d. **Appel de novo à un réviseur externe** = dans des cas limités, l'instance d'appel ne sera aucunement liée par les conclusions du décideur de première instance.

Notre objectif est d'élaborer un encadrement afin de mieux expliquer la structure des appels administratifs au Canada.

2. Révision de décisions : justifications et moyens

Pour mieux encadrer la jurisprudence et la doctrine quant à la problématique en question, il est nécessaire de comprendre pourquoi on met en branle des processus de révision de décisions administratives. On peut identifier quelques justifications :

- 1) Étant humains, les décideurs administratifs commettront parfois des erreurs factuelle ou juridique qui mineront la justesse d'une décision. Il est alors souhaitable qu'il existe un moyen de corriger des erreurs de façon efficace⁵. Pour reprendre les mots de Alexander Pope: « To err is human, to forgive divine ».
- 2) Parfois, de nouveaux éléments de preuve apparaissent après qu'une décision soit rendue. À condition que la preuve ne fût pas disponible à cause de la mauvaise foi ou d'un manque de diligence de la part du demandeur, la décision pourra faire l'objet d'une révision⁶.

⁵ *Harelkin c Université de Regina*, [1979] 2 RCS 561 [*Harelkin*]; *Valterra Resource Corp v British Columbia (Chief Gold Commissioner)*, 2013 BCSC 1172.

⁶ Robert Thomas, *Administrative Justice and Asylum Appeals: A Study of Tribunal Adjudication*, Oxford, Hart Publishing, 2011 à la p 13: « Accuracy has been described as the primary demand of administrative justice because, irrespective of what

- 3) Des manquements d'équité procédurale en première instance peuvent être corrigés par un tribunal d'appel, tout dépendant des pouvoirs de ce dernier⁷.
- 4) Il est souvent le cas qu'il y ait plusieurs décideurs de première ligne au sein d'un organisme administratif, ce qui soulève la possibilité de décisions divergentes. Un processus de révision est nécessaire afin d'assurer que les individus soient traités équitablement par l'administration. Sinon, le processus administratif serait « difficile à concilier avec la notion d'égalité devant la loi, l'un des principaux corollaires de la primauté du droit, et peut-être aussi le plus intelligible »⁸.
- 5) De surcroît, la mission d'un organisme administratif comporte souvent l'élaboration d'une politique générale. Cette mission peut être accomplie par l'adoption de règlements généraux ou par voie de décisions individuelles. Étant donné qu'une telle politique sera élaborée d'une manière hiérarchique, l'organisme devra se doter d'une instance de révision afin d'assurer que les décisions de première ligne fassent avancer la politique générale de l'organisme⁹.
- 6) Notons aussi qu'un organisme administratif doit respecter la loi – y compris les limites à sa compétence – dans ses décisions. Les normes générales statutaires ou celles tirées de la common law ou du droit civil doivent être respectées (même si l'organisme a compétence pour les assouplir afin de répondre au contexte décisionnel¹⁰). Il incombe à chaque décideur de suivre les normes applicables et lorsqu'il y a une divergence, celle-ci est susceptible d'être corrigée par un processus de révision¹¹ « afin d'éviter un manque apparent de cohérence en la matière »¹².
- 7) Certains auteurs ont aussi suggéré que des appels aux organismes externes peuvent protéger des droits fondamentaux, prétendant que les décideurs de première ligne seront plutôt motivés par des

other desirable attributes a decision-making process might embody, its decisions are unlikely to be acceptable if they are wrong ».

⁷ *Harelkin*, *supra* note 5.

⁸ Yves-Marie Morissette, « Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse » (1986) 16 RDUS 591 à la p 632.

⁹ *Sitba c Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 RCS 282.

¹⁰ *Nor-Man Regional Health Authority Inc c Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59 aux para 44-51, [2011] 3 RCS 616.

¹¹ *Parizeau c Barreau du Québec*, 2011 QCCA 1498 au para 86 [*Parizeau*].

¹² *Montréal (Ville de) c KPMG inc.*, 2010 QCCA 68 au para 54 [*KPMG*].

considérations d'efficacité et du bien commun que par le respect des intérêts individuels¹³. Bien que ces décideurs doivent faire preuve de respect des chartes des droits et libertés¹⁴, on peut effectivement imaginer que dans certains cas, les droits fondamentaux ne seront pas pesés de façon appropriée dans l'analyse d'un décideur de première instance qui n'a que peu de temps à consacrer à la décision en question.

Voici une liste des possibles moyens de réviser des décisions :

- 1) **Réexamen.** Parfois le législateur accorde expressément ou implicitement au décideur administratif le pouvoir de réviser ses décisions, normalement à la demande d'une des parties, mais exceptionnellement *sua sponte*. La loi constitutive du décideur ou les règles d'équité procédurale exigent habituellement que les parties soient entendues avant que la décision soit révisée. La règle de *functus officio* peut jouer un rôle dans ce contexte, mais sera modifiée dans son application à un régime réglementaire particulier¹⁵.
- 2) **Appel**¹⁶
 - a. **Appel à un tribunal de justice.** Le législateur donne occasionnellement un recours direct aux tribunaux de justice, une pratique bien connue au niveau fédéral¹⁷. Cette démarche peut être à la fois motivée par un désir d'assurer une cohérence dans l'application des concepts juridiques à une gamme de régimes

¹³ Peter Cane, *Administrative Tribunals and Adjudication*, Oxford, Hart Publishing, 2009, ch 1; Ron Ellis, *Unjust by Design : Canada's Administrative Justice System*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2013.

¹⁴ *Doré c Barreau du Québec*, 2012 CSC 12 au para 56, [2012] 1 RCS 395 : [l]e décideur doit se demander comment protéger au mieux la valeur en jeu consacrée par la *Charte* compte tenu des objectifs visés par la loi. Cette réflexion constitue l'essence même de l'analyse de la proportionnalité et exige que le décideur mette en balance la gravité de l'atteinte à la valeur protégée par la *Charte*, d'une part, et les objectifs que vise la loi, d'autre part.

¹⁵ *Chandler c Alberta Association of Architects*, [1989] 2 RCS 848 aux pp 860-62.

¹⁶ Notre intérêt portant sur les appels au sein de l'administration, nous ne parlerons pas des appels au Conseil des ministres fédéral, une curiosité canadienne. Voir *Proc Gén du Can c Inuit Tapirisat et autre*, [1980] 2 RCS 735 à la p 756. Nous sommes d'avis que les appels au Gouverneur général en conseil sont normalement *de novo* : voir *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40 aux para 34-49, [2014] 2 RCS 135 [*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*].

¹⁷ *Loi sur les Cours fédérales*, LRC 1985, c F-7, art 28(1).

réglementaires et par le vœu de régler des différends de façon rapide : si la Cour d'appel fédérale est saisie immédiatement d'un dossier, les délais seront moins importants que ceux impliqués par des demandes de contrôle judiciaire suivies par un appel.

- b. **Appel à un tribunal généraliste.** La création des tribunaux d'appel généralistes est de mise : au plan international, l'Australie et l'Angleterre se sont dotées de tels organismes¹⁸ et au plan canadien, il existe le Tribunal des professions au Québec et, maintenant, les « tribunal clusters » en Ontario¹⁹. Les règles de justice naturelle ne s'y appliquent pas avec toute leur force, ce qui rend possible le règlement efficace des différends. Par contre, les décideurs qui y siègent n'ont pas normalement la même expertise que les décideurs de première instance, étant plus généralistes dans leurs horizons et connaissances.
- c. **Appel à un tribunal spécialisé.** Le législateur crée parfois une instance, normalement au sein du même organisme administratif, qui sera apte à réviser des décisions prises en première instance. Ici les décideurs auront habituellement les mêmes connaissances que leurs confrères de premières lignes, mais ont plus de temps à consacrer à leurs décisions ou prennent une vue plus globale de la matière en question.
- d. **Appel de novo.** Exceptionnellement, le législateur crée une instance d'appel (parfois sous le libellé de « révision ») où le décideur n'est aucunement lié par les conclusions du décideur de première instance. Le Tribunal administratif du Québec en est probablement l'exemple phare.

3. *La problématique de la norme de contrôle*

La question est assez simple : quelles normes doit appliquer l'instance d'appel dans le processus de révision? Nous constatons que plusieurs tribunaux canadiens ont fait fausse route lors de leur analyse de cette question. D'une part, ils ont appliqué les normes de contrôle judiciaire et d'appels entre instances judiciaires aux décideurs administratifs, privilégiant ainsi une méthodologie juridique qui n'est pas nécessairement appropriée dans un contexte réglementaire. D'autre part, certains tribunaux de justice n'ont pas entrepris une analyse fine des différents processus de révision.

¹⁸ Voir Cane, *supra* note 13.

¹⁹ Voir Lorne Sossin et Jamie Baxter, « Ontario's Administrative Tribunal Clusters: A Glass Half-Full or Half-Empty for Administrative Justice? » (2012) 12 OUCLJ 157.

Puisque ces tribunaux ne distinguent pas toujours les quatre processus distincts décrits ci-haut dans leur analyse, il est difficile d'en tirer une jurisprudence convaincante sur le sujet.

A) La norme de contrôle en droit administratif

La Cour suprême a résumé dans l'arrêt *Dunsmuir* le rôle du contrôle judiciaire en droit administratif canadien :

Sur le plan constitutionnel, le contrôle judiciaire est intimement lié au maintien de la primauté du droit. C'est essentiellement cette assise constitutionnelle qui explique sa raison d'être et oriente sa fonction et son application. Le contrôle judiciaire s'intéresse à la tension sous-jacente à la relation entre la primauté du droit et le principe démocratique fondamental, qui se traduit par la prise de mesures législatives pour créer divers organismes administratifs et les investir de larges pouvoirs. Lorsqu'elles s'acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d'éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur²⁰.

Pour bien respecter la volonté du législateur, la Cour suprême a décrété que lorsqu'un décideur administratif interprète sa loi constitutive, prend une décision basée sur les faits, le pouvoir discrétionnaire ou des considérations d'intérêt général, ou répond à une question dans laquelle des questions de droit et de fait sont intimement liées, sa décision sera révisée d'une façon déférentielle²¹. La norme de la décision correcte ne s'appliquera qu'exceptionnellement; dans ces cas limités, le tribunal de justice pourra substituer ses réponses aux questions en litige à celles données par l'administration²².

Quant à elle, la primauté du droit est maintenue par l'application d'une norme déférentielle qui ne donne pas *carte blanche* aux décideurs administratifs. Tel que décrit dans *Dunsmuir*, les « attributs » d'une décision raisonnable sont « principalement » la « justification de la décision », la « transparence » et « l'intelligibilité du processus décisionnel », ainsi que

²⁰ *Dunsmuir*, supra note 2 au para 27.

²¹ *Smith c Alliance Pipeline Ltd*, 2011 CSC 7 au para 26, [2011] 1 RCS 160 [*Smith*], citant *Dunsmuir*, supra note 2 aux para 51, 53-54.

²² *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 RCS 654 [*Alberta (Information and Privacy Commissioner)*]; *McLean c Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 RCS 895 [*McLean*]; *Dunsmuir*, supra note 2 au para 50.

« l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit »²³.

Bien que cette formulation semble mettre la barre très haute, la Cour suprême a signalé à maintes reprises aux tribunaux de justice la nécessité d'agir avec retenue en révisant des décisions administratives. On n'a pas à chercher la « perfection » dans le processus décisionnel²⁴ et les tribunaux doivent « s'abstenir de faire une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d'une erreur »²⁵. Comme l'a expliqué la juge Abella : « les motifs répondent aux critères établis dans *Dunsmuir* s'ils permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables »²⁶.

Pour ce qui est des réexamens administratifs, c'est-à-dire des situations dans lesquelles un décideur administratif procède à la réévaluation d'un dossier, la déférence est de mise. La résolution de telles questions fait partie de la mission décisionnelle de l'organisme administratif. Étant donné que le décideur sera très au fait des contextes factuels et règlementaires, les tribunaux de justice doivent faire preuve de déférence lorsqu'ils se sont saisis d'une demande de contrôle judiciaire²⁷.

B) Appels et contrôle par les tribunaux de justice

Il est bien établi en droit canadien que la création par le législateur d'un appel d'un tribunal administratif à un tribunal de justice n'indique pas nécessairement que le tribunal de justice doit repartir à zéro. Par contre, « dans le contexte d'un appel prévu par la loi d'une décision d'un tribunal administratif, il faut de plus tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions »²⁸.

²³ *Dunsmuir*, supra note 2 au para 47.

²⁴ *Alliance de la fonction publique du Canada c Société canadienne des postes*, 2010 CAF 56 au para 163 (motifs du juge Evans, dissident, confirmés dans *Alliance de la fonction publique du Canada c Société canadienne des postes*, 2011 CSC 57, [2011] 3 RCS 572).

²⁵ *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34 au para 54, [2013] 2 RCS 458.

²⁶ *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62 au para 16, [2011] 3 RCS 708.

²⁷ *Moreau c Régie de l'assurance maladie du Québec*, 2014 QCCA 1067 au para 49. Quant aux limites aux pouvoirs de réexamen, voir *Fraser Health Authority v Workers' Compensation Appeal Tribunal*, 2014 BCCA 499.

²⁸ *Bell Canada c Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 RCS 1722 à la page 1746.

Le juge Iacobucci explique ainsi ce qui découle logiquement de ce principe :

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'expertise²⁹.

Lorsque l'analyse de la norme de contrôle indique qu'une attitude déferentielle est appropriée – ce qui n'est pas toujours le cas³⁰ – une décision assujettie à un appel envers un tribunal de justice sera traitée avec déférence³¹ :

Selon la Cour suprême, le contrôle judiciaire d'une cour supérieure sur les décisions d'un tribunal administratif spécialisé peut donc s'exercer de deux façons: par le moyen de la révision judiciaire ou par celui de l'appel, si ce dernier est prévu par la loi. Dans les deux cas, cependant, il s'agit de contrôle judiciaire, ce qui oblige la cour à procéder à l'application des principes usuels du droit administratif en la matière³².

Cette logique s'appuie sur l'intention du législateur³³. Certes, celui-ci a mis en place un recours en appel auprès des tribunaux de justice. Mais il a également créé une instance administrative, une démarche qui s'avérerait inutile si les décisions de l'administration étaient assujetties à la norme de la décision correcte. Si les tribunaux de justice se mettaient dans les souliers du décideur administratif, l'expertise de ce dernier ne jouerait pas un rôle important dans le processus règlementaire. Or, en déléguant des pouvoirs importants à un décideur administratif, on doit conclure que le législateur a voulu lui consacrer une compétence décisionnelle, surtout sur des questions intimement liées au bon fonctionnement du régime règlementaire. Il vaut mieux que les tribunaux de justice se demandent dans le contexte d'un appel si la décision est compréhensible et fait partie des issues possibles acceptables³⁴.

²⁹ *Pezim c Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 RCS 557 à la p 591.

³⁰ *Tervita Corp c Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3 aux para 34-39.

³¹ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c Southam Inc.*, [1997] 1 RCS 748 aux pp 775-76; *McLean*, *supra* note 22.

³² *Parizeau*, *supra* note 11 au para 69.

³³ *SCFP c Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29 au para 149, [2003] 1 RCS 539.

³⁴ *Agraira c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36 aux para 89-90, [2013] 2 RCS 559.

Les tribunaux de justice naviguent ainsi la tension entre la primauté du droit et la démocratie. Or cette tension n'existe pas lorsqu'il est question des principes qui doivent s'appliquer à l'intérieur même de l'administration.

C) Déférence à l'intérieur de l'administration : quelques erreurs d'analyse

Rappelons que l'analyse relative à la norme de contrôle est le résultat de la tension entre la volonté du législateur de consacrer des compétences importantes aux décideurs administratifs et l'impératif constitutionnel de sauvegarder la primauté du droit. Par contre, ni l'intention du législateur ni la primauté du droit n'appuient l'application des concepts tirés du contrôle judiciaire au contexte administratif. Comme la Cour d'appel de l'Alberta a constaté avec justesse dans l'affaire *Newton*: « The role of an internal appellate tribunal operating within an administrative structure is significantly different from that of an external reviewing superior court »³⁵. Sans une indication expresse de la part du législateur qu'une norme déférentielle est voulue³⁶ – et cela sous réserve de nos commentaires quant aux questions constitutionnelles abordées ci-dessous – il n'est pas approprié d'importer dans le contexte administratif des concepts tirés du contrôle judiciaire. Par exemple, en suivant les enseignements de la Cour suprême en matière de contrôle judiciaire, la divergence des décisions ne représente pas en soi un motif d'intervention³⁷ – mais s'il y a *une* raison d'être d'un tribunal d'appel, c'est de s'assurer que les individus situés pareillement soient traités de même façon!

Nous avons vu que l'expertise du décideur administratif est un concept-clé qui justifie une attitude déférentielle des tribunaux de justice envers l'administration. Or, lorsqu'il est question d'un appel d'une partie de l'administration à une autre, cette logique ne s'applique pas avec autant de force. Pour reprendre les mots de la Cour d'appel du Québec :

Les raisons qui justifient la déférence des cours de justice envers les instances administratives spécialisées, raisons qui dérivent de l'organisation et du rôle respectif des branches exécutive et judiciaire de l'État ainsi que du respect de la volonté

³⁵ *Newton v Criminal Trial Lawyers' Association*, 2010 ABCA 399 au para 37 [*Newton*].

³⁶ *Mendoza c Canada (Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 934 au para 18. Voir aussi *Flowers v Health Professions Appeal and Review Board*, [2004] OJ No 1252 (Div Ct), interprétant *Regulated Health Professions Act*, 1991, SO 1991, c 18, art 33(1)(b).

³⁷ *Domtar Inc c Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 RCS 756.

législative, ne sont guère persuasives quand l'instance d'appel appartient elle aussi à l'ordre administratif et qu'elle est elle aussi investie d'un mandat spécialisé³⁸.

Qui plus est, l'intention du législateur quant aux rôles respectifs de l'instance administrative de première ligne et celle d'appel sera manifeste dans les dispositions législatives pertinentes. Le mandat et les compétences des deux instances seront confiés expressément par le législateur. Certes, on interprète les dispositions législatives à la lumière des concepts tirés de la common law et du droit civil, mais il reste que le point de départ est la loi (ou les lois) constitutive, et non pas les normes de droit administratif qui cherchent à répondre à la tension entre la démocratie et la primauté du droit.

Quant à la primauté du droit, ce concept-clé ne justifie pas une approche déférentielle au sein de l'administration. Tel qu'expliqué par la Cour suprême, « Le principe de la primauté du droit exige que les actes de gouvernement soient conformes au droit, dont la Constitution »³⁹. Or, dans le contexte d'un appel administratif, la décision de l'instance d'appel est susceptible de faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. La primauté du droit elle-même est donc protégée par les tribunaux de justice : la conformité des actes gouvernementaux avec la loi est assurée par ces tribunaux de justice après que le processus décisionnel soit terminé (bien qu'un manque de légalité ou de compétence entachant une décision de première instance doive d'abord être corrigé par un tribunal d'appel⁴⁰).

³⁸ Parizeau, *supra* note 11 au para 75. Voir aussi *Laliberté c Huneault*, 2006 QCCA 929 au para 15 [*Laliberté*]:

[I]e facteur de la spécialisation du décideur, un facteur présent dans l'ordre administratif mais absent dans l'ordre judiciaire, milite pour que la juridiction d'appel judiciaire fasse preuve d'une certaine mesure de retenue au profit du décideur administratif. Ce facteur ne saurait jouer avec la même intensité lorsque la juridiction d'appel est elle-même un tribunal administratif, dont la spécialité, comme pour le premier décideur, est le droit professionnel et disciplinaire, et qui bénéficie, contrairement aux tribunaux judiciaires dont les jugements sont sujets à appel, de clauses privatives robustes protégeant des décisions que la loi qualifie de finales et exécutoires.

³⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 au para 72.

⁴⁰ Précisons que ce contrôle administratif de légalité est essentiellement accessoire à la mission centrale des instances d'appel, soit la correction des erreurs commises par le décideur de première instance. Voir par ex Patrice Garant, *Droit administratif*, 6^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2010 aux pp 504-05 : « Lors d'un appel administratif, le tribunal administratif d'appel, à moins que sa juridiction soit expressément limitée, peut statuer non seulement sur le mérite de la décision dont il y a appel, mais également sur sa légalité, de même que sur la juridiction même des premiers décideurs. »

Les instances d'appel au sein de l'administration devraient se concentrer plutôt sur les rôles qui leur sont accordés par le législateur :

The respective role of the reviewing and reviewed tribunal is first and foremost a question of statutory interpretation. It involves determining what function the Legislature intended the initial tribunal to perform, and what type of supervisory role is intended for the appellate tribunal⁴¹.

De surcroît, le tribunal d'appel qui fait un exercice de contrôle judiciaire plutôt que d'appel usurpe le rôle des tribunaux de justice. En effet, un tel tribunal d'appel agit alors comme un organisme reconnu par l'article 96 de la *Loi constitutionnelle 1867*⁴², sans que ses membres soient nommés par le Gouverneur général en conseil. Exercer ainsi les pouvoirs des tribunaux de compétence inhérente est inapproprié parce qu'un organisme administratif ne jouit que des pouvoirs qui lui sont attribués par la loi :

Le pouvoir de corriger certains types d'illégalités commises par les tribunaux inférieurs dans l'exercice de leur juridiction faisait partie intégrante du pouvoir de surveillance de la Cour supérieure en 1867; il est par conséquent évident que la législature ne peut valablement faire passer ce pouvoir de contrôle de la Cour supérieure à une cour qui n'est pas mentionnée à l'art. 96 de l'*AANB*⁴³.

Il est vrai que la majorité de la Cour suprême dans l'affaire *MacMillan Bloedel Ltd c Simpson*⁴⁴ a suggéré que c'est seulement lorsque le législateur usurpe une compétence fondamentale d'une Cour supérieure qu'il y a atteinte à l'article 96, laissant ainsi entendre que dans la mesure où les tribunaux de justice peuvent effectuer un contrôle judiciaire d'un premier contrôle judiciaire effectué par un organisme statutaire, il n'y a pas de problème d'ordre constitutionnel⁴⁵. Nous ne sommes pas d'accord.

⁴¹ Newton, *supra* note 35 au para 57; *Plimmer v Calgary (City) Police Service*, 2004 ABCA 175 au para 70, juge Conrad (dissidente).

⁴² *KPMG, supra* note 12 au para 27 : « Les législatures provinciales ne sauraient attribuer aux cours provinciales un pouvoir de révision judiciaire [...] » Il en va de même pour ce qui est des organismes créés par les législateurs fédéral et provincial.

⁴³ *Procureur général (Québec) et autre c Farrah*, [1978] 2 RCS 638 à la p 654 [*Farrah*].

⁴⁴ *MacMillan Bloedel Ltd c Simpson*, [1995] 4 RCS 725 au para 15 [*MacMillan Bloedel*].

⁴⁵ Il faut reconnaître que dans l'arrêt *Farrah, supra* note 43 à la p 656, ainsi que dans l'arrêt *Crevier c PG (Québec) et autres*, [1981] 2 RCS 220 à la p 239 [*Crevier*], le problème constitutionnel résidait dans la volonté du législateur d'« écarter le pouvoir de contrôle de tout autre tribunal, sous forme d'appel ou d'évocation ». Mais il faut également rappeler que dans *Crevier* à la p 234, le juge en chef a cité avec approbation le passage suivant du *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle* : [1981] 1 RCS 714 à la page 736 : « La loi ne sera invalide que si la seule fonction ou la fonction

MacMillan Bloedel laisse en effet en place le test élaboré dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*⁴⁶, dont la troisième partie exige qu'un pouvoir exercé par les tribunaux de compétence inhérente au moment de la Confédération puisse être exercé par un tribunal administratif à condition que le pouvoir soit accessoire au mandat du tribunal. Or, il est difficile de concevoir qu'un pouvoir de contrôle judiciaire constitue un pouvoir « accessoire » lorsqu'il est question d'un tribunal d'appel. À tout le moins, nous ne devons pas adopter une formulation de l'étendue d'un « appel » qui soulève des questions constitutionnelles : « Lorsqu'une disposition législative peut être jugée inconstitutionnelle selon une interprétation et constitutionnelle selon une autre, cette dernière doit être retenue »⁴⁷.

Par ailleurs, dans les cas où les organismes statutaires d'appel se voient conférer un pouvoir de contrôle judiciaire, la Cour supérieure se trouve alors dans l'impossibilité d'effectuer un vrai contrôle de l'administration, ce qui constitue dans les faits un transfert de ses fonctions à l'instance administrative d'appel⁴⁸. En effet, il devient impossible pour les tribunaux de justice de performer leur rôle de contrôle judiciaire⁴⁹ : au

principale du tribunal est de juger (l'arrêt *Farrah*) et qu'on puisse dire que le tribunal fonctionne « comme une cour visée à l'art 96 » ». Ciblant une cour provinciale agissant comme un tribunal de justice, *MacMillan Bloedel*, *supra* note 44 ne répond pas spécifiquement à la problématique d'un tribunal statutaire doté d'un pouvoir de contrôle judiciaire. Voir aussi David J Mullan, « The Uncertain Constitutional Position of Canada's Administrative Appeal Tribunals » (1982) 14 Ottawa L Rev 239 aux pp 252-53; *Séminaire de Chicoutimi c La Cité de Chicoutimi*, [1973] RCS 681.

⁴⁶ *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, *ibid*.

⁴⁷ *R c Sharpe*, 2001 CSC 2 [2001] 1 RCS 45 au para 33.

⁴⁸ Mullan, *supra* note 45 aux pp 247-48, citant *Crevier*, *supra* note 45 aux pp 236-37.

⁴⁹ Pour une discussion révélatrice de cette difficulté, voir *St-Pie (Municipalité de) c Commission de protection du territoire agricole du Québec*, 2009 QCCA 2397 aux para 37-38 [*St-Pie (Municipalité de)*]. Dans un contexte où il y avait un appel au Tribunal administratif du Québec et ensuite à la Cour du Québec (la cour provinciale), la Cour du Québec devait suivre une approche déférentielle. Mais les décisions de la Cour du Québec sont susceptibles de faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire devant la Cour supérieure, soulevant ainsi le problème discuté dans le texte. Pour l'éviter, le juge Dalphond a suggéré au para 38 le rôle suivant pour la Cour supérieure :

Le contrôle de la légalité du jugement de la Cour du Québec se résume en la vérification que le juge de la Cour du Québec a choisi et a appliqué la norme appropriée d'intervention par rapport à la décision du TAQ, car il s'agit de questions de droit intimement liées à la question de la compétence même de la Cour du Québec.

Mais il s'agit là de l'approche suivie par des tribunaux de justice saisis d'un appel d'un autre tribunal de justice. Voir par ex *Dr Q c College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19 au para 43, [2003] 1 RCS 226. L'approche que suggère

lieu de se demander si la décision de fond est compréhensible et tombe dans une zone de raisonabilité, le tribunal de justice doit plutôt se demander si la décision de l'instance d'appel d'intervenir ou de ne pas intervenir était raisonnable. Ex i: au lieu de demander s'il peut « saisir clairement » le raisonnement du décideur administratif, le tribunal de justice doit se demander s'il peut comprendre le raisonnement de l'instance d'appel. Ex ii: au lieu de demander si une considération non pertinente a été considérée par le décideur administratif, le tribunal de justice doit se demander si l'instance d'appel a tenu compte des considérations pertinentes, vues selon la perspective d'un tribunal qui exerce une fonction de contrôle judiciaire. Une décision déraisonnable de première instance peut alors « survivre » au contrôle judiciaire parce qu'elle est jugée raisonnable par le tribunal d'appel et la décision de ce dernier est justifiée, transparente et intelligible et tombe dans la zone des résultats acceptables selon le contrôle judiciaire qu'effectue la Cour supérieure. Cette situation de double déférence est absurde en soi et met en péril l'ordre constitutionnel parce que des manquements dans la décision et le processus décisionnel risquent d'échapper au contrôle judiciaire de la Cour supérieure. Il n'est ni logiquement ni constitutionnellement possible de « contrôler » un contrôle judiciaire. La compétence inhérente de la Cour supérieure devient ainsi complètement déracinée.

Cela irait en outre à l'encontre de l'intention du législateur parce que l'instance d'appel ne ferait que jouer un rôle qui fait double emploi avec celui des tribunaux de justice, ce qui « serait incompatible avec la création [de l'organisme administratif] et [un] vaste régime législatif [...] »⁵⁰ où « la création d'un tribunal d'appel tendrait à indiquer que le législateur a voulu réaliser quelque chose d'autre que ce que permettait un contrôle judiciaire »⁵¹.

Sur ce point, il faut se garder contre la tendance à regarder la problématique de la déférence à l'intérieur de l'administration sous l'angle des concepts propres au contrôle judiciaire. Par exemple, en droit administratif canadien il n'existe depuis *Dunsmuir* que deux normes de contrôle : celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable. L'arrêt *Newton* de la Cour d'appel de l'Alberta est un bel exemple d'une

le juge Dalphond traite en effet la Cour du Québec comme une cour supérieure et non comme un élément de l'administration.

⁵⁰ *Huruglica*, *supra* note 4 au para 39.

⁵¹ *Ibid* au para 41. Normalement, seulement la décision finale de l'organisme administratif est assujettie au contrôle judiciaire. Il serait peut-être possible de revoir cette règle générale afin d'éviter les problèmes mentionnés dans le texte, mais nous sommes plutôt d'avis qu'une bonne compréhension de la structure des appels administratifs nous permettrait d'éviter une approche aussi sournoise.

tendance à considérer ces normes de contrôles comme exclusives⁵² : « *Newton* considered only the alternatives of a “true appeal” and a “*de novo* hearing”, a dichotomy to which we are not limited »⁵³. Au contraire, il y a plusieurs possibilités :

Administrative appeal boards exist primarily to implement the policy of the legislation that gives them life. Appeal tribunals are meant to be subject matter specialists, and are expected to use their accumulated experience and expertise, which would be lost if they were presumptively required to limit themselves to the role of a court of law. Most appeal boards exist and are given the tools to provide those appearing before them with an accessible and efficient forum to make their case against the decision appealed from. Anomaly and inconvenience would result from appeals where parties cannot, without lawyers, get a full hearing on the subject of what is troubling them; courts should not readily interpret such legislation as burdening parties with the need to make complicated and legalistic arguments about reviewable grounds of appeal and the standard of review⁵⁴.

Alors, ceux qui pensent qu’il n’existe que ces deux options à l’intérieur de l’administration ont tort. Il y a toute une gamme de possibilités qui répondent aux besoins particuliers des divers régimes réglementaires. Nous explorons ces possibilités ci-dessous.

4. Encadrement juridique des appels administratifs

A) Encadrement proposé

Bien que la résolution de l’approche appropriée doive être propre à chaque régime réglementaire particulier, et qu’« il faut scruter attentivement la législation applicable pour mesurer les limites du cadre d’intervention que chaque décideur, à chaque palier de décision, s’est vu attribuer par le législateur »,⁵⁵ il est néanmoins important d’élaborer un encadrement juridique général. Il est trop simpliste de constater que l’instance d’appel « should just do what the statute tells it to do » parce qu’il faut interpréter

⁵² Voir par ex *Huruglica*, *supra* note 4 aux para 52-54, où il y avait un choix entre un appel *de novo* et une révision déférentielle.

⁵³ *BC Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, *supra* note 4 au para 31.

⁵⁴ Falzon, *supra* note 1 à la page 9.

⁵⁵ *Laliberté*, *supra* note 38 au para 16. Pour citer Falzon, *supra* note 1 à la p 9: « The legislator can create any type of appeal right it likes ». Voir aussi *Parizeau*, *supra* note 11 au para 52 (« il arrive que le législateur, explicitement ou implicitement, restreigne les pouvoirs du tribunal administratif qu’il investit pourtant de la compétence de revoir les décisions d’un autre tribunal ou organe administratif »); *McKenzie v Mason* (1992), 96 DLR (4th) 558 (BCCA).

les dispositions législatives à la lumière des principes généraux⁵⁶. Il vaut mieux que les décideurs administratifs et les tribunaux aient accès à une liste d'options possibles relatives à la détermination de l'encadrement approprié. Les propos du juge Binnie dans l'affaire *Khosa* sont applicables, *mutatis mutandis* :

Dans les cas où le législateur a édicté des dispositions relatives au contrôle judiciaire, il faut en premier lieu procéder à l'analyse de ces dispositions. Notre Cour avait déjà affirmé que le législateur peut, dans le respect des limites fixées par la Constitution, édicter des textes législatifs établissant une norme de contrôle particulière. Néanmoins, la portée que le législateur a voulu donner aux dispositions législatives relatives au contrôle judiciaire doit être déterminée conformément à la règle habituelle voulant que les termes d'une loi soient interprétés en fonction de leur objet compte tenu du texte, du contexte et des objectifs de la loi⁵⁷.

La Cour d'appel de l'Alberta a par ailleurs suggéré qu'il y a généralement sept considérations pertinentes à la détermination de l'encadrement du tribunal envisagé par le législateur :

- (a) the respective roles of the tribunal of first instance and the appellate tribunal, as determined by interpreting the enabling legislation;
- (b) the nature of the question in issue;
- (c) the interpretation of the statute as a whole;
- (d) the expertise and advantageous position of the tribunal of first instance, compared to that of the appellate tribunal;
- (e) the need to limit the number, length and cost of appeals;
- (f) preserving the economy and integrity of the proceedings in the tribunal of first instance; and
- (g) other factors that are relevant in the particular context⁵⁸.

Or, cette liste nous semble problématique. D'une part, les considérations (a) et (c) sont essentiellement répétitives : on ne peut pas comprendre (a)

⁵⁶ *Halifax (Regional Municipality) v Anglican Diocesan Centre Corporation*, 2010 NSCA 38 au para 23.

⁵⁷ *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Khosa*, 2009 CSC 12 au para 18, [2009] 1 RCS 339.

⁵⁸ *Newton*, *supra* note 35 au para 43.

les rôles des décideurs en question sans avoir pris en considération (c) tout le contexte législatif. D'autre part, les considérations (b), (e) et (f) sont entachées par une erreur de logique. Ce n'est qu'après avoir discerné l'intention du législateur quant aux rôles des décideurs en question qu'on peut constater que celui-ci voulait (b) permettre des appels sur seulement des questions de droit et non de fait, (e) limiter les appels pour des motifs financiers, ou (f) préserver l'économie et l'intégrité du processus à première instance. Bref, ce ne sont pas des considérations appropriées d'un point de vue analytique. Enfin, la considération (g) est tout simplement trop large.

En résumé, les seules considérations pertinentes seraient : (a) les rôles respectifs des décideurs administratifs en question tels que révélés par les dispositions législatives⁵⁹, et le cas échéant, des travaux préparatoires; (b) et l'expertise relative des deux instances. Le contexte est hautement important : « Chaque régime législatif dépend des circonstances qui lui sont propres »⁶⁰.

En pondérant ces considérations, il faut tenir compte d'une autre distinction. Il y a trois aspects à la tâche de l'instance d'appel – des questions de procédure, de substance, et de recours – qui joueront dans l'analyse du rôle de l'instance d'appel. L'aspect *substance* est la première cible de notre analyse, mais elle est influencée par les autres aspects. Quant aux *procédures*, par exemple, les instances d'appel auront parfois le pouvoir d'admettre une nouvelle preuve, ce qui suggère que l'instance d'appel n'est pas liée par les conclusions de première instance sur certaines questions. Quant aux *recours*, un pouvoir large de révision peut suggérer un rôle plus large sur la substance.

Parfois, le législateur prévoit que l'instance d'appel peut se substituer au décideur de première instance; évidemment, si l'instance d'appel détient un tel pouvoir, l'étendue de l'appel devant elle doit être interprétée de manière large. Par contre, si un décideur administratif doit, en cas de désaccord, renvoyer le dossier au décideur de première instance, il ne va pas de soi que l'étendue de l'appel est plus étroite. Une telle erreur a été

⁵⁹ Il est souvent le cas que le législateur utilise la distinction entre des questions de droit et de fait pour structurer des appels, comme l'a expliqué la Cour d'appel du Québec dans *Montréal (Ville de) c Gyulai*, 2011 QCCA 238 au para 33 [*Gyulai*]:

Les appels statutaires devant une instance judiciaire peuvent se diviser en trois grandes catégories :

- Les appels sur les questions de droit et de juridiction ou compétence;
- Les appels sur les questions de droit seulement;
- Les appels purs et simples ou appels sur le fond.

⁶⁰ *Huruglica*, *supra* note 4 au para 53.

commise par la Cour d'appel du Québec dans *St-Pie (Municipalité de) c Commission de protection du territoire agricole du Québec*⁶¹. Avec égards, même si le Tribunal administratif du Québec n'avait pas la compétence de rendre la décision qu'il aurait jugée méritée, il avait néanmoins la compétence d'identifier les erreurs entachant la décision de première instance. Il reste possible que même en présence d'erreurs graves ou d'une décision qui n'admet qu'une seule réponse permmissible, l'instance d'appel doit renvoyer le dossier au décideur de première instance afin que l'affaire soit close⁶². Autrement dit, la Cour d'appel a confondu deux concepts distincts : la compétence d'identifier des erreurs (*substance*) et celle de les corriger (*recours*). L'ampleur de la compétence quant aux recours possibles ne dépend pas de l'étendue de la compétence relative à l'identification des erreurs. Il en va de même pour ce qui est du pouvoir d'ajouter de nouvelles preuves au dossier. La présence d'un tel pouvoir suggère une compétence de révision plus importante, mais l'absence d'un tel pouvoir n'implique pas par ailleurs que l'étendue de la compétence de révision est moindre : « un droit restreint de considérer des preuves nouvelles n'a [pas] pour effet de limiter le pouvoir de l'instance d'appel de prendre connaissance de l'ensemble de la matière »⁶³.

Il convient de noter que cette distinction entre *procédure*, *substance*, et *recours* nous permet de reconnaître un certain pluralisme. De fait, plusieurs combinaisons de ces trois aspects sont possibles afin de répondre aux besoins particuliers de régimes administratifs différents, incluant des régimes avec plusieurs paliers d'appel interne. Une approche pluraliste n'est donc pas menacée par l'encadrement proposé.

D'après nous, quant à la *substance* des appels, il y aura en général trois possibilités⁶⁴ :

(i) *Appel de novo, normalement à un réviseur externe*

L'instance d'appel peut procéder à un appel *de novo*, traitant le processus décisionnel de première instance simplement comme une cueillette de données pertinentes. Sous cette catégorie de l'appel *de novo*, l'instance d'appel peut aussi, selon ce qu'elle décide, écarter entièrement les

⁶¹ *St-Pie (Municipalité de)*, supra note 49.

⁶² *Ibid* aux para 80, 83.

⁶³ *Iyamuremye c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 494 au para 35 [*Iyamuremye*].

⁶⁴ Voir aussi *Djossou c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1080 aux para 46-51 [*Djossou*] où le juge Martineau suggère trois possibilités qui correspondent aux concepts élaborés ci-dessus : appel *de novo*, appel hybride, et appel véritable. Toutefois, l'étiquetage est moins important que le contour de ces concepts.

conclusions de première instance. Certes, une décision aura été rendue en première instance mais dans le cas d'un appel de novo, ces conclusions ne lieront aucunement l'instance d'appel qui entreprendra une audience « in the nature of a full hearing into the merits of the case »⁶⁵.

Or, il nous semble qu'une telle approche ne concorde pas avec certaines tendances jurisprudentielles canadiennes. En effet, la Cour suprême a rappelé à maintes reprises les avantages dont jouissent les décideurs de première instance quant à l'appréciation du contexte factuel :

Selon un principe bien établi du contrôle en appel, il convient de faire montre de déférence envers le juge des faits pour ce qui est des questions de crédibilité en raison de l'« énorme avantage » qu'ont les juges (et les jurés) de voir et d'entendre les témoins au procès – un avantage que la transcription des témoignages ne peut pas offrir⁶⁶.

Par ailleurs, il est possible qu'un demandeur soit incité à se servir de l'audience de première instance « comme un banc d'essai et à ménager ses munitions pour le débat » en appel⁶⁷.

Ainsi, une telle approche *de novo* permettant à l'instance d'appel d'écarter à sa discrétion les conclusions de première instance n'est pas appropriée, sauf lorsqu'une compétence extrêmement large est accordée à l'instance d'appel. Ce sera le cas lorsque l'instance d'appel se voit accorder de larges pouvoirs afin de corriger des erreurs de fait, un dossier incomplet, ou des manquements d'équité procédurale occasionnés par un processus décisionnel hâtif⁶⁸ et où l'instance d'appel a une expertise pertinente qui dépasse ou équivaut à celle du décideur original. Ce fut le cas dans *British Columbia Chicken Marketing Board v British Columbia Marketing Board* :

The statutory regime created by this legislation clearly indicates that an appeal to the Marketing Board is to be in the nature of a full hearing into the merits of the case. There is nothing in the legislation to suggest that the Marketing Board must give any or any significant deference to the decision of a commodity board, such as the Chicken Board. Where the Chicken Board has heard no evidence, information or argument and has offered no reasons for its decision, the Marketing Board has little alternative under its statutory adjudication regime other than to determine the facts

⁶⁵ *British Columbia Chicken Marketing Board v British Columbia Marketing Board*, 2002 BCCA 473 au para 13.

⁶⁶ *R c NS*, 2012 CSC 72 au para 25, [2012] 3 RCS 726, citant *Housen c Nikolaisen*, 2002 CSC 33 au para 24, [2002] 2 RCS 235. Voir *Barreau du Québec c Brousseau*, [2001] RJQ 875 au para 57, 200 DLR (4th) 470 (CA) [*Barreau du Québec*].

⁶⁷ *St-Pie (Municipalité de)*, *supra* note 49 au para 72.

⁶⁸ Soit les justifications 1, 2 et 3 mentionnées ci-haut. Parfois, le regard attentif d'un organisme externe peut d'ailleurs assurer que les intérêts individuels soient mieux protégés, ce qui correspond à la justification 7, ci-dessus.

and issues based on the evidence and argument presented to it. It has the power to conduct a full hearing into the merits⁶⁹.

En général, une révision *de novo* « allows for timely reflection, after a decision necessarily made in haste »⁷⁰.

Tribunal administratif du Québec

La position conventionnelle est que le TAQ a une compétence d'appel *de novo*⁷¹, à cause de l'étendue du pouvoir qui lui est accordé par la *Loi sur la justice administrative* :

Le Tribunal a le pouvoir de décider toute question de droit ou de fait nécessaire à l'exercice de sa compétence.

Lorsqu'il s'agit de la contestation d'une décision, il peut confirmer, modifier ou infirmer la décision contestée et, s'il y a lieu, rendre la décision qui, à son avis, aurait dû être prise en premier lieu⁷².

Au plan institutionnel, le TAQ se situe à part des organismes par rapport auxquels il siège en appel. Il comprend quatre sections, dont les membres jouissent d'une expertise importante généralement semblable à l'expertise du décideur de première instance. À maintes reprises, le TAQ a réitéré que son rôle est de décider si la décision de première instance est bien fondée en droit et sur les faits. En effet, le TAQ « a les mêmes pouvoirs et le même pouvoir discrétionnaire que le décideur initial et sa décision porte sur tous les éléments de l'affaire qui font l'objet de la contestation, dans la mesure où les questions soulevées devaient être traitées par l'organisme »⁷³. Dans certaines situations exceptionnelles, le rôle consacré au TAQ par le législateur peut ressembler plutôt à celui d'un tribunal qui accueille des appels ordinaires⁷⁴, mais en règle générale, sa compétence est *de novo*.

⁶⁹ *Supra* note 68 au para 13.

⁷⁰ *Rocky Top Farm v Nova Scotia (Agriculture)*, 2015 NSSC 21 au para 111 [*Rocky Top Farm*].

⁷¹ Claude Germain, « La justice administrative au Québec » dans *JurisClasseur Québec*, coll « Droit public », Droit administratif, fasc 8, Montréal, LexisNexis Canada, 2013 au para 62.

⁷² RLRQ, c J-3, art 15.

⁷³ Jean-Pierre Villaggi, *L'Administration publique québécoise et le processus décisionnel: des pouvoirs au contrôle administratif et judiciaire*, Cowansville, Yvon Blais, 2005 à la p 500.

⁷⁴ Voir *St-Pie (Municipalité de)*, *supra* note 49.

Tribunal d'appel des transports du Canada

Cet organisme est composé d'experts qui siègent en révision des décisions prises par divers ministères souvent dans des circonstances hâtives et où un regard attentif est nécessaire afin de s'assurer de l'application juste et équitable des dispositions réglementaires concernant le domaine des transports⁷⁵. Par exemple, la *Loi sur la sûreté du transport maritime*⁷⁶ confère au ministre la compétence de « suspendre » la désignation d'un agent de contrôle, « s'il estime que l'exercice, par lui, des fonctions d'agent de contrôle constitue un danger immédiat ou probable pour la sûreté du transport maritime »⁷⁷. Une décision de cette nature, qui a un grand impact sur l'agent privé de son statut, sera évidemment prise de façon urgente, ce qui nécessite un appel *de novo*⁷⁸.

Constats d'infraction sommaires

Quant aux appels *de novo*, nous pouvons penser aussi aux constats d'infraction sommaires émis par des agents de police : en Colombie-Britannique, par exemple, le *Motor Vehicle Act*⁷⁹ prévoit la suspension d'un permis de conduire en cas de conduite avec facultés affaiblies⁸⁰, mais le justiciable peut contester les fondements de cette suspension dans les plus brefs délais, devant une instance d'appel avec une compétence de révision très large⁸¹.

Or, comme nous avons soutenu, un appel *de novo* sera l'exception plutôt que la norme. Ainsi, dans *BC Society for the Prevention of Cruelty to Animals v British Columbia (Farm Industry Review Board)*⁸², le régime réglementaire considéré par la Cour suprême de la Colombie-Britannique était semblable à celui en vigueur en matière de transport maritime: des

⁷⁵ *Loi sur le Tribunal d'appel des transports du Canada*, LC 2001, c 29, art 3(1) : « Le gouverneur en conseil nomme au Tribunal des membres – ci-après appelés “conseillers” – possédant collectivement des compétences dans les secteurs des transports ressortissant à la compétence du gouvernement fédéral. »

⁷⁶ LC 1994, c 40.

⁷⁷ *Ibid*, art 19.2(3).

⁷⁸ *Ibid*, art 19.4. Il est à noter également que le justiciable a l'option d'appeler cette révision *de novo* à un banc de trois membres du Tribunal (*Loi sur le Tribunal d'appel des transports du Canada*, *supra* note 75, art 13). Dans un processus avec deux étapes, une révision *de novo* suivie par un appel à une instance aussi spécialisée est compréhensible, parce que chaque instance joue un rôle distinct.

⁷⁹ RSBC 1996, c 318.

⁸⁰ *Ibid*, art 215.41.

⁸¹ *Ibid*, art 215.5. Voir aussi *Rocky Top Farm*, *supra* note 70 (*Animal Protection Act*, SNS 2008, c 33).

⁸² *Supra* note 4.

agents de la British Columbia Society for the Prevention of Cruelty to Animals ont la compétence de prendre en charge des animaux abandonnés ou en détresse⁸³, des décisions souvent prises sur le champ. Néanmoins, l'instance d'appel a accordé « respectful regard » aux motifs des agents de première ligne et n'a pas effectué un appel *de novo*⁸⁴.

(ii) *Appel sur la substance, normalement à un tribunal spécialisé*

Il est néanmoins possible de donner un rôle déterminant à l'instance d'appel tout en conservant un rôle distinct et important pour le décideur de première instance. C'est le modèle du tribunal spécialisé⁸⁵. Saisie du dossier et des conclusions de première instance, l'instance d'appel peut tirer ses propres conclusions, tout en accordant un poids approprié⁸⁶ aux conclusions du décideur de première instance dans le respect de l'expertise relative de celui-ci⁸⁷. Selon ce modèle, la convergence des décisions et l'élaboration de la mission décisionnelle de l'organisme administratif en question se voient favorisées⁸⁸. Le juge Phelan a suivi cette logique dans le contexte du régime d'appel au sein de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié au Canada. D'après lui, la Section d'appel des réfugiés, saisie d'un appel de la Section de protection des réfugiés :

⁸³ *Prevention of Cruelty to Animals Act*, RSBC 1996, c 372, art 10-20.

⁸⁴ *BC Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, *supra* note 4 aux para 24, 37.

⁸⁵ Le terme spécialisé peut s'avérer trompeur, parce que chaque tribunal administratif est « expert » dans le sens large du terme. « Spécialisé » pour les fins du présent texte laisse entendre que l'instance d'appel est dotée de la même expertise, ou d'une expertise semblable, à celle du décideur de première instance. Cela sera souvent le cas lorsque le décideur de première instance et l'instance d'appel font partie du même organisme.

⁸⁶ Qui ne sera pas nécessairement le même sur chaque élément du dossier : *Barreau du Québec*, *supra* note 66 au para 66.

⁸⁷ Une telle approche fut suggérée par le juge Evans dans le contexte de l'équité procédurale, mais est applicable *mutatis mutandis* à ce contexte, *Re : Sonne c Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48 au para 42:

Bref, si le juge saisi de la demande de contrôle doit décider selon la norme de la décision correcte de la conformité des choix procéduraux d'un organisme, généraux ou particuliers, à l'obligation d'équité, il doit le faire en se montrant respectueux de ces choix. Il convient donc que le juge accorde de l'importance à la manière dont l'organisme a cherché à établir un équilibre entre, d'une part, la participation maximale et, d'autre part, l'efficacité du processus décisionnel. Compte tenu de l'expertise dont dispose l'organisme, le degré de retenue que commande un choix de l'administrateur en matière de procédure peut être particulièrement important lorsque le modèle procédural utilisé par l'organisme visé par la demande de contrôle diffère considérablement du modèle judiciaire que les juges connaissent le mieux.

⁸⁸ Ce qui correspond aux justifications 4 et 5 mentionnées ci-haut. Ajoutons également la justification 7, parce que les intérêts individuels peuvent parfois profiter d'un second regard attentif au sein du même organisme.

[d]oit examiner tous les aspects de la décision de la SPR et en arriver à sa propre conclusion quant à savoir si le demandeur d'asile a qualité de réfugié au sens de la Convention ou qualité de personne à protéger. Lorsque ses conclusions diffèrent de celles de la SPR, la SAR doit y substituer sa propre décision. Lorsque la SAR effectue son examen, elle peut reconnaître et respecter la conclusion de la SPR sur des questions comme la crédibilité et/ou lorsque la SPR jouit d'un avantage particulier pour tirer une conclusion, mais elle ne doit pas se borner, comme doit le faire une Cour d'appel, à intervenir sur les faits uniquement lorsqu'il y a une « erreur manifeste et dominante »⁸⁹.

Dans la plupart des régimes où un tribunal d'appel spécialisé est doté de la même expertise, ou d'une expertise comparable à celle du décideur de première instance, il vaut mieux privilégier une telle approche dite « de substance ». Étant donné que ce n'est alors pas « l'occasion d'un nouveau procès » à cause des « limites intrinsèques » des processus d'appel⁹⁰, des rôles importants sont ainsi accordés aux décideurs de première instance et d'appel. Dans le cadre d'une telle analyse, il est incontournable de considérer les aspects de *procédure*, *substance*, et *recours* afin de discerner l'intention du législateur.

Section d'appel des réfugiés

La Section d'appel des réfugiés est un bon exemple tombant sous cette rubrique⁹¹. Les décideurs au sein de cet organisme avaient tendance à évoquer la norme de la décision raisonnable dans leur tâche de révision des décisions rendues par la Section de protection des réfugiés. Or, ils se sont vu reprocher par la Cour fédérale⁹², avec justesse selon nous.

Ces deux instances décisionnelles, la Section de protection des réfugiés et la Section d'appel des réfugiés, font partie du même organisme, la Commission de l'immigration et du statut de réfugiés⁹³. Elles détiennent

⁸⁹ *Huruglica*, *supra* note 4 aux para 54-55. Voir aussi *Kikino Métis Settlement v Métis Settlements Appeal Tribunal*, 2013 ABCA 151 au para 47 (motifs concordants du juge MacDonald); Mario D Bellissimo et Joanna Mennie, « Refugee Appeal Division (RAD) – First Steps in an Important Legal Evolution » (2014) 25 Imm LR (4^e) 169.

⁹⁰ Parizeau, *supra* note 11 au para 79.

⁹¹ Il y a maintenant de nombreuses décisions de la Cour fédérale qui statuent sur cette question (voir pour un résumé *Djossou*, *supra* note 64), qui sera tranchée de façon définitive par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Huruglica*, *supra* note 4, comme question certifiée.

⁹² *Alvarez c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 702 [Alvarez]; *Eng c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 711 [Eng]; *Huruglica*, *supra* note 4; *Iyamuremye*, *supra* note 63.

⁹³ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27, art 151 [Loi sur l'immigration].

d'importants pouvoirs afin de poursuivre leur mandat, ayant « compétence exclusive pour connaître des questions de droit et de fait – y compris en matière de compétence – dans le cadre des affaires dont [elles sont saisies] »⁹⁴.

La compétence déléguée à la Section d'appel par le législateur est large : « la personne en cause et le ministre peuvent, conformément aux règles de la Commission, porter en appel – relativement à une question de droit, de fait ou mixte – auprès de la Section d'appel des réfugiés la décision de la Section de la protection des réfugiés accordant ou rejetant la demande d'asile »⁹⁵. Après avoir entendu l'appel, la Section d'appel « confirme la décision attaquée, casse la décision et y substitue la décision qui aurait dû être rendue ou renvoie, conformément à ses instructions, l'affaire à la Section de la protection des réfugiés »⁹⁶.

Notons aussi le rôle de la Section d'appel dans l'élaboration de la mission décisionnelle de l'organisme : « la décision du tribunal constitué de trois commissaires a la même valeur de précédent pour le tribunal constitué d'un commissaire unique et la Section de la protection des réfugiés que celle qu'une Cour d'appel a pour une cour de première instance »⁹⁷. Comme l'a constaté le juge Phelan quant à l'étendue des pouvoirs de la Section d'appel :

Les compétences spécialisées de la SAR sont au moins égales à celles de la SPR. La SAR est un tribunal d'appel spécialisé, ses membres sont nommés par le gouverneur en conseil pour des mandats de durée déterminée, et ils doivent posséder des compétences spécialisées dans le domaine du droit des réfugiés. La SAR a été créée pour entendre des appels interjetés à l'encontre de décisions de première instance de la SPR. Une décision rendue par une formation de trois commissaires a valeur de précédent et elle lie les commissaires de la SPR⁹⁸.

⁹⁴ *Ibid*, art 162(1).

⁹⁵ *Ibid*, art 110(1).

⁹⁶ *Ibid*, art 111(1). Le pouvoir de renvoi est limité de façon mineure par l'art 111(2) :

Elle ne peut procéder au renvoi que si elle estime, à la fois :

- a) que la décision attaquée de la Section de la protection des réfugiés est erronée en droit, en fait ou en droit et en fait;
- b) qu'elle ne peut confirmer la décision attaquée ou casser la décision et y substituer la décision qui aurait dû être rendue sans tenir une nouvelle audience en vue du réexamen des éléments de preuve qui ont été présentés à la Section de la protection des réfugiés.

⁹⁷ *Ibid*, art 171(c).

⁹⁸ *Huruglica, supra* note 4 au para 49.

Elle tombe donc sous la rubrique de tribunal spécialisé⁹⁹.

Supposons que la Section d'appel ne tienne qu'exceptionnellement des audiences et procède plutôt à une évaluation du dossier sur papier¹⁰⁰. La Section de protection des réfugiés bénéficie alors d'un léger avantage dans l'appréciation de certains éléments factuels du dossier, y compris la crédibilité des témoins; elle est bien placée « pour tirer ces conclusions parce qu'elle est le tribunal de première instance, le tribunal des faits, possédant l'avantage d'avoir entendu les témoignages à vive voix »¹⁰¹. Rappelons, par contre, que cet avantage ne sera pas décisif dans chaque dossier :

[Le décideur administratif] a choisi de fonder en grande partie sa conclusion en l'espèce à l'égard du manque de crédibilité, non pas sur des contradictions internes, des incohérences et des subterfuges, qui constituent l'essentiel du pouvoir discrétionnaire des juges des faits, mais plutôt sur l'in vraisemblance des critères extrinsèques, tels que le raisonnement, le sens commun et la connaissance d'office, qui nécessitent tous de tirer des conclusions que les juges des faits ne sont pas mieux placés que les autres pour tirer¹⁰².

Dans un tel cas, il n'est alors pas approprié de la part de la Section d'appel d'accorder une déférence mur-à-mur aux conclusions du décideur de première instance. Étant donné que les décisions concernant les réfugiés sont « perhaps the most problematic adjudicatory function in the modern state »¹⁰³, il incombe à l'instance d'appel d'examiner rigoureusement

⁹⁹ Voir aussi *Alvarez*, *supra* note 92 au para 28 :

Le législateur a confié à la SAR, un tribunal spécialisé (même surspécialisé), une fonction d'appel véritable siégeant en appel d'une décision d'un autre tribunal administratif. Contrairement au rôle d'un tribunal judiciaire exerçant un pouvoir de surveillance et de contrôle des organismes publics, la SAR a comme responsabilité primordiale d'assurer l'intégrité et l'uniformité des procédures devant la SPR, ainsi que de réduire la multiplication inutile des procédures (notamment ceux devant la Cour fédérale).

¹⁰⁰ *Loi sur l'immigration*, *supra* note 93, art 110(3), 110(3.1), 110(4) et 110(6). Comme le précise l'art 110(6), une audience sera tenue seulement lorsqu'il y a de nouveaux éléments de preuve qui à la fois:

a) soulèvent une question importante en ce qui concerne la crédibilité de la personne en cause; b) sont essentiels pour la prise de la décision relative à la demande d'asile; c) à supposer qu'ils soient admis, justifieraient que la demande d'asile soit accordée ou refusée, selon le cas.

¹⁰¹ *Alvarez*, *supra* note 92 au para 33.

¹⁰² *Giron c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 33 ACWS (3d) 1270 au para 1. Voir aussi *Huruglica*, *supra* note 4 aux para 37-38.

¹⁰³ Thomas, *supra* note 6 à la p 48.

chaque dossier afin de confirmer que le décideur de première instance a pris la bonne décision.

Tribunal d'appel des transports du Canada

Un autre exemple tombant sous cette rubrique est le Tribunal d'appel des transports du Canada. L'appel *de novo* effectué par un membre du Tribunal est appelable à un banc de trois membres du même Tribunal¹⁰⁴. Étant donné que l'instance d'appel a la même expertise que le décideur de première instance, il s'agit d'un appel à l'intérieur du même organisme où les membres de l'instance d'appel devront respecter les conclusions de leur confrère¹⁰⁵.

(iii) Appel ordinaire, normalement à un tribunal généraliste

La troisième approche possible est que le tribunal d'appel importe les normes qui régissent les appels entre tribunaux de justice¹⁰⁶. Suivant cette approche, l'instance d'appel « doit être en mesure de corriger toute erreur de droit entachant une décision de [première instance] ou toute erreur manifeste et dominante dans la détermination des faits ou dans l'application du droit aux faits »¹⁰⁷. Bien qu'il y ait lieu de faire preuve de déférence concernant certaines conclusions de première instance, l'instance d'appel « doit néanmoins effectuer sa propre évaluation de l'ensemble de la preuve afin de déterminer si [le décideur de première instance] s'est fond[é] sur un mauvais principe de droit ou a mal apprécié les faits au point de commettre une erreur manifeste et dominante »¹⁰⁸. Cette approche sera appropriée surtout lorsque l'instance d'appel est un tribunal généraliste, assurant avant tout une approche cohérente dans plusieurs domaines de réglementation¹⁰⁹.

Cette approche n'est pas persuasive dans le contexte d'un tribunal d'appel spécialisé, parce que ce dernier aura souvent l'expertise requise pour tirer ses propres conclusions de fait et des conclusions mixtes de fait et droit. Qui plus est, si cette norme déférentielle s'appliquait aux tribunaux d'appel spécialisés, il n'y aurait alors pas de distinction entre des tribunaux

¹⁰⁴ *Loi sur le Tribunal d'appel des transports du Canada*, *supra* note 75, art 13.

¹⁰⁵ Voir aussi *Autorité des marchés financiers c Groupe SNC-Lavalin Inc*, 2013 QCCA 204, traitant de la compétence du Bureau de révision au sein de l'Autorité des marchés financiers.

¹⁰⁶ *St-Pie (Municipalité de)*, *supra* note 49 au para 74; *Parizeau*, *supra* note 11 au para 81.

¹⁰⁷ *Eng*, *supra* note 92 au para 28.

¹⁰⁸ *Ibid* au para 34.

¹⁰⁹ Les justifications 6 et 7 mentionnées ci-dessus s'appliquent avec force dans ce contexte, mais les justifications 4 et 5 peuvent aussi jouer un rôle.

d'appel généralistes et spécialisés, un résultat incongru qui minerait la cohérence de l'état du droit. Or, lorsqu'un appel à un tribunal généraliste existe pour assurer une certaine cohérence dans divers régimes réglementaires, mais que ce tribunal généraliste ne jouit pas d'une grande expertise relativement à celle du décideur de première instance, la norme de l'erreur manifeste et déterminante nous semble utile.

Tribunal des professions (Québec)

Dans une affaire concernant un appel devant le Tribunal des professions, un tribunal généraliste, la Cour d'appel du Québec a décrit la norme appropriée :

[I]e Tribunal a été spécialement doté d'une fonction d'appel, qu'il n'y a pas lieu de stériliser par l'emploi d'une norme d'intervention exagérément sévère : assurément, au chapitre du droit, le Tribunal des professions doit appliquer la norme de la décision correcte, propre aux appels, rectifier toute erreur de droit et intervenir en conséquence, ce qui peut en certains cas requérir une réévaluation de la preuve ou des inférences qui en sont tirées à la lumière de la règle de droit applicable [...] [Quant aux faits] [s]i ce jugement d'appréciation est fondé sur des déterminations factuelles inexactes, le Tribunal des professions peut intervenir pour rectifier ces erreurs [...] De plus, le Tribunal sera aussi justifié d'intervenir lorsque le jugement d'appréciation final posé par le Comité des requêtes ne concorde pas avec les faits révélés par la preuve. Dans les deux cas, en effet, il y a une erreur manifeste et dominante justifiant l'intervention du Tribunal¹¹⁰.

Suivant cette approche, lorsqu'on peut démontrer une erreur de la part du décideur de première instance, soit une erreur factuelle ou juridique, qui compromet l'atteinte des objectifs de l'organisme administratif, l'intervention sera permise afin de corriger les erreurs entachant la décision. Il est de mise d'« effectuer une évaluation indépendante de l'ensemble de la preuve afin de déterminer si *le décideur de première instance*, en fonction des faits et des conditions du pays en question, avait bien examiné la preuve et qu'elle avait justifié raisonnablement sa conclusion » [*nos italiques*]¹¹¹.

¹¹⁰ *Parizeau*, *supra* note 11 aux para 86, 90. Bien que ce dernier se soit vu décrit comme un tribunal « spécialisé » par la Cour d'appel (*ibid* au para 75), la Cour a quand même appliqué les normes qui sont plus appropriées pour un tribunal d'appel généraliste. Je soupçonne que l'étiquette « spécialisé » a été appliquée afin d'éviter l'application des principes de contrôle judiciaire.

¹¹¹ *Iyamuremye*, *supra* note 63 au para 41.

Cour du Québec

La Cour du Québec est un autre exemple, d'après nous, d'un tribunal d'appel généraliste. Elle joue un rôle important dans l'administration, parce que « à la suite de la réforme de la justice administrative de 1996, [elle] a conservé une importante juridiction d'appel dans divers domaines et en vertu d'une multitude de lois »¹¹². Son expertise en matière d'administration est appréciée par le législateur qui a créé un Tribunal des professions dont les membres sont tous des membres de la Cour du Québec¹¹³.

Par contre, notre analyse n'est pas retenue par les tribunaux de justice, qui ont reconnu à maintes reprises un rôle distinct pour la Cour du Québec. Son rôle lorsqu'elle siège en appel a été assimilé à celui d'un tribunal de justice effectuant un contrôle judiciaire :

It is now well established, both by the Supreme Court and this Court, that in an appeal from a decision of a specialized tribunal, as in the case before us, the criteria for intervention of the appellate court are not the same as those in an appeal from a lower court judgment, but are closer to those of a judicial review. The appellate court's intervention is limited, as it is in judicial review cases, in that it must perform a pragmatic and functional analysis and show deference to the specialized administrative tribunal. Thus, in the case of a question of law that is within the specialized tribunal's area of expertise, the standard of review is not correctness but reasonableness¹¹⁴.

Nous ne sommes pas d'accord¹¹⁵. Nous entretenons des doutes quant à la constitutionnalité de ce rôle¹¹⁶. Il est plutôt le cas que dans ses fonctions d'appel administratif, la Cour du Québec est elle-même un élément de l'administration, qui a comme objectif d'assurer une cohérence juridique à l'ensemble des organismes administratifs tombant sous sa compétence. Nous ne remettons pas en question le statut général de la Cour du Québec

¹¹² *Gyulai*, supra note 59 au para 32.

¹¹³ *Code des professions*, RLRQ c C-26, art 162 : « Est institué un Tribunal des professions formé de 11 juges de la Cour du Québec désignés par le juge en chef de cette Cour; celui-ci désigne parmi eux un président et un vice-président qui le remplace en cas d'absence ou d'empêchement. »

¹¹⁴ *Nechi Investments Inc c Autorité des marchés financiers*, 2011 QCCA 214 au para 16.

¹¹⁵ À notre avis, la décision de la Cour suprême dans *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c Proprio Direct inc*, 2008 CSC 32, [2008] 2 RCS 195 ne change rien à cette analyse parce que la Cour n'a pas été saisie des problèmes que nous soulevons.

¹¹⁶ Voir la partie III-C, ci-dessus, pour la discussion.

comme étant un tribunal de justice¹¹⁷. Nous prétendons, par contre, que celle-ci exerce une fonction administrative lorsqu'elle siège en appel des organismes administratifs. Cela ne veut pas dire que les juges de la Cour du Québec deviennent des membres de l'exécutif. Certains d'entre eux exercent déjà une compétence administrative lorsqu'ils siègent comme membres du Tribunal des professions (voir ci-dessus) mais ils demeurent membres de la branche judiciaire. Bref, ce qui vaut pour le Tribunal des professions vaut aussi pour la Cour du Québec siégeant en appel des organismes administratifs. Il convient de noter que le Tribunal administratif du Québec est l'héritier de plusieurs anciennes fonctions de la Cour du Québec, ce qui rend surprenante la distinction faite par la Cour d'appel entre le TAQ, qui exerce une fonction d'appel ou de révision¹¹⁸, et la Cour du Québec, qui exerce une fonction de contrôle judiciaire.

Nous partageons plutôt l'opinion du juge Bearegard, qui s'est exprimé ainsi dans motifs dissidents :

Il faut aussi attacher de l'importance au fait que le législateur permet au juge de la Cour du Québec d'autoriser une nouvelle preuve utile et pertinente et qu'ayant révisé tous les éléments de preuve, il puisse, non pas seulement casser la décision du Comité et lui renvoyer le dossier, mais infirmer cette décision et rendre la décision qui, selon lui, aurait dû être rendue en premier lieu, pouvoirs qui ne sont pas ceux du juge qui accueille un *certiorari*¹¹⁹.

La déférence jouerait quand même un rôle important, mais un rôle approprié à un tribunal général d'appel :

Cela ne signifie pas que le juge ne doit pas montrer envers le Comité la déférence qui est celle que doit un tribunal d'appel à un tribunal inférieur sur les questions de fait, ni que le juge ne doit pas tenir compte, dans une circonstance donnée, du fait que le point en litige tourne autour d'une question sur laquelle le Comité a véritablement une expertise plus étendue que celle du juge¹²⁰.

Tribunal de sécurité sociale

Le régime canadien de sécurité sociale est aussi instructif, parce qu'il fournit un exemple avec plusieurs paliers d'appel. En effet, il y a un appel *de novo* à la Commission de l'assurance-emploi du Canada, suivi par un appel à la division générale du Tribunal de sécurité sociale, suivi enfin par

¹¹⁷ *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25, art 4j), 22c); *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25.01, art 8.

¹¹⁸ Voir la partie IV-A(i), ci-dessus, pour la discussion.

¹¹⁹ *Desjardins c Comité de déontologie policière*, 2009 QCCA 470 au para 63.

¹²⁰ *Ibid* au para 65.

un appel sur permission à la division d'appel dudit Tribunal. Sous la *Loi sur l'assurance-emploi*¹²¹, la Commission a un pouvoir d'appel *de novo*. Elle peut « annuler ou modifier toute décision rendue à l'égard d'une demande particulière de prestations si des faits nouveaux lui sont présentés ou si elle est convaincue que la décision a été rendue avant que soit connu un fait essentiel ou a été fondée sur une erreur relative à un tel fait »¹²².

Le justiciable qui ne se voit pas accorder un bénéfice par la Commission a un droit d'appel au Tribunal de sécurité sociale. Ce dernier est composé d'une division générale et d'une division d'appel¹²³. La division générale a une compétence très large. Elle « peut rejeter l'appel ou confirmer, infirmer ou modifier totalement ou partiellement la décision visée par l'appel ou rendre la décision que le ministre ou la Commission aurait dû rendre »¹²⁴. Pourtant, il serait difficile de parler ici d'un appel *de novo*, étant donné que la Commission jouit d'une expertise importante – en fait, deux des commissaires sont de hauts fonctionnaires et les deux autres sont des représentants des employeurs et employés¹²⁵ – et qu'elle détient un vaste pouvoir que nous devons catégoriser d'appel *de novo*. Nous prétendons ainsi que l'appel de la Commission à la division générale du Tribunal de sécurité sociale est un appel sur la substance. En règle générale, il n'y a pas d'appel de plein droit des décisions de la division générale à la division d'appel : « Il ne peut être interjeté d'appel à la division d'appel sans permission »¹²⁶. Qui plus est, les motifs d'intervention sont limités¹²⁷, ce qui indique que le législateur a envisagé un appel ordinaire à cette dernière étape du processus administratif.

¹²¹ LC 1996, c 23.

¹²² *Ibid*, art 111.

¹²³ *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*, LC 2005, c 34, art 44.

¹²⁴ *Ibid*, art 54(1).

¹²⁵ *Ibid*, art 20(2):

Les quatre commissaires sont les suivants : le sous-ministre de l'Emploi et du Développement social, qui est le président de la Commission, un sous-ministre délégué de l'Emploi et du Développement social, qui en est le vice-président et deux personnes nommées par le gouverneur en conseil, l'une étant nommée après consultation des organisations ouvrières et l'autre après consultation des organisations patronales.

¹²⁶ *Ibid*, art 56(1).

¹²⁷ *Ibid*, art 58(1) :

Les seuls moyens d'appel sont les suivants :

- a) la division générale n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;
- b) elle a rendu une décision entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier;
- c) elle a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

(iv) Résumé

On peut résumer brièvement les solutions proposées à la problématique :

- 1) **Réexamen** = analyse de la norme de contrôle requise suivant les enseignements de *Dunsmuir*.
- 2) **Appel**
 - a. **Appel déférentiel à un tribunal de justice** = analyse de la norme de contrôle requise suivant les enseignements de *Dunsmuir*.
 - b. **Appel ordinaire, normalement à un tribunal généraliste** = appel *de novo* sur des questions de droit, mais seulement des erreurs manifeste et dominante de fait seraient sujettes à correction.
 - c. **Appel sur la substance, normalement à un tribunal spécialisé** = l'instance d'appel doit tenir ses propres conclusions juridiques et factuelles tout en soupesant les conclusions du décideur de première instance.
 - d. **Appel *de novo*, normalement à un réviseur externe** = dans des cas limités, l'instance d'appel ne sera aucunement liée par les conclusions du décideur de première instance.

B) Formulation de la norme de contrôle

Nous avons proposé un encadrement juridique pour les appels administratifs. Il y a cependant une étape préliminaire dans l'analyse. Il faut d'abord se demander si les tribunaux de justice doivent accorder de la déférence à l'approche choisie par l'instance d'appel au sein de l'administration. Normalement, cette approche est le résultat d'une analyse de la loi constitutive du décideur administratif en question, et « il convient de présumer que l'interprétation par un tribunal administratif de « sa propre loi constitutive ou [d'] une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire »¹²⁸.

¹²⁸ *Alberta (Information and Privacy Commissioner)*, supra note 22 au para 34, citant *Dunsmuir*, supra note 2. Voir aussi *BC Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, supra note 4; *College of Dental Surgeons of British Columbia v Health Professions Review Board*, 2014 BCSC 1841 [*College of Dental Surgeons of British Columbia*].

Est-ce qu'il y a lieu, malgré cette présomption de déférence, d'appliquer la norme de la décision correcte? Nous pensons que la réponse est oui.

Quelques tribunaux de justice ont constaté que le choix de l'approche relative aux appels prise par l'instance d'appel est une question de droit d'importance capitale pour l'administration de la justice dans son ensemble. Prenons premièrement les propos de la Cour d'appel de l'Alberta: « Setting the standard of review is a legitimate aspect of the superior court's supervisory role, suggesting less deference »¹²⁹. Dans l'affaire *Huruglica*, la Cour fédérale a également traité la question comme étant d'une importance capitale pour la saine administration de la justice et tombant de ce fait en dehors de l'expertise du décideur administratif en appel (en l'espèce, la Section d'appel des réfugiés):

Le choix de la norme de contrôle appropriée est une question juridique qui déborde largement le domaine de spécialisation de la SAR, même si elle dépend de l'interprétation de [...], la loi constitutive de la SAR [...] La détermination de la norme de contrôle que la SAR doit appliquer à l'égard d'une décision de la SPR déborde du cadre de ses compétences spécialisées et de son expérience. Dans la même veine, la détermination de ce qu'est une question de fait ou de ce qui distingue une question de fait d'une question mixte de droit et de fait, et la question de distinguer ce qu'est une question de droit, débordent également le cadre des compétences spécialisées et de l'expérience de la SAR. La détermination de la norme de contrôle qu'un tribunal d'appel doit appliquer à un décideur inférieur et le processus menant à cette détermination sont importants, même au-delà du contexte des réfugiés¹³⁰.

Or, il nous semble que cette catégorisation est inadéquate. Prenons d'abord la formulation récente de cette catégorie par la Cour suprême, qui a refusé d'appliquer la norme de la décision correcte à une question « propre » à un « régime de réglementation particulier » : « La réponse qui est donnée à la question en litige n'a valeur de précédent que pour les questions relevant de ce régime législatif »¹³¹.

¹²⁹ *Newton*, *supra* note 35 au para 39. Voir aussi *Midtown Tavern & Grill Ltd v Nova Scotia (Utility and Review Board)*, 2006 NSCA 115 au para 32: « questions involving standards of review are regular fare for this court, making us equally if not more equipped than the Board to deal with this type of issue »; *Budhai c Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 298 au para 22, [2003] 2 CF 57; *Canada (Procureur général) c Hunter*, 2013 CAF 12 au para 4; *Halifax (Regional Municipality) v United Gulf Developments Ltd*, 2009 NSCA 78 au para 41.

¹³⁰ *Huruglica*, *supra* note 4 aux para 30-33.

¹³¹ *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, *supra* note 16 au para 60.

Tel est aussi le cas quant à la question en l'espèce portant sur la détermination de la norme d'appel qu'une instance d'appel doit appliquer à un décideur de première instance. L'approche sera choisie seulement dans un contexte spécifique et sera alors « propre à [un] régime de réglementation particulier ». Dans un récent arrêt, la Cour suprême a répondu par la négative à la suggestion que l'interprétation d'une disposition législative concernant une période de prescription était une question de droit d'importance capitale : « même si je conviens que, sur le plan théorique, les délais de prescription revêtent *généralement* une importance capitale aux fins d'une saine administration de la justice, il ne s'ensuit pas que l'interprétation par la Commission du délai applicable *en l'espèce* doit être contrôlée selon la norme de la décision correcte »¹³². Il en va de même pour l'approche choisie quant aux appels à l'intérieur de l'administration : bien qu'il s'agisse de l'application de concepts juridiques, force est de constater qu'il s'agit de l'application de ces concepts *dans un contexte particulier*. Qui plus est, l'instance d'appel sera familière avec ce contexte et aura donc une expertise pertinente. La question ne sera pas « étrangère au domaine d'expertise » du décideur administratif¹³³.

Par contre, il est possible d'après nous que le choix que fait une instance d'appel quant à l'approche relative aux appels à l'intérieur de l'administration tombe sous l'égide de la norme de la décision correcte. D'une part, il peut s'agir d'une question « véritable » de compétence, où il est « à déterminer expressément si le pouvoir dont le législateur l'a investi l'autorise à trancher la question »¹³⁴. D'autre part, il semble également qu'il puisse s'agir d'une question « portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents »¹³⁵, même s'il est question dans ce cas plutôt de deux instances concurrentes au sein de l'administration ou du même organisme que de deux tribunaux distincts dans deux ordres réglementaires différents¹³⁶, ce qui est le cas typique de l'application incontournable de la norme de la décision correcte¹³⁷.

En somme, l'application de la norme de la décision correcte quant à la façon qu'a choisie une instance d'appel d'approcher une décision de première instance nous semble appropriée compte tenu des caractéristiques de la question.

¹³² *McLean*, *supra* note 22 au para 28.

¹³³ *Ibid.* Voir aussi *Djossou*, *supra* note 64 aux para 29-33.

¹³⁴ *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, *supra* note 16 au para 61, citant *Dunsmuir*, *supra* note 2 au para 59.

¹³⁵ *Smith*, *supra* note 21 au para 26, citant *Dunsmuir*, *supra* note 2 au para 61.

¹³⁶ *College of Dental Surgeons of British Columbia*, *supra* note 128 aux para 103-09.

¹³⁷ *JD Irving, Limited c Office de commercialisation des produits forestiers du Nord et autres* (2014), 2014 NBCA 42, 422 NBR (2d) 233 (NBCA).

Certes, la Cour suprême nous a rappelé l'importance d'une approche souple relativement aux questions « véritables » de compétence, parce que leur donner une étendue trop large minerait l'autonomie des décideurs administratifs. Nous admettons que la catégorie de questions « véritables » de compétence peut se prêter à un tel usage abusif. Mais nous ne sommes pas ici dans la situation classique où un plaideur cherchant à restreindre les compétences d'un organisme administratif prétend que l'interprétation rendue de l'étendue de son mandat et de ses pouvoirs par l'organisme administratif est excessive. Il est important de se garder contre ce genre d'argumentation. La présente question est d'une nature différente : il s'agit plutôt de l'approche (*de novo*, de substance, etc.) que l'instance d'appel a choisie.

Avant même que l'instance d'appel considère le fond d'un appel devant elle, elle doit formuler son approche, et cela expressément : « understanding the nature and scope of a particular right of appeal is a threshold jurisdictional question whenever an appeal board sets out to do its work »¹³⁸. Ses dossiers ne sont pas ouverts au moment où elle tranche cette question préliminaire. Cette problématique est distincte au plan analytique, touchant les compétences respectives des décideurs administratifs, pas le fond de la tâche réglementaire.

De surcroît, le choix de l'approche appropriée aura un effet sur le mandat du décideur de première instance, un autre élément inhabituel. Il est inévitable que la résolution de cette question préliminaire par l'instance d'appel ait pour conséquence que les compétences respectives du décideur administratif de première instance et celui d'appel soient délimitées. Et cela sans que le décideur de première instance ait la possibilité de faire des soumissions sur un point touchant l'étendue de son mandat. Un tribunal de justice agirait alors comme un arbitre indépendant capable de trancher de manière impartiale les rôles qu'ont à jouer les deux instances¹³⁹.

Répondons brièvement à la possibilité que la norme de la décision raisonnable soit néanmoins applicable. Il est clair que l'éventail des issues possibles acceptables est le produit d'une gamme de facteurs :

Dans certains cas, le législateur a conféré au décideur un vaste pouvoir discrétionnaire ou un mandat général – ce qui, toutes choses étant égales par ailleurs, élargit la gamme d'options dont dispose légitimement le décideur. Dans d'autres cas, le législateur a limité le pouvoir discrétionnaire dont jouit le décideur en précisant le type de facteurs dont il peut tenir compte – ce qui, toutes choses étant égales par ailleurs, limite le nombre d'options dont il dispose légitimement. Dans d'autres cas encore, la nature de

¹³⁸ Falzon, *supra* note 1 à la p 14.

¹³⁹ Voir par ex *Wilson v Atomic Energy of Canada Limited*, 2015 FCA 17 au para 55.

l'affaire et l'importance de celle-ci pour les personnes visées est susceptible de faire intervenir de façon encore plus directe l'obligation des tribunaux de défendre le principe de la primauté du droit, ce qui limite l'éventail des options dont dispose le décideur¹⁴⁰.

En l'espèce, la zone de raisonnable est relativement étroite. Il faut tenir compte des dispositions législatives précisant les compétences respectives des décideurs de première instance et d'appel, une question d'interprétation des lois et de concepts juridiques qui laisse moins de marge de manœuvre à l'organisme administratif¹⁴¹. Les considérations constitutionnelles entrent en jeu également, dans le sens qu'une instance d'appel au sein de l'administration ne peut pas usurper les fonctions des cours de compétence inhérente¹⁴². Tout dépendant des circonstances particulières d'un régime réglementaire, il peut y avoir par ailleurs d'autres considérations importantes, telles que l'importance des décisions sur les individus assujettis au régime et la nécessité d'assurer que les conclusions de l'administration soient exactes.

5. Conclusion

Nous avons proposé un cadre analytique afin de mieux structurer les appels administratifs au Canada. Tirant notre inspiration de la jurisprudence actuelle, nous favorisons une structure essentiellement tripartite. La norme de l'appel *de novo*, normalement à un réviseur externe sera appropriée dans des cas limités où il s'avère nécessaire d'avoir recours à un organisme à l'extérieur du décideur de première instance pour que des bonnes décisions factuelles et juridiques soient prises après un processus équitable. Les tribunaux doivent favoriser celle de l'appel sur la substance, normalement à un tribunal spécialisé lorsque l'instance d'appel se dote d'une expertise semblable au décideur de première instance, ce qui amène à une convergence de décisions potentiellement contradictoires et l'élaboration de la mission décisionnelle de l'organisme en question. Enfin, la norme de l'appel ordinaire, normalement à un tribunal généraliste sera appropriée lorsque le législateur crée une instance d'appel à part du décideur de première instance, normalement afin de s'assurer d'une cohérence dans le droit ou un régime réglementaire. Qui plus est, d'après nous, la norme de la décision correcte s'applique à cette question, donnant

¹⁴⁰ *Canada (Ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités) c Farwaha*, 2014 CAF 56 au para 91.

¹⁴¹ Voir par ex *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 RCS 471; *Alberta (Éducation) c Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 RCS 345.

¹⁴² Voir la partie III-C, ci-dessus.

ainsi aux tribunaux de justice le dernier mot sur la structure des appels administratifs au Canada.