

# L'ARRÊT *DUNSMUIR* ET SES SUITES : ENFIN UNE VÉRITABLE APPROCHE PRAGMATIQUE ET FONCTIONNELLE

Sébastien Beauregard\*

---

*Dans l'arrêt Dunsmuir, la Cour suprême a procédé à une réforme de l'analyse relative à la norme de contrôle. Le présent article discute de certains éléments fondamentaux de cette réforme. L'auteur explique comment la Cour suprême est venue simplifier l'analyse. Premièrement, elle a fait passer le nombre de normes de contrôle de trois normes à deux. Deuxièmement, elle a adopté une approche fondée sur des catégories de questions permettant d'identifier plus facilement la norme de contrôle adéquate.*

*Cette réforme ne s'est toutefois pas faite au détriment d'une justice administrative de qualité. Même en appliquant la norme de déférence, la Cour suprême n'a pas hésité à intervenir pour réviser certaines décisions rendues par des décideurs administratifs, particulièrement en matière d'interprétation législative. L'auteur fait par ailleurs ressortir l'importance de conserver certains acquis de l'arrêt Dunsmuir, notamment en évitant de reconnaître l'existence de différents degrés de déférence à la norme de la décision raisonnable. À cet égard, l'auteur explique le rôle du contexte dans l'application de la norme de la décision raisonnable. Finalement, l'auteur plaide pour la reconnaissance de l'application de la norme de la décision correcte lorsqu'il est nécessaire de trancher un conflit jurisprudentiel grave et inconciliable qui perdure au sein d'un tribunal administratif.*

---

*In Dunsmuir, the Supreme Court overhauled the analysis involved in the standard of review. This article discusses some of the fundamental elements of that reform. The author explains how the Supreme Court came to simplify the analysis. First, the Court reduced the number of standards of review from three to two. Second, it adopted an approach based on categories of questions permitting easier identification of the appropriate standard of review.*

*However, this reform did not detract from the quality of administrative justice. Even when applying the standard of deference, the Supreme Court did not hesitate to intervene and revise certain decisions rendered by administrative authorities, especially in matters of statutory interpretation.*

---

\* Me Sébastien Beauregard est of Counsel chez Norton Rose Fulbright. Il pratique au sein du groupe droit de l'emploi et du travail du cabinet. Il a été auxiliaire juridique à la Cour suprême du Canada auprès du juge Louis LeBel. Les opinions présentées dans le présent texte n'engagent que l'auteur.

*The author also highlights the importance of retaining some of the lessons from Dunsmuir, in particular by not acknowledging the existence of various degrees of deference to the standard of reasonableness. On this issue, the author explains the role that context plays in the application of the standard of reasonableness. Finally, the author argues for recognition of the application of the standard of correctness when it is necessary to rule on a serious and irreconcilable jurisprudential conflict prevailing within an administrative tribunal.*

---

### 1. Introduction

L'arrêt *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*<sup>1</sup> constitue incontestablement un arrêt fondamental du droit administratif canadien. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada est venue réformer le droit applicable à l'analyse et à l'application des normes de contrôle en matière de révision judiciaire.

Le présent article a été préparé dans le cadre du Colloque hommage à l'honorable Louis LeBel organisé par l'Association du Barreau canadien. Le juge LeBel a été sans contredit le précurseur et l'un des leaders, au sein de la Cour suprême, de la réforme adoptée dans l'arrêt *Dunsmuir*. Nous désirons, par le présent texte, souligner l'importance de cette réforme et, par ce fait, l'apport inestimable du juge LeBel au droit administratif canadien. Par son leadership tranquille au sein de la Cour suprême, le juge LeBel a réussi à insuffler à l'analyse de la norme de contrôle un pragmatisme qui était grandement réclamé par la communauté juridique.

Dans la première partie du présent texte, nous nous attarderons sur deux caractéristiques essentielles de la réforme adoptée dans l'arrêt *Dunsmuir*. Premièrement, nous discuterons de l'objectif fondamental de la réforme qui visait à simplifier l'analyse relative à la norme de contrôle. Deuxièmement, nous expliquerons pourquoi cette simplification n'a pas été faite au détriment d'une justice administrative de qualité. En effet, il nous apparaît clair que, même sous la loupe de la déférence, la Cour suprême soumet toujours les tribunaux administratifs à un degré de qualité relativement élevé, particulièrement en matière d'interprétation législative.

Ces fondements de la réforme se retrouveront en toile de fond de la deuxième partie de notre texte, dans laquelle nous ferons une analyse critique de deux sujets faisant partie des « suites » de l'arrêt *Dunsmuir*. Premièrement, nous aborderons la définition et la portée de la norme de contrôle de la décision raisonnable. Certains juges et auteurs ont soulevé la possibilité que l'arrêt *Dunsmuir* puisse permettre l'application d'une

---

<sup>1</sup> 2008 CSC 9, [2008] 1 RCS 190 [*Dunsmuir*].

norme de la raisonnable qui varierait selon le contexte de chaque affaire. Or, nous expliquerons en quoi l'existence d'une telle norme variable est incompatible avec l'essence même de la réforme adoptée dans l'arrêt *Dunsmuir*. Deuxièmement, nous discuterons d'une tendance émergente au sein de certains cours d'appel du pays qui favorise l'interventionnisme judiciaire afin de trancher des controverses jurisprudentielles graves et inconciliables au sein d'un même tribunal administratif. Nous expliquerons pourquoi il semble à propos d'appliquer la norme de contrôle de la décision correcte dans de telles circonstances.

## 2. Certains fondements de la réforme adoptée dans l'arrêt *Dunsmuir*

Le développement du droit en matière de révision judiciaire est caractérisé par l'existence de deux forces qui s'affrontent constamment<sup>2</sup>. D'un côté, il y a l'objectif du législateur de développer un système de justice administratif plus efficace, plus rapide et moins coûteux que le système judiciaire. Pour atteindre cet objectif, le législateur voudra alors empêcher les cours de justice d'intervenir dans le système de justice administrative. Cette intention ressort implicitement de la création même des tribunaux administratifs<sup>3</sup>. Elle est par ailleurs souvent énoncée expressément par l'adoption de clauses privatives.

D'un autre côté, les principes constitutionnels imposent aux cours supérieures l'obligation de s'assurer de la légalité des décisions administratives en exigeant que ces décisions soient exemptes d'arbitraire<sup>4</sup>. En ce sens, les cours supérieures doivent s'assurer que les décisions administratives respectent un niveau minimal de qualité.

L'arrêt *Dunsmuir* s'inscrit dans l'évolution de la jurisprudence visant à préserver l'équilibre entre ces deux forces. Il s'avère toutefois marqué par un désir évident de simplifier la méthode d'analyse applicable pour y arriver.

---

<sup>2</sup> Pour une revue historique de la jurisprudence de la Cour suprême relative à l'analyse de la norme de contrôle, voir Joseph T Robertson, Peter Gall et Paul Daly, *Judicial Deference to Administrative Tribunals in Canada : its History and Future*, Toronto, LexisNexis, 2014.

<sup>3</sup> *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61 au para 1, [2011] 3 RCS 654 [*Alberta*].

<sup>4</sup> *Dunsmuir*, *supra* note 1 au para 29; *Toronto (Ville) c S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63 au para 128, [2003] 3 RCS 77 [*Ville de Toronto*]; *Dr Q c College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19 au para 21, [2003] 1 RCS 226 [*Dr Q*]; *Crevier c P.G. (Québec) et autres*, [1981] 2 RCS 220 à la p 234 et s.

*A) Vers une méthode simplifiée et plus fonctionnelle de l'analyse relative à la norme de contrôle*

L'arrêt *Dunsmuir* a donné lieu à deux changements majeurs dans l'analyse relative à la norme de contrôle. Premièrement, le nombre de normes de contrôle est passé de trois à deux seulement. Avant l'arrêt *Dunsmuir*, les cours de révision devaient appliquer l'une ou l'autre des trois normes existantes : (1) la norme de la décision correcte, (2) la norme de la décision raisonnable *simpliciter* ou, (3) la norme de la décision manifestement déraisonnable. Seules deux normes sont maintenant applicables : (1) la norme de la décision correcte, et (2) la norme de la décision raisonnable.

Deuxièmement, l'analyse permettant d'identifier la norme de contrôle se concentre maintenant sur une approche par catégories de questions soumises à la révision judiciaire. Ainsi, des catégories prédéterminées amènent soit l'application de la norme de la décision correcte, soit l'application de la norme de la décision raisonnable.

La méthode d'analyse pragmatique et fonctionnelle, qui consistait à appliquer les critères contextuels bien connus<sup>5</sup> afin de déterminer la norme de contrôle appropriée, n'a pas été complètement abandonnée par la Cour suprême. Elle a toutefois été relayée à un second rôle. En effet, il faut maintenant appliquer d'abord la méthode fondée sur les catégories de questions. C'est seulement lorsque celle-ci ne permet pas d'identifier la norme de contrôle applicable que l'on devra avoir recours aux critères contextuels. Cette deuxième étape consiste, en fait, à appliquer la méthode que l'on appelait auparavant « l'analyse pragmatique et fonctionnelle ». Comme nous le verrons, bien que cela puisse sembler curieux au premier abord, la Cour suprême a réussi à simplifier l'analyse relative à la norme de contrôle, en passant d'une analyse comportant une seule étape à une analyse en deux étapes.

C'est le juge LeBel qui a entamé au sein de la Cour suprême une réflexion qui a ultimement mené à l'adoption de la nouvelle analyse de la norme de contrôle dans l'arrêt *Dunsmuir*. Déjà en 2002, dans ses motifs concourants de l'arrêt *Chamberlain c Surrey School District No. 36*<sup>6</sup>, le juge LeBel a identifié les principales failles de la méthode pragmatique et fonctionnelle qui était alors la méthode d'analyse appliquée par la Cour suprême.

---

<sup>5</sup> Rappelons les critères contextuels utilisés afin de déterminer la norme de contrôle appropriée : (1) l'existence ou non d'une clause privative, (2) la raison d'être du tribunal administratif, (3) la nature de la question en cause, et (4) l'expertise du tribunal administratif.

<sup>6</sup> 2002 CSC 86, [2002] 4 RCS 710 [*Chamberlain*].

Dans cette affaire, le juge LeBel soulève le problème que pose le recours à la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*<sup>7</sup>. Alors que la distinction entre la norme de la décision correcte et celle de la décision manifestement déraisonnable est plutôt intuitive, il est difficile, sinon impossible, de distinguer la norme de la décision raisonnable *simpliciter* des deux autres normes de contrôle<sup>8</sup>.

Le juge LeBel souligne également l'autre faille majeure de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. L'application de cette méthode avait souvent pour effet de faire dévier l'attention des tribunaux vers l'examen d'arguments complexes et théoriques portant sur l'identification de la norme de contrôle, au détriment de l'examen de la question au fond<sup>9</sup>. Ce sont principalement ces deux failles de l'analyse pragmatique et fonctionnelle identifiées par le juge LeBel dans l'arrêt *Chamberlain* qui ont amené la Cour suprême à procéder, six ans plus tard, à la réforme de l'arrêt *Dunsmuir*.

C'est toutefois dans l'arrêt *Ville de Toronto*, rendu en 2003, que le juge LeBel a véritablement développé sa pensée quant à la nécessité de procéder à une réforme de l'analyse relative à la norme de contrôle. Dans cette affaire, le juge LeBel met notamment l'accent sur les nombreuses critiques, émanant tant de la doctrine que des juges, qui soulignaient l'absence de fondement théorique à l'existence de trois normes de contrôle et qui notaient la confusion créée par l'impossibilité de distinguer convenablement chacune de ces normes<sup>10</sup>. Les critiques de l'analyse pragmatique et fonctionnelle étaient effectivement nombreuses<sup>11</sup>. Le passage suivant d'un article du professeur David J Mullen, cité par le juge LeBel, expose bien la confusion que créait l'existence de deux normes de raisonabilité :

[TRADUCTION] [...] En fait, soutenir que seule la décision « clairement irrationnelle » est manifestement déraisonnable, à l'exclusion de celle qui est irrationnelle simpliciter, vide de sens la règle de droit. Rattacher l'adverbe « clairement » à l'adjectif « irrationnelle » est certes une tautologie. Tout comme l'« unicité », l'irrationalité est ou n'est pas. Une décision ne peut être un peu irrationnelle. En d'autres termes, je mets au défi tout juge ou avocat d'illustrer

---

<sup>7</sup> Il est pertinent de noter que le juge LeBel refuse d'utiliser la terminologie « *simpliciter* » pour identifier la norme mitoyenne, préférant simplement parler de la norme de la décision raisonnable.

<sup>8</sup> *Chamberlain*, *supra* note 6 au para 204.

<sup>9</sup> *Ibid* au para 202.

<sup>10</sup> *Ville de Toronto*, *supra* note 4 aux paras 63, 64, 104-109.

<sup>11</sup> Voir les nombreuses critiques recensées par le professeur Daly dans Paul Daly, « *Dunsmuir's Flaws Exposed : Recent Decisions on Standard of Review* » (2012) 58:2 RD McGill 483 à la p 486 [Daly, « *Dunsmuir* »].

concrètement la différence entre une décision simplement irrationnelle et une décision clairement irrationnelle!<sup>12</sup>

De plus, l'existence d'une norme mitoyenne de raisonnabilité créait un problème de principe difficilement surmontable. En effet, la distinction entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et la norme de la décision manifestement déraisonnable tenait du caractère « manifeste » ou non de l'absence de raisonnabilité. Cela faisait en sorte qu'il fallait accepter que les cours de révision puissent confirmer la légalité de décisions qui étaient irrationnelles, lorsque l'irrationalité n'était pas « manifeste ». Or, accepter qu'une décision irrationnelle puisse survivre à un contrôle judiciaire contrevient au principe de la primauté du droit<sup>13</sup>.

De manière plus générale, le juge LeBel souligne également, toujours dans l'arrêt *Ville de Toronto*, la nécessité de procéder à une réforme de l'analyse de la norme de contrôle au motif que « ...les règles de droit qui régissent les normes de contrôle doivent être prévisibles, pratiques et cohérentes »<sup>14</sup>.

Finalement, dans l'arrêt *Dunsmuir*, l'ensemble de la Cour accepte d'adopter une méthode d'analyse reconnaissant seulement deux normes de contrôle. Pour les motifs, déjà développés par le juge LeBel, fondés sur la primauté du droit et sur un désir évident de simplifier l'analyse, la Cour décide de fusionner les deux normes de raisonnabilité<sup>15</sup>.

Par ailleurs, les juges LeBel et Bastarache, qui rédigent les motifs de la majorité dans l'arrêt *Dunsmuir*, procèdent également à une deuxième réforme de l'analyse de la norme de contrôle. Ils adoptent une méthode permettant d'identifier la norme de contrôle en se fondant sur des catégories de questions prédéterminées.

Il faut rappeler qu'avant l'arrêt *Dunsmuir*, les cours de révision devaient toujours s'astreindre à appliquer, de manière souvent redondante, les critères de l'analyse pragmatique et fonctionnelle dans chacun des dossiers de révision judiciaire<sup>16</sup>. Comme le juge LeBel l'expliquait, dans

---

<sup>12</sup> *Ville de Toronto*, *supra* note 4 au para 105 citant David J Mullan, « Recent Developments in Standard of Review » dans Association du Barreau canadien de l'Ontario, *Taking the Tribunal to Court : A Practical Guide for Administrative Law Practitioners*, 2000 aux pp 24-25.

<sup>13</sup> *Ville de Toronto*, *supra* note 4 aux para 109, 125, 128, 133. Voir également l'arrêt *Dunsmuir*, *supra* note 1 au para 42.

<sup>14</sup> *Ville de Toronto*, *supra* note 4 au para 64.

<sup>15</sup> *Dunsmuir*, *supra* note 1 au para 45.

<sup>16</sup> *Dr Q*, *supra* note 4 aux para 21, 25.

un article où il commentait les arrêts *Dunsmuir* et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Khosa*<sup>17</sup>, une telle approche n'avait rien de pragmatique et fonctionnelle, au contraire :

L'application de cette méthode exigeait beaucoup d'énergie et de capacité de divination des avocats lorsqu'ils essayaient de prédire le résultat de sa mise en œuvre dans une affaire donnée. Comme je l'avais affirmé dans mes motifs concurrents dans l'arrêt *Chamberlain*, l'application mécanique de cette méthode, telle une série de facteurs à vérifier l'un après l'autre, comme si elle faisait partie d'une sorte de liste, n'était ni pragmatique, ni fonctionnelle.<sup>18</sup>

En puisant dans la jurisprudence, la majorité de la Cour suprême juge que les normes de contrôle applicables avaient déjà été convenablement identifiées pour certaines catégories précises de questions<sup>19</sup>. Elle énonce qu'il sera alors inutile, à l'avenir, que les cours de révision s'astreignent à appliquer la méthode pragmatique et fonctionnelle lorsqu'elles réviseront une question tombant dans l'une ou l'autre de ces catégories.

Les juges LeBel et Bastarache ont identifié sept catégories de questions pour lesquelles la norme de contrôle avait déjà été convenablement déterminée. Pour les quatre catégories de questions suivantes, c'est la norme de contrôle de la décision correcte qui doit être appliquée : (1) les questions constitutionnelles; (2) les questions de droit générales qui sont à la fois d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangères au domaine d'expertise du tribunal; (3) les questions portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents; et (4) les questions touchant véritablement à la compétence<sup>20</sup>.

Au contraire, pour les trois catégories de questions suivantes, c'est la norme de la décision raisonnable qui doit en principe être appliquée : (1) les questions qui se rapportent à l'interprétation de la loi habilitante du tribunal administratif, ou à une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, (2) les questions relatives aux faits, au pouvoir

---

<sup>17</sup> 2009 CSC 12, [2009] 1 RCS 339 [*Khosa*].

<sup>18</sup> L'honorable Louis LeBel, « *De Dunsmuir à Khosa* » (2010) 55:2 RD McGill 311 à la p 322 [LeBel, « *Dunsmuir* »].

<sup>19</sup> *Dunsmuir*, *supra* note 1 aux para 54-62.

<sup>20</sup> *Ibid* aux para 58-61; *Smith c Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7 au para 26, [2011] 1 RCS 160 [*Alliance Pipeline*]. Il peut être également ajouté aux catégories de questions soumises à la norme de la décision correcte la question de droit lorsque le législateur a reconnu une compétence concurrente à une cour de justice pour trancher celle-ci: *Rogers Communications Inc. c Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35 au para 15, [2012] 2 RCS 283.

discrétionnaire ou à des considérations d'intérêt général, et (3) les questions de droit et de faits intimement liées<sup>21</sup>.

Bien que la Cour ait voulu simplifier la méthode d'identification de la norme de contrôle en recourant aux catégories de questions, elle a néanmoins conservé et reconnu la pertinence de l'ancienne analyse fondée sur l'application de critères contextuels. Il s'agit en fait de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, que la Cour a toutefois renommée : « analyse contextuelle »<sup>22</sup>. L'analyse contextuelle sera utile lorsque la méthode par catégories ne permettra pas d'identifier adéquatement la norme de contrôle appropriée.

Les juges LeBel et Bastarache encouragent le recours à l'approche par catégories, les juges étant tout à fait ouverts à ce que la jurisprudence puisse venir établir de nouvelles catégories de questions<sup>23</sup>.

En favorisant le recours à la méthode par catégories, méthode beaucoup plus simple dans la majorité des cas, et en conservant une analyse contextuelle à titre exceptionnel, la Cour suprême est ainsi venue simplifier la méthode visant à identifier la norme de contrôle appropriée.

Le juge Binnie, dans ses motifs concourants dans l'arrêt *Dunsmuir*, a bien illustré les problèmes reliés au régime applicable à l'époque en matière de révision judiciaire, régime qu'il qualifiait même d'ésotérique. Le juge Binnie écrivait :

[133] La personne qui s'estime victime de l'appareil gouvernemental ou traitée injustement par celui-ci, et à qui l'Administration ne confère aucun droit d'appel, devrait avoir accès à un tribunal judiciaire indépendant au moyen d'une procédure rapide et relativement peu coûteuse. Or, comme bien des instances engagées de nos jours, le contrôle judiciaire est à la fois trop coûteux et trop long. On comprend le justiciable d'hésiter à s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation à l'égard de ce qu'il considère comme une injustice administrative lorsque son avocat ne peut même pas prévoir avec certitude quelle norme de contrôle s'appliquera. Pourtant, l'issue du recours peut bien *dépendre* de la norme de contrôle retenue. Le justiciable qui va de l'avant constate que la cour ne met pas l'accent sur sa prétention ou sur la mesure prise par l'État, mais qu'elle arbitre plutôt un long et mystérieux débat sur une méthode dite « pragmatique et fonctionnelle ». Chaque heure de préparation et de vacation que consacre l'avocat à un débat juridique improductif coûte cher au client. De plus, le demandeur débouté peut bien devoir verser des dépens

---

<sup>21</sup> *Dunsmuir*, supra note 1 aux para 53–54; *Alliance Pipeline*, supra note 20 au para 26.

<sup>22</sup> *Dunsmuir*, supra note 1 aux para 62-64.

<sup>23</sup> *Ibid* au para 62.

substantiels au gouvernement. La décision favorable rendue par la cour de révision peut être infirmée en appel au motif que la bonne « norme de contrôle » n'a pas été appliquée. La petite entreprise à qui on refuse un permis ou le professionnel qui fait l'objet d'une mesure disciplinaire devrait pouvoir demander le contrôle judiciaire de la décision sans miser son commerce ou sa maison sur l'issue de l'instance. C'est pourquoi le droit applicable en la matière devrait à mon sens être débarrassé de certaines caractéristiques indûment subtiles, improductives ou ésotériques.<sup>24</sup>

Dans un article de doctrine où il commente l'arrêt *Dunsmuir*, le juge Bastarache énonce clairement que l'objectif principal de la Cour était effectivement de simplifier l'ensemble de l'analyse relative à la norme de contrôle. Le juge Bastarache reconnaît toutefois que l'arrêt *Dunsmuir* n'a évidemment pas évacué tout élément de difficulté dans l'identification et l'application des normes de contrôle<sup>25</sup>.

En bref, nous retenons que le principal objectif de la réforme de l'arrêt *Dunsmuir* consistait à adopter une approche beaucoup plus simple permettant d'identifier la norme de contrôle applicable et de déterminer si une décision respecte le test de la déférence. Il est également intéressant de noter que cette réforme laisse voir une sensibilité de la Cour suprême aux critiques des juges des cours inférieures et des auteurs. En effet, au lieu de s'entêter à défendre une méthode de plus en plus critiquée, la Cour a décidé de procéder à une réforme audacieuse afin de tenter de répondre à un besoin de simplicité qui était de plus en plus évident.

### La Cour suprême a-t-elle atteint son objectif de simplification?

Il est difficile de mesurer de manière concrète si la Cour suprême a véritablement atteint son objectif visant à simplifier l'analyse relative à la norme de contrôle. Toutefois, du point de vue d'un praticien, nous croyons que cet objectif a bel et bien été atteint.

Premièrement, en diminuant de trois à deux les normes de contrôle, il est évident que l'analyse a été simplifiée. De plus, nous constatons une plus grande ouverture chez les plaideurs en demande à reconnaître que la norme de contrôle applicable est la norme de la décision raisonnable. Ainsi, à plusieurs occasions, il n'y aura tout simplement aucun débat sur la détermination de la norme applicable, tous acceptant que la ou les questions en litige tombent dans les catégories prédéterminées énoncées dans l'arrêt *Dunsmuir*.

---

<sup>24</sup> *Ibid* au para 133, juge Binnie, motifs concourants.

<sup>25</sup> L'Honorable Michel Bastarache, « Modernizing Judicial Review » (2009) 22:3 Can J Admin L & Prac 227 à la p 237.

Pendant la période pré-*Dunsmuir*, dans les cas où la norme de la décision correcte n'était pas applicable, plusieurs plaideurs en demande pouvaient croire, à tort ou à raison, que l'issue de leur recours en révision judiciaire dépendait de leur succès à convaincre la cour que la norme applicable n'était pas la norme la plus sévère de la décision manifestement déraisonnable, mais plutôt la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Selon cette perception, si la cour acceptait l'application de la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, le succès de la demande de révision judiciaire était presque assuré.

Ainsi, les plaideurs et, en conséquence, les tribunaux investissaient beaucoup de temps et d'énergie afin de déterminer laquelle des deux normes de raisonnabilité devait s'appliquer. Puisque, depuis l'arrêt *Dunsmuir*, une seule norme de raisonnabilité subsiste, ce problème a tout simplement été écarté.

Par ailleurs, nous constatons que, dans la doctrine, les critiques à l'encontre de l'arrêt *Dunsmuir* ont été peu nombreuses, bien que néanmoins présentes. L'un des auteurs les plus critiques de la nouvelle approche adoptée par la Cour suprême est le professeur Paul Daly. Dans un article intitulé « *Dunsmuir's Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review* »<sup>26</sup>, en analysant les décisions rendues suite à l'arrêt *Dunsmuir*, le professeur Daly réussit à démontrer que la nouvelle approche par catégories n'arrive pas à voler de ses propres ailes. En effet, devant des questions pouvant tomber dans plus d'une des catégories énumérées dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême a eu recours à l'analyse contextuelle (autrefois appelée l'approche pragmatique et fonctionnelle) afin de déterminer la catégorie appropriée<sup>27</sup>.

Le professeur Daly cite notamment en exemple l'arrêt *Nor-Man Regional Health Authority Inc c Manitoba Association of Health Care Professionals*<sup>28</sup>. Dans cette affaire, la Cour suprême devait décider si l'application par un arbitre de griefs de la doctrine de l'estoppel<sup>29</sup>, émanant de la common law, était une question qui devait tomber dans la catégorie des questions générales de droit d'une importance capitale et étrangères au domaine d'expertise de l'arbitre ou, plutôt, dans la catégorie des questions qui se rapportent à l'interprétation de la loi habilitante du tribunal administratif ou d'une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie. Le juge Fish, écrivant les motifs de la Cour,

---

<sup>26</sup> Daly, « *Dunsmuir* », *supra* note 11.

<sup>27</sup> *Ibid* à la p 488.

<sup>28</sup> 2011 CSC 59, [2011] 3 RCS 616.

<sup>29</sup> La Cour a traduit ce concept par la notion de « préclusion ». Toutefois, les arbitres de griefs québécois réfèrent à ce concept en utilisant le terme anglais « estoppel » ou réfèrent au concept civiliste de la fin de non-recevoir.

conclut rapidement que l'interprétation et l'application de la doctrine de l'estoppel fait partie de la dernière catégorie, et il poursuit en appliquant les critères contextuels afin de justifier ou de confirmer son choix.

S'agit-il là d'un véritable constat d'échec de l'approche par catégories? Nous ne le croyons pas. Il faut rappeler que l'établissement des différentes catégories et l'identification de la norme appropriée pour chacune d'elles, effectués dans l'arrêt *Dunsmuir*, découlent d'une revue faite par la Cour suprême de la jurisprudence appliquant l'approche pragmatique et fonctionnelle<sup>30</sup>. On peut dire que les critères contextuels sont en quelque sorte l'ADN de l'approche par catégories. Ainsi, en cas de doute, il est tout à fait logique de recourir aux facteurs contextuels pour établir la catégorie appropriée pour une question donnée.

Également, il est tout à fait normal que les tribunaux d'appel, et en dernier lieu la Cour suprême, aient à déterminer, dans certains cas plus complexes, à quelles catégories certaines questions doivent être associées. Cela n'empêche pas que, dans la très grande majorité des cas, les cours supérieures pourront déterminer facilement dans quelles catégories tombent les questions qui leur sont soumises.

Une critique plus récurrente de l'arrêt *Dunsmuir* s'en prend à la catégorie, établie dans cet arrêt, qui porte sur les questions touchant véritablement à la compétence, pour laquelle la norme de contrôle de la décision correcte s'applique. Par exemple, le juge John M Evans soulignait que la Cour suprême n'a jamais été en mesure de donner une définition acceptable de ce que constitue une véritable question de compétence<sup>31</sup>.

Or, la Cour suprême a déjà souligné sa sensibilité à un tel problème et a même annoncé la disparition quasi inévitable de cette catégorie. En effet, dans l'arrêt *Alberta*<sup>32</sup>, le juge Rothstein, pour une majorité de la Cour dont notamment les juges LeBel et Bastarache (les auteurs de l'arrêt *Dunsmuir*), remet en question la pertinence de cette catégorie :

[34] La consigne voulant que la catégorie des véritables questions de compétence appelle une interprétation restrictive revêt une importance particulière lorsque le tribunal administratif interprète sa loi constitutive. En un sens, tout acte du tribunal qui requiert l'interprétation de sa loi constitutive soulève la question du pouvoir ou de la compétence du tribunal d'accomplir cet acte. Or, depuis *Dunsmuir*, la Cour s'est écartée de cette définition de la compétence. En effet, au vu de la jurisprudence récente, le temps est peut-être venu de se demander si, aux fins du contrôle judiciaire,

<sup>30</sup> *Dunsmuir*, *supra* note 1 aux para 54-62.

<sup>31</sup> L'honorable John M Evans, « Standards of Review in administrative Law » (2013) 26 Can J Admin L & Prac 67 à la p 71.

<sup>32</sup> *Supra* note 3.

la catégorie des véritables questions de compétence existe et si elle est nécessaire pour arrêter la norme de contrôle applicable. Cependant, faute de plaidoirie sur ce point en l'espèce, je me contente d'affirmer que, sauf situation exceptionnelle — et aucune ne s'est présentée depuis *Dunsmuir* —, 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.<sup>33</sup> [nos soulignements]

Nous croyons que la décision de larguer la catégorie des véritables questions de compétence serait en accord avec la philosophie de l'arrêt *Dunsmuir*, qui visait notamment à favoriser une analyse plus simple, efficace et pratique.

Finalement, l'arrêt *Dunsmuir* est parfois critiqué pour avoir imposé une méthode trop formelle qui ne permet pas de tenir compte du contexte qui varie pour chaque cas d'espèce<sup>34</sup>. Selon cette critique, l'analyse relative à la norme de contrôle devrait reconnaître une gradation dans la sévérité de la norme de la décision raisonnable. Or, une telle position s'en prend à l'essence même de la réforme de l'arrêt *Dunsmuir*. Nous reviendrons sur cette question et nous expliquerons que l'élément contextuel est toujours bien présent dans la nouvelle analyse. En effet, bien qu'il ait perdu toute utilité pour déterminer le degré de sévérité de la norme de la raisonnable, il est très pertinent dans l'analyse de la question au fond, soit de déterminer si une décision est raisonnable ou non.

### *B) Une exigence de qualité de la justice administrative toujours présente*

Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême a voulu réformer la méthode d'analyse de la norme de contrôle, mais n'a pas voulu réformer le degré de déférence avec lequel les cours de révision doivent intervenir. En effet, la Cour reconnaît l'importance du respect de la primauté du droit et du rôle des cours de révision<sup>35</sup>.

Rappelant l'importance d'accorder une grande déférence aux tribunaux administratifs, la Cour suprême souligne néanmoins que les cours supérieures ne doivent pas abandonner leur rôle en matière de contrôle judiciaire. Bien que la norme de la décision raisonnable appelle au respect

---

<sup>33</sup> *Ibid* au para 34. Voir également *Société Radio-Canada c SODRAC 2003 Inc*, 2015 CSC 57 au par 30, [2015] 3 RCS 615.

<sup>34</sup> Voir par exemple Andrew Green, « Can There Be Too Much Context in Administrative Law? Setting the Standard of Review in Canadian Administrative Law » (2014) 47:2 UBC L Rev 443 à la p 445.

<sup>35</sup> *Dunsmuir*, *supra* note 1 aux para 27-30.

des motifs donnés par le tribunal administratif, ce respect ne doit pas se transformer à une soumission de la part des cours de révision<sup>36</sup>.

D'ailleurs, il ne faut pas oublier que les juges majoritaires dans l'arrêt *Dunsmuir* sont intervenus afin de casser la décision qui avait été rendue par le tribunal administratif. Dans cette affaire, le litige émanait d'une décision d'un arbitre de griefs qui, en vertu de la loi, avait compétence pour entendre un grief de congédiement déposé par un salarié non syndiqué. L'arbitre s'était déclaré compétent pour décider si le congédiement avait été fait sans motif, même si le plaignant avait reçu un préavis raisonnable de fin d'emploi. Les juges LeBel et Bastarache ont conclu que l'arbitre avait rendu une décision déraisonnable en se déclarant compétent sur la question de l'existence ou non de motifs de congédiement. L'interprétation adoptée par l'arbitre de sa loi habilitante éludait complètement le contexte juridique applicable, soit que la relation de travail émanait du droit privé et, qu'en vertu de la common law, un employeur peut toujours congédier un salarié sans motif s'il lui accorde un préavis de fin d'emploi raisonnable.

Si l'on se limite à examiner uniquement les diverses dispositions législatives applicables dans cette affaire, la décision de l'arbitre n'apparaît pas déraisonnable. Toutefois, elle le devient lorsque l'on tient compte du contexte juridique dans lequel la loi habilitante de l'arbitre était applicable. L'intervention de la Cour suprême dans cette affaire démontre bien que le juge LeBel et les juges majoritaires, même en appliquant la norme de la décision raisonnable, exigent un certain niveau de qualité des décideurs administratifs.

Un autre exemple frappant de cette exigence minimale de qualité est la décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c Canada (Procureur général)*<sup>37</sup>, dans laquelle les juges LeBel et Cromwell écrivent pour la Cour.

Dans cette affaire, la Cour détermine d'abord que c'est la norme de la décision raisonnable qui doit s'appliquer à l'interprétation de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>38</sup>. Plus particulièrement, la question en litige était de savoir si cette loi permettait au Tribunal canadien des droits de la personne d'accorder ou non des dépens. La Cour conclut que l'interprétation adoptée par le Tribunal de sa loi habilitante était déraisonnable.

---

<sup>36</sup> *Ibid* au para 48.

<sup>37</sup> 2011 CSC 53, [2011] 3 RCS 471 [*Mowat*].

<sup>38</sup> LRC 1985, c H-6.

Selon la Cour suprême, le texte de loi qui autorisait le Tribunal à « indemniser la victime [...] des dépenses entraînées par l'acte [discriminatoire] » ne pouvait pas raisonnablement, à la lumière d'un examen attentif du texte des dispositions législatives en cause, de leur contexte et de leur objet, autoriser le Tribunal à octroyer des dépens.

En effet, en plus de considérer les différentes dispositions législatives de la loi habilitante, la Cour suprême s'est appuyée sur différentes règles reconnues d'interprétation des lois pour conclure que l'interprétation adoptée par le Tribunal était déraisonnable. Premièrement, elle a analysé l'historique de la loi pour constater que différents projets de loi avaient proposés de conférer expressément au Tribunal le pouvoir d'octroyer des dépens, mais que ces projets étaient tous morts au Feuilleton. Tout en précisant que ces éléments n'étaient aucunement déterminants, la Cour suprême a également tenu compte de l'interprétation constante adoptée par la Commission canadienne des droits de la personne, l'organisme administratif chargé de l'application de la loi, et des dispositions législatives similaires adoptées dans différentes provinces.

Ainsi, il ressort de cette décision que, lorsque les tribunaux administratifs doivent interpréter leur loi habilitante, leur discrétion est encadrée notamment par les principes reconnus d'interprétation des lois. À la lumière de l'arrêt *Mowat*, il est possible de conclure que, lorsque l'ensemble, ou à tout le moins la quasi-totalité, des principes pertinents d'interprétation des lois pointe vers une interprétation différente de celle adoptée par le tribunal administratif, une cour de révision devra intervenir même lorsque c'est la norme de la décision raisonnable qui est applicable<sup>39</sup>.

Dans l'arrêt *Montréal (Ville) c Administration portuaire de Montréal*<sup>40</sup>, le juge LeBel, écrivant pour la Cour suprême, a clairement énoncé que même les décisions soumises à la norme de la décision raisonnable devaient répondre à un certain niveau de qualité. Le juge LeBel écrit :

[38] Le concept de raisonabilité de la décision s'entend d'abord de la transparence et de l'intelligibilité des motifs justifiant cette décision. Mais, il exprime aussi une exigence de qualité de ces motifs et des résultats du processus décisionnel (*Dunsmuir*, par. 47); [...] <sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Voir au même effet *B010 c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 RCS 704. Voir aussi *a contario* l'arrêt *Wilson c Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 47, [2015] 3 RCS 300 [*Wilson*], dans laquelle la Cour suprême réfère à différents principes reconnus d'interprétation des lois pour conclure à la raisonabilité de la décision attaquée.

<sup>40</sup> 2010 CSC 14, [2010] 1 RCS 427.

<sup>41</sup> *Ibid* au para 38.

Finalement, nous désirons souligner l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*<sup>42</sup>, comme un autre exemple où la Cour suprême a imposé au tribunal administratif une telle exigence de qualité. Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si la conclusion factuelle du Tribunal des droits de la personne du Québec, selon laquelle une preuve de discrimination avait été établie, était raisonnable.

Au motif que les autorités américaines avaient conclu que le plaignant ne pouvait pas, pour des raisons de sécurité, être formé pour l'obtention d'une licence de pilotage américaine, Bombardier avait refusé de former le plaignant pour l'obtention de sa licence canadienne. La question en litige était de savoir si la décision des autorités américaines avait un lien avec l'origine ethnique du plaignant, et, par conséquent, si elle pouvait constituer de la discrimination *prima facie*. Le Tribunal avait conclu que la preuve démontrait l'existence d'un tel lien.

Puisque la question en litige portait sur l'appréciation des faits, la Cour suprême applique la norme de la décision raisonnable<sup>43</sup>. La Cour analyse chacun des éléments factuels soulevés par le Tribunal pour conclure qu'aucun de ces éléments ne pouvait soutenir la conclusion selon laquelle la décision des autorités américaines était fondée sur l'origine ethnique du plaignant. Bien que le Tribunal avait tenu compte de l'ensemble de la preuve faite devant lui, la Cour suprême conclut que l'appréciation qu'il en avait faite était déraisonnable. Les juges Wagner et Côté, écrivant pour la Cour, expliquent :

En effet, le Tribunal a appuyé sa conclusion sur l'ensemble de la preuve produite au dossier. Toutefois, nous sommes d'avis que celle-ci était insuffisante pour lui permettre d'inférer l'existence d'un lien entre l'origine ethnique ou nationale de M. Latif et son exclusion. Il s'ensuit que la conclusion de fait du Tribunal était nettement déraisonnable.<sup>44</sup>

Cette décision démontre bien que la Cour suprême exige un certain niveau de qualité des décisions des tribunaux administratifs. Même dans une situation où la Cour a toujours reconnu l'importance de la déférence, soit la révision d'une question d'appréciation de la preuve, la Cour conclut que le Tribunal n'a pas satisfait le niveau de qualité exigé<sup>45</sup>. En effet, sans cette exigence minimale de qualité, la Cour suprême aurait pu simplement

---

<sup>42</sup> 2015 CSC 39, [2015] 2 RCS 789 [*Bombardier*]. L'auteur tient à souligner qu'il était l'un des procureurs de l'intimée devant la Cour suprême dans le cadre de cette affaire.

<sup>43</sup> *Ibid* au para 73.

<sup>44</sup> *Ibid* au para 81.

<sup>45</sup> Voir également *Kanthisamy c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 RCS 909.

rappeler la norme de déférence, constater l'appréciation des faits retenus par le Tribunal et refuser l'intervention judiciaire<sup>46</sup>.

*3. Les suites de l'arrêt Dunsmuir : l'importance de  
conserver les acquis tout en permettant le développement  
d'une justice administrative plus fonctionnelle*

Nous désirons aborder deux questions reliées à l'analyse relative à la norme de contrôle et qui sont encore sujettes à controverse. Premièrement, nous discuterons de l'importance d'éviter de retourner à une méthode qui serait fondée sur l'existence d'une pluralité de normes de déférence. Deuxièmement, nous défendrons la pertinence de reconnaître un droit d'intervention aux cours de révision afin qu'elles puissent régler des controverses graves et inconciliables qui sévissent au sein des tribunaux administratifs.

Ces questions touchent particulièrement deux éléments fondamentaux de la réforme de l'arrêt *Dunsmuir*, soit l'objectif de simplification de l'analyse relative à la norme de contrôle et l'importance que cette analyse puisse offrir des solutions pratiques et efficaces pour le contrôle de la justice administrative.

*A) L'intensité de la norme de contrôle de la décision raisonnable : il faut éviter le retour des différents degrés de déférence*

Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême a rejeté une approche de la révision judiciaire fondée sur l'existence de plus d'une norme de raisonnabilité.

Auparavant, la Cour suprême avait déjà refusé de reconnaître l'existence d'une multitude de normes de déférence qui se seraient situées sur une gamme de normes allant de la décision correcte à la décision manifestement déraisonnable. En effet, dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c Ryan*<sup>47</sup>, la Cour suprême concluait qu'une telle approche serait impraticable :

43 L'intimé soutient que la norme de la décision raisonnable occupe [TRADUCTION] « un segment de la gamme ou du continuum » entre la décision déraisonnable et la décision correcte. Il veut justifier par cet argument le faible degré de déférence que la Cour d'appel a accordé à la décision du comité de discipline même après avoir décidé que l'analyse pragmatique et fonctionnelle menait à la conclusion que la norme de la décision raisonnable s'appliquait. L'intimé prétend essentiellement qu'il est parfois approprié d'appliquer la norme de la décision raisonnable avec plus de déférence et parfois avec moins de déférence, selon les circonstances. L'intimé

<sup>46</sup> Voir par exemple *Khosa*, *supra* note 17 au para 61.

<sup>47</sup> 2003 CSC 20, [2003] 1 RCS 247.

prétend que ne pas autoriser cette souplesse annoncerait le retour à une approche formaliste du contrôle judiciaire.

44 Cet argument doit être rejeté. S'il est inopportun d'ajouter une quatrième norme aux trois qui ont déjà été définies, il serait encore plus problématique de créer en pratique un nombre infini de normes en introduisant l'idée que la norme de la décision raisonnable peut varier en degré de déférence de façon à se rapprocher parfois de la décision correcte et parfois de la décision manifestement déraisonnable. Cet argument repose sur un recours abusif à la métaphore de la gamme.<sup>48</sup> [nos soulignements]

Il faut toutefois reconnaître que les motifs concourants du juge Binnie dans l'arrêt *Dunsmuir* et certains motifs de la Cour suprême dans des décisions rendues par la suite, semblent évoquer l'existence possible de divers degrés de raisonnabilité.

Dans l'arrêt *Dunsmuir*, le juge Binnie semble effectivement ouvrir la porte à une norme variable de la raisonnabilité :

[139] Il est parfaitement légitime que les cours se soucient des différents degrés de respect (ou de déférence) que commandent différentes situations. Appliquer en fonction du contexte une norme de contrôle unique transforme (quelque peu) le débat : il ne s'agit plus de choisir *entre* deux normes de raisonnabilité correspondant chacune à un degré de déférence distinct, mais bien de déterminer le bon degré de déférence *à l'intérieur* d'une seule norme de raisonnabilité. Le résultat du présent arrêt pourrait bien s'apparenter dans les faits à celui obtenu par un ingénieur de la circulation routière dont les mesures audacieuses visant à réduire la congestion à l'heure de pointe ne font en fin de compte que déplacer le problème d'une intersection à une autre sans économie globale de temps ou d'argent pour les automobilistes.<sup>49</sup>

Dans l'affaire *Alberta*<sup>50</sup>, le juge Binnie récidive en réaffirmant l'existence de divers degrés dans la norme de la raisonnabilité. Il écrit :

La « raisonnabilité » est une notion générale d'apparence trompeusement simple qui confère à la juridiction de révision le pouvoir discrétionnaire de choisir entre divers degrés d'examen, allant de celui relativement intense à celui qui l'est moins (ou, pour reprendre les mots employés par les juges majoritaires dans *Dunsmuir*, déterminer le « degré de déférence » (par. 62)).<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> *Ibid* aux para 43-44.

<sup>49</sup> *Dunsmuir*, *supra* note 1 au para 139.

<sup>50</sup> *Supra* note 3.

<sup>51</sup> *Ibid* au para 87.

Le professeur David Mullan a également souligné la possibilité que l'arrêt *Dunsmuir* ait effectivement eu pour effet de raviver la théorie de la gamme de degrés de raisonnabilité :

The majority never says this explicitly. However, it is certainly the interpretation that Binnie J, in his concurring judgment, places on the majority's elaboration of reasonableness review. In one of the first lower court judgments to consider *Dunsmuir*, Smith J, of the British Columbia Supreme Court, in *Canada Post Corp v C.U.P.W.*, also reads the majority the same way when she refers to the Court as having accepted that "there may be different degrees of deference within the reasonableness standard." Similarly, in an early web-based comment on the judgment, Professor Lorne Sossin commends it for adopting a "spectrum of deference approach" as opposed to one involving three supposedly clearly differentiated species of review. [...]

Reviewing courts should first determine whether the appropriate standard is correctness or unreasonableness. If the latter, the next step is to determine where along the spectrum of deference engaged by the concept of unreasonableness, the Court's approach to its task should come to rest. [...]

Certainly, the initial choice from between two standards (as opposed to among three) may make life simpler. Should there be no deference or some deference? However, if the next stage is to identify how intense within a single standard of deference the court's scrutiny should be, the court is going to have to engage in the same or a similar kind of balancing exercise that preoccupied the courts at the initial stage of the former three, discrete standards test. Moreover, the range of possibilities has become more nuanced and variegated than previously.<sup>52</sup>

Or, dans un article intitulé « De *Dunsmuir* à *Khosa* », le juge LeBel énonce clairement que l'arrêt *Dunsmuir* ne doit aucunement être lu comme donnant ouverture à la reconnaissance de degrés variables de déférence. Il écrit :

Cependant, cette exigence de déférence ne signifie pas que la cour qui procède à un contrôle judiciaire sur la base de la norme du raisonnable doit identifier un degré particulier de déférence. En réalité, lorsqu'une cour décide que la norme du raisonnable s'applique, elle doit alors décider si le résultat se situe bien dans un ensemble de résultats possibles et acceptables, défendables au regard des faits et du droit. Avec le juge Bastarache, j'ai souligné l'importance, à cet égard, des principes de justification, de transparence et d'intelligibilité pour décrire la norme de contrôle des procédures et des décisions du décideur administratif : est-il possible de justifier la procédure ou le résultat au regard des faits et du droit relatif à la question? La

---

<sup>52</sup> David Mullan, « *Dunsmuir v. New Brunswick, Standard and Procedural Fairness for Public Servants: Let's Try Again!* » (2008) 21:2 Can J Admin L & Prac 117 aux pp 134–135.

procédure de décision est-elle demeurée libre de toute influence de facteurs externes qui n'ont pas été clairement articulés ou déclarés? Le résultat est-il compréhensible en tenant compte du contexte factuel et juridique dans lequel il est survenu? La déférence, tout comme le raisonnable, ne se prête pas aisément à la quantification.<sup>53</sup>

D'ailleurs, dans l'arrêt *Alberta*, les juges majoritaires, dont faisait partie le juge LeBel, rejettent clairement l'existence de degrés variables de déférence dans l'application de la norme de la décision raisonnable. Le juge Rothstein écrit :

[47] Aux paragraphes 85–87 de ses motifs, le juge Binnie reprend la notion de degrés variables de déférence tirée de ses motifs concordants dans *Dunsmuir*. Dans cet arrêt, les juges majoritaires ne reconnaissent pas de degrés variables de déférence lors d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable et, soit dit en tout respect, la Cour ne le fait pas non plus dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*. Une fois décidé que le contrôle doit s'effectuer selon la norme de la décision raisonnable, nulle autre démarche n'a lieu pour arrêter de degré d'intensité de l'examen. Le contrôle judiciaire ne s'intéresse qu'à la question en litige. Le contrôle d'une interprétation législative diffère de celui d'un exercice du pouvoir discrétionnaire. Il est toujours régi par le contexte de l'affaire. Mais il n'y a pas de détermination du degré d'intensité de l'examen où, dans certains cas, le contrôle se rapproche de la révision selon la norme de la décision correcte, et dans d'autres, pas.<sup>54</sup>

Or, quelques mois plus tard, dans l'arrêt *Catalyst Paper Corp. c North Cowichan (District)*, la juge en chef, écrivant pour la Cour dont le juge LeBel, tient les propos suivants, qui peuvent en apparence sembler reconnaître une norme de raisonabilité à degrés variables. La juge en chef écrit :

[18] La réponse réside dans le fait que *Dunsmuir* reconnaît que le caractère raisonnable de la décision s'apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l'ensemble des facteurs pertinents. Il s'agit essentiellement d'une analyse contextuelle (*Dunsmuir*, par. 64). Comme l'a dit le juge Binnie dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59, « [l]a raisonabilité constitue une norme unique qui s'adapte au contexte. » La question fondamentale est de savoir quelle est la portée du pouvoir décisionnel que la loi a conféré au décideur. La portée du pouvoir décisionnel d'un organisme est déterminée par le type de situation en question. Pour cette raison, il est utile d'examiner comment les tribunaux ont déjà traité de ce type de décisions (*Dunsmuir*, par. 54 et 57). Pour revenir à l'affaire qui nous occupe, nous devons nous demander comment les tribunaux procédaient pour réviser les

---

<sup>53</sup> LeBel, « *Dunsmuir* », *supra* note 18 à la p 230.

<sup>54</sup> *Supra* note 3 au para 47.

règlements municipaux avant l'arrêt *Dunsmuir*. Cette approche ne contredit pas le fait qu'en bout de ligne il s'agit de savoir si la décision s'inscrit dans un éventail d'issues raisonnables. Elle reconnaît simplement que la question de savoir si une décision est raisonnable ou non dépend du contexte.<sup>55</sup>

Les différents extraits discutés ci-dessus, qui peuvent en apparence sembler contradictoires, réfèrent simplement à un même phénomène. Ainsi, il faut accepter l'existence d'une seule norme de raisonabilité, dont la sévérité ou le degré ne varient pas. Toutefois, la Cour suprême reconnaît une évidence, soit que pour déterminer si une décision est raisonnable, il faudra nécessairement tenir compte de l'ensemble du contexte de l'affaire.

Ainsi, par exemple, dans le cadre de l'interprétation d'une loi, le nombre de facteurs contextuels devant être pris en compte pourra être élevé. Il faudra tenir compte, par exemple, du texte précis à être interprété, des autres dispositions pertinentes de la loi, de l'objet de la loi et de l'historique de celle-ci<sup>56</sup>. En conséquence, le nombre d'issues raisonnables sera généralement moindre que dans d'autres contextes. Il y aura donc plus de chances qu'une décision portant sur l'interprétation d'une loi sorte du cadre des issues possibles et donc, qu'elle soit déraisonnable.

Au contraire, dans le cas d'une question soulevant simplement l'appréciation des faits, les éléments contextuels seront beaucoup moins nombreux. La Cour de révision devra habituellement se limiter à tenir compte de la preuve au dossier. Le nombre d'issues raisonnables sera généralement plus élevé que dans le cas de l'interprétation d'une question de droit<sup>57</sup>.

Dans l'affaire *Canada (Procureur général) c Commission canadienne des droits de la personne*, la Cour d'appel fédérale explique clairement comment divers facteurs contextuels auront une influence dans le cadre de l'application de la norme unique de la décision raisonnable. La Cour écrit :

[13] Ainsi que le procureur général l'a reconnu devant nous lors des débats, il faut se rappeler que l'éventail des issues acceptables et justifiables « s'adapte au contexte » et qu'il varie selon la nature de la question et d'autres circonstances (*Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5, aux paragraphes 17, 18 et 23; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59; voir également *Canada (Procureur général) c Abraham*, aux paragraphes 37 à 50).

---

<sup>55</sup> 2012 CSC au para 18, [2012] 1 RCS 5.

<sup>56</sup> Par exemple : *Mowat*, *supra* note 37 et *Wilson*, *supra* note 39.

<sup>57</sup> Toutefois, comme le démontre l'arrêt *Bombardier*, *supra* note 42, cela n'empêchera pas la cour de révision de valablement conclure que la décision examinée est déraisonnable.

[14] En l'espèce, l'éventail est relativement restreint. La décision du Tribunal porte principalement sur une question d'interprétation d'un texte législatif, une question limitée par le texte, le contexte et l'objet de la loi. Elle porte également sur le droit à l'égalité, une question circonscrite par la jurisprudence. En l'espèce, le Tribunal avait moins de latitude que dans une affaire portant sur une ou plusieurs appréciations des faits, sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire axé sur les faits, sur des politiques administratives ou encore sur une expérience ou une expertise spécialisée que ne possédait pas la juridiction de révision sur le point particulier en cause.

[15] L'arrêt *Mowat*, précité, de la Cour suprême, qui portait également sur l'interprétation de la Loi par le Tribunal, illustre bien ce point. Dans cette affaire, la Cour suprême a examiné la décision du Tribunal en fonction de la norme de la décision raisonnable. Toutefois, dans l'application de cette norme, la Cour suprême s'est livrée à un contrôle de la décision du Tribunal plus exigeant que celui auquel la Cour fédérale s'est livrée en l'espèce. D'aucuns pourraient qualifier ce que la Cour suprême a fait dans l'arrêt *Mowat* de contrôle déguisé du bien-fondé de la décision du Tribunal. Je rejette cette thèse. Dans l'affaire *Mowat*, la Cour a procédé au contrôle du caractère raisonnable de la décision en faisant quand même preuve de déférence et en étant consciente du fait que le Tribunal ne disposait que d'un éventail restreint d'issues possibles et acceptables compte tenu du caractère limité de l'affaire dont il était saisi. Dès lors qu'il avait respecté ce cadre, le Tribunal avait droit à ce qu'on fasse preuve de retenue à son égard. Pour des exemples de cas semblables, voir les arrêts *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, [2011] 3 R.C.S. 422, et *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 R.C.S. 345.<sup>58</sup>

Pour illustrer le rôle des facteurs contextuels dans l'application de la norme de la décision raisonnable, nous utiliserons une métaphore fondée sur l'assemblage d'un meuble. Prenons l'hypothèse où, dans un premier temps, on fournit à différents individus quelques planches de bois et quelques clous, en leur donnant comme seule instruction de fabriquer un meuble. Dans la très grande majorité des cas, ils réussiront à construire ce qui pourra être qualifié « raisonnablement » de meuble, dès lors que la construction a une quelconque surface plane permettant de déposer un objet. Ayant peu d'instructions (ou, en d'autres termes, peu de facteurs contextuels) à prendre en compte, la très grande majorité des individus arriveront à un résultat « raisonnable ».

Dans un deuxième temps, imaginons que l'on donne à ces mêmes individus les pièces d'un meuble IKEA en leur demandant de suivre le guide d'instructions du manufacturier. Compte tenu des nombreuses instructions complexes (en d'autres termes, des nombreux facteurs contextuels) devant

---

<sup>58</sup> 2013 CAF 75 aux para 13–15.

être pris en compte, il y aura beaucoup plus d'individus qui n'arriveront pas à assembler de manière « raisonnable » le meuble en question.

Dans les deux cas, la norme de la raisonnable serait la même. Toutefois, dans le dernier exemple, compte tenu des instructions beaucoup plus nombreuses et complexes, nous arriverions à beaucoup plus de résultats déraisonnables.

Ainsi, il est vrai que les facteurs contextuels auront une influence sur le résultat de l'application de la norme de la décision raisonnable, mais cela n'a aucunement pour effet de rendre cette norme variable.

La confusion en doctrine et en jurisprudence quant à l'existence ou non de degrés variables de raisonnable découle probablement du fait que la Cour suprême, dans l'arrêt *Dunsmuir*, utilise des termes semblables pour référer à des réalités bien différentes.

En effet, à l'étape de la détermination de la norme de contrôle appropriée, lorsque la méthode par catégories ne suffit pas, la Cour suprême explique qu'il faudra alors procéder à une « analyse contextuelle »<sup>59</sup>.

Puis, à l'étape suivante, lorsque la cour de révision doit déterminer si la décision administrative est raisonnable ou non, la Cour suprême mentionne à nouveau la nécessité de procéder à une analyse contextuelle:

[74] L'interprétation du droit est toujours contextuelle. Une disposition ne s'applique pas en vase clos. L'arbitre devait tenir compte du contexte juridique dans lequel il lui fallait appliquer les dispositions en cause. En l'espèce, le lien d'emploi entre les parties ressortissait au droit privé<sup>60</sup>. [notre soulignement]

Or, selon nous, les deux étapes de l'analyse font appel à des éléments contextuels différents.

Premièrement, à l'étape de la détermination de la norme de contrôle, lorsque la méthode par catégories n'est pas suffisante, il faudra prendre en compte les anciens facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle soit, (1) l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, (2) la raison d'être du tribunal administratif suivant l'interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause, et (4) l'expertise du tribunal administratif<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> *Dunsmuir*, supra note 1 au para 64.

<sup>60</sup> *Ibid* au para 74.

<sup>61</sup> *Ibid* au para 64.

Deuxièmement, dans le cadre de l'appréciation de la raisonnabilité d'une décision, il faudra prendre en compte l'ensemble du contexte de l'affaire, soit tous les principes et arguments permettant de déterminer si la décision fait partie des issues possibles. Par exemple, dans le cadre de l'interprétation d'une disposition législative, le contexte inclura les principes d'interprétation des lois<sup>62</sup>.

Cette approche, rejetant l'existence de degrés variables dans la norme de la décision raisonnable, est beaucoup plus respectueuse des fondements de l'arrêt *Dunsmuir*. On évite de perdre temps et énergie à tenter de déterminer avec quel degré de raisonnabilité une décision devrait être analysée. On s'attaque alors le plus vite possible à l'analyse de la question au fond, soit déterminer si la décision fait partie des issues possibles auxquelles le décideur pouvait en arriver.

*B) La Cour suprême devrait-elle reconnaître l'existence d'une nouvelle catégorie de questions soumises à la norme de la décision correcte : la question de droit faisant l'objet d'une controverse constante?*

Selon l'état actuel du droit, les cours de révision ne peuvent pas intervenir afin de régler des conflits jurisprudentiels. En tenant compte des nombreux commentaires de différentes cours d'appel qui remettent en question ce principe, nous soumettons qu'il serait opportun de permettre aux cours supérieures d'intervenir pour trancher des controverses sur des questions de droit qui perdurent au sein d'un même tribunal administratif.

*i) L'arrêt Domtar et l'interdiction faite aux cours de révision d'intervenir en cas de conflits jurisprudentiels*

Dans l'arrêt *Domtar Inc. c Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*<sup>63</sup> rendu en 1993, la Cour suprême a établi un principe, maintes fois repris par la suite, selon lequel l'existence de deux courants jurisprudentiels divergents ne permettait pas à une cour de révision d'intervenir afin de trancher la controverse.

Essentiellement, la juge L'Heureux-Dubé, écrivant pour la Cour, désirait éviter que les cours de révision puissent se transformer en tribunaux d'appel en intervenant afin de trancher les divers conflits jurisprudentiels prenant forme au sein des tribunaux administratifs<sup>64</sup>. La juge L'Heureux-Dubé refusait de retenir une approche souple qui aurait permis aux cours supérieures d'intervenir dans des situations exceptionnelles. Elle ne croyait

---

<sup>62</sup> *Mowat, supra* note 37.

<sup>63</sup> [1993] 2 RCS 756 [*Domtar*].

<sup>64</sup> *Ibid* à la p 796.

pas les cours supérieures capables de restreindre leurs interventions aux seuls cas les plus graves et incontestables de conflits<sup>65</sup>.

La juge L'Heureux-Dubé justifiait également sa décision en évoquant l'existence de mécanismes internes dont disposent les tribunaux administratifs afin de régler leurs conflits jurisprudentiels<sup>66</sup>. Or, les différentes options internes qui s'offrent aux tribunaux administratifs s'avèrent inefficaces pour régler les conflits jurisprudentiels entre différents membres d'un même tribunal administratif.

Une des options possibles serait le recours aux réunions plénières pendant lesquelles les membres d'un tribunal administratif pourront discuter des questions controversées soumises devant leur tribunal. Or, comme la Cour suprême l'a décidé dans les arrêts *Sitba c Consolidated-Bathurst Packaging Ltd*<sup>67</sup> et *Tremblay c Québec (Commission des affaires sociales)*<sup>68</sup>, le recours à de telles réunions plénières ne peut en aucun cas, compte tenu des principes de justice naturelle, avoir pour effet d'imposer aux membres individuels d'un tribunal administratif l'opinion de la majorité. En conséquence, espérer que les réunions plénières, par de simples discussions non contraignables, puissent permettre le règlement de conflits jurisprudentiels semble relever de la pensée magique. Dans le cas où des conflits jurisprudentiels persistent, les membres d'un tribunal administratif ont habituellement l'occasion d'arrêter leur position après mûre réflexion. Ce n'est pas de simples discussions qui les feront changer d'idée.

Une autre solution possible serait la révision administrative interne que prévoient certaines lois habilitantes de tribunaux administratifs. À titre d'exemple, les lois régissant le Tribunal administratif du Québec et le Tribunal administratif du travail prévoient, pour ces tribunaux, le pouvoir de réviser leurs propres décisions lorsqu'elles sont viciées par un vice de fond ou de procédure<sup>69</sup>. Toutefois, la jurisprudence établit que ce pouvoir de révision ne doit justement pas être utilisé pour tenter de régler des conflits jurisprudentiels au sein du tribunal<sup>70</sup>. Ainsi, la révision administrative n'est

---

<sup>65</sup> *Ibid* à la p 797.

<sup>66</sup> *Ibid* à la p 798.

<sup>67</sup> [1990] 1 RCS 282.

<sup>68</sup> [1992] 1 RCS 952.

<sup>69</sup> *Loi sur la justice administrative*, RLRQ c J-3, art 154; *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*, RLRQ c T-15.1, art 49. Les demandes de révision peuvent être entendues par des bancs formés de trois juges administratifs, mais les bancs peuvent également être plus nombreux.

<sup>70</sup> Voir par exemple *Moreau c Régie de l'assurance maladie du Québec*, 2014 QCCA 1067, JE 2014-1048; *Commission de la santé et de la sécurité du travail c Fontaine*, 2005 QCCA 775, JE 2005-1695.

pas un outil efficace permettant à un tribunal administratif de régler un conflit jurisprudentiel.

De plus, même si les outils internes, dont nous venons de discuter, pouvaient être efficaces, ils ne seraient d'aucune utilité pour un bon nombre de décideurs administratifs qui n'exercent pas au sein d'un tribunal organisé, comme par exemple les arbitres de griefs<sup>71</sup>.

L'absence d'outils internes efficaces permettant aux tribunaux administratifs de régler leurs conflits jurisprudentiels a amené certaines cours d'appel à réclamer une mise à l'écart des principes établis dans l'arrêt *Domtar*.

*ii) Plusieurs cours d'appel réclament le droit d'intervenir pour régler certains conflits jurisprudentiels*

Il semble y avoir un courant qui prend de l'ampleur chez les juges des cours d'appel et qui consiste à reconnaître une nouvelle catégorie de questions qui seraient soumises à la norme de la décision correcte. Cette nouvelle catégorie pourrait être définie comme incluant les questions de droit qui font l'objet d'une controverse grave et inconciliable au sein d'un même tribunal administratif. Ces juges ont toutefois tendance à caractériser ce type de questions, non pas comme une nouvelle catégorie en soi, mais comme tombant dans la catégorie déjà établie des questions d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangères au domaine d'expertise du tribunal.

Par exemple, dans l'affaire *Wilson c Énergie atomique du Canada limitée*<sup>72</sup>, la Cour d'appel fédérale se penchait sur la révision judiciaire d'une décision d'un arbitre nommé en vertu de l'article 240 du *Code canadien du travail*<sup>73</sup>. L'article 240 du *Code canadien du travail* offre un recours aux employés leur permettant de contester un congédiement injustifié. Selon la Cour d'appel fédérale, une controverse persistait depuis plusieurs années dans la jurisprudence arbitrale à savoir si un employé congédié sans motif, mais qui a reçu un délai de congé raisonnable, fait quand même l'objet d'un congédiement injustifié.

Jusqu'à maintenant, la réponse à cette question dépendait essentiellement de l'identité du décideur et du choix de ce dernier de suivre l'un ou l'autre des courants jurisprudentiels, car chacun d'eux pouvait être considéré comme raisonnable.

<sup>71</sup> Voir *Wilson c Énergie atomique du Canada limitée*, 2015 CAF 17 au par 54, autorisation de pourvoi à la CSC accordée, 36354 (9 juillet 2015) [*Wilson CAF*].

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> LRC 1985, c L-2.

La Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *Wilson*, s'appuyant sur les motifs de la Cour suprême dans l'arrêt *Dunsmuir*, conclut qu'une telle controverse sur un point de droit doit être caractérisée comme étant une question d'importance capitale pour le système juridique et étrangère à l'expertise des arbitres. La Cour d'appel fédérale applique donc la norme de contrôle de la décision correcte, ce qui lui permet de trancher la controverse une fois pour toutes. La Cour écrit :

[52] Dans le cas qui nous occupe, il est vrai que le législateur a, en vertu du Code, conféré aux arbitres le pouvoir de trancher des questions d'interprétation législative comme celle qui nous occupe. Toutefois, s'agissant de la question d'interprétation législative qui nous a été soumise, l'état actuel de la jurisprudence arbitral se caractérise par un désaccord persistant. Les arbitres de la première école de pensée ne s'estiment pas liés par les décisions de leurs collègues de l'autre école de pensée. Par conséquent, depuis un certain temps, la réponse à la question de savoir si le Code permet les congédiements sans motif dépend de l'identité de l'arbitre. Si l'affaire est jugée par un arbitre, une interprétation sera appliquée; si elle est confiée à un autre, c'est l'interprétation contraire qui prévaudra. Or, selon le principe de la primauté du droit, le sens d'une loi ne devrait pas varier selon l'identité du décideur (*Taub c Investment Dealers Association of Canada*, 2009 ONCA 628 (CanLII), 98 O.R. (3d) 169, au paragraphe 67).

[...]

[55] Par conséquent, au niveau conceptuel, les préoccupations relatives au respect de la primauté du droit l'emportent en l'espèce et justifient l'intervention de notre Cour pour mettre fin à la controverse et pour régler ce point de droit une fois pour toutes. Il nous faut intervenir pour trancher la question.

[56] L'arrêt *Dunsmuir* envisageait précisément cette situation et prévoyait l'application d'une présomption en pareil cas. Ainsi, lorsqu'une question de droit « revêt une importance capitale pour le système juridique [et est] étrangère au domaine d'expertise » du décideur administratif, il y a lieu de présumer que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte (au paragraphe 55). Les questions qui revêtent une importance capitale pour le système juridique sont celles qui ont des « répercussions sur l'administration de la justice dans son ensemble » et qui, pour cette raison, doivent être « tranchées de manière uniforme et cohérente » (au paragraphe 60). En d'autres termes, pour certaines questions et pour certaines questions dans des circonstances inusitées, les préoccupations exprimées au sujet du respect de la règle de la primauté du droit l'emportent. En pareil cas, le tribunal doit trancher la question en proposant ce qu'il estime être la bonne réponse.

[57] Dans le cas qui nous occupe, l'expertise spéciale des arbitres n'a pas permis d'obtenir une réponse ayant recueilli l'adhésion générale en ce qui concerne la

question d'interprétation législative qui nous est soumise. De plus, en raison de la divergence qui persiste—et que les arbitres n'arrivent pas à résoudre entre eux—, il s'ensuit que, dans le cas qui nous occupe, ce sont les préoccupations exprimées au sujet du respect de la règle de la primauté du droit qui prédominent. J'estime donc que la norme de contrôle qui s'applique à cette question d'interprétation des lois est celle de la décision correcte.<sup>74</sup>

Il est intéressant de noter que nulle part dans sa décision la Cour d'appel fédérale ne fait mention de l'arrêt *Domtar*.

Dans un arrêt de la Cour d'appel du Québec, l'affaire *Commission de la santé et de la sécurité du travail c Société Terminaux Montréal Gateway*<sup>75</sup>, le juge Morissette semble partager les préoccupations de la Cour d'appel fédérale et être d'avis que, dans des cas exceptionnels, le principe énoncé dans l'arrêt *Domtar* devrait être écarté. Dans une note en bas de page, le juge Morissette mentionne ce qui suit quant à l'incapacité de la Commission des lésions professionnelles<sup>76</sup> de régler une controverse jurisprudentielle:

L'incapacité persistante de ce faire est peut-être susceptible de justifier, dans un cas suffisamment grave, une dérogation au principe de l'arrêt *Domtar*, *supra*, note 20, à condition bien sûr de connaître l'existence de ce principe et d'en bien mesurer la portée. On peut se demander si c'est toujours le cas : voir par exemple *Wilson c. Énergie atomique du Canada limitée*, 2015 CFA 17, paragr. [52] à [55].<sup>77</sup>

La Cour d'appel de l'Alberta a également adopté une position qui écarte les principes énoncés dans l'arrêt *Domtar*. Dans l'affaire *Altus Group Limited v Calgary (City)*<sup>78</sup>, la Cour d'appel soumet qu'il est difficile de considérer comme raisonnable deux interprétations diamétralement opposées d'une même disposition législative<sup>79</sup>. Ainsi, la Cour conclut que, devant une telle situation, une cour de révision sera justifiée d'intervenir.

Dans l'affaire (*Procureur général*) *c Mowat*<sup>80</sup>, ayant donné lieu à la décision de la Cour suprême discutée précédemment, la Cour d'appel fédérale avait justifié l'application de la norme de la décision correcte en s'appuyant notamment sur l'existence de deux courants jurisprudentiels divergents et contradictoires quant à l'interprétation de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. L'existence de deux courants divergents a

<sup>74</sup> *Wilson CAF*, *supra* note 71 aux para 52, 55-57.

<sup>75</sup> 2015 QCCA 542, JE 2015-673 [*Gateway*].

<sup>76</sup> Maintenant le Tribunal administratif du travail.

<sup>77</sup> *Gateway*, *supra* note 75 au para 28, n 22.

<sup>78</sup> 2015 ABCA 86.

<sup>79</sup> *Ibid* au para 27.

<sup>80</sup> 2009 CAF 309.

été prise en compte par la Cour pour conclure que la question en était une d'importance capitale pour le système juridique et étrangère à la compétence du tribunal administratif.

Dans le pourvoi en appel de cette décision, la Cour suprême a appliqué la norme de la décision raisonnable. Toutefois, la Cour suprême a été complètement silencieuse quant à la question de l'existence de courants divergents au sein du Tribunal canadien des droits de la personne, alors que cette question avait été amplement discutée par la Cour d'appel fédérale. Un tel silence peut laisser croire que la Cour suprême n'était pas complètement fermée à la position adoptée par la Cour d'appel fédérale, sinon elle aurait pu simplement la rejeter.

Il est très compréhensible que les cours d'appel se sentent prisonnières de l'analyse de la norme de contrôle lorsqu'elles font face à des courants jurisprudentiels opposés qui persistent depuis plusieurs années au sein d'un tribunal administratif. En effet, en appliquant la norme de la décision raisonnable, les cours d'appel sont condamnées à confirmer la validité des décisions qui adoptent l'un et l'autre des courants jurisprudentiels opposés.

En pratique, devant un conflit jurisprudentiel, un justiciable n'a d'autres choix que d'espérer que le décideur administratif qui entendra son litige adoptera le courant qui lui est favorable. Une telle situation ne peut qu'avoir pour effet de diminuer la confiance du public dans le système de justice administrative<sup>81</sup>.

La Cour suprême aura l'occasion, dans le cadre du pourvoi d'appel qu'elle a accepté d'entendre dans l'affaire *Wilson CAF*<sup>82</sup>, de prendre position, si elle le veut bien, sur la question. À la lumière des motifs énoncés par les nombreuses cours d'appel à cet égard, il est peut-être temps que la Cour suprême reconnaisse que lorsqu'une jurisprudence contradictoire persiste depuis plusieurs années au sein d'un même tribunal, l'application de la norme de révision de la décision correcte est appropriée.

En adoptant des critères relativement sévères, la Cour suprême pourra répondre aux craintes de la juge L'Heureux-Dubé énoncées dans l'arrêt *Domtar* quant à une possible intervention judiciaire trop importante, tout en permettant un fonctionnement plus efficace de la justice administrative.

---

<sup>81</sup> Pour un plaidoyer en faveur de la pertinence pour les cours de révision d'intervenir pour trancher certains conflits jurisprudentiels, voir Lauren H Wihak, « Wither the Correctness Standard of Review: *Dunsmuir*, six years later » (2014) 27 Can J Admin L & Prac 173 aux pp 194–199.

<sup>82</sup> *Supra* note 71.

Il est intéressant de noter que le juge LeBel, alors qu'il était à la Cour d'appel du Québec, a été confronté, dans l'affaire *Produits Pétro-Canada Inc. c Moalli*<sup>83</sup>, au problème de la jurisprudence conflictuelle persistante au sein d'un tribunal administratif.

Dans cette affaire, un arbitre chargé de trancher les plaintes pour congédiement sans cause juste et suffisante en vertu de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*<sup>84</sup>, avait conclu que l'article 97 de la loi ne devait pas être appliqué pour déterminer la durée du service continu du plaignant dans le cadre d'une telle plainte.

Le juge LeBel souligne l'existence de deux thèses tout à fait rationnelles qui ont été appliquées au cours des années par différents arbitres sur cette question précise. En conséquence, comme il l'explique, le sort des litiges soulevant cette question dépendait principalement de l'identité du décideur dans chaque cause spécifique<sup>85</sup>. Compte tenu de la gravité du conflit jurisprudentiel, le juge LeBel a conclu qu'il devait intervenir sans devoir accorder de déférence à l'arbitre. Il écrit :

En tenant compte cependant de la gravité du conflit d'interprétation qui est survenu, il s'agit d'un cas où tôt ou tard, les tribunaux supérieurs doivent intervenir. Il appert clairement de l'analyse de la jurisprudence que contient le mémoire de l'appelante, que deux orientations s'affrontent. Des études récentes confirment d'ailleurs, à propos du problème que nous examinons ici, l'existence de deux interprétations inconciliables.

[...]

Le présent appel pose clairement ce problème d'interprétation, au sujet duquel s'affrontent des opinions "diamétralement opposées". (G. Audet et R. Bonhomme, loc. cit. p. 116) L'on ne saurait nier son importance pour la pratique juridique de ce secteur des relations de travail. A ce moment, il apparaît que nous nous trouvons devant une de ces situations exceptionnelles où, par dérogation à la règle générale d'abstention judiciaire, il faut que les tribunaux supérieurs interviennent pour dégager une interprétation de la loi et éviter que les intéressés ne soient soumis à deux règles de droit différentes, sinon aux simples aléas de la désignation des arbitres, [...]

Cette situation impose un choix entre les interprétations proposées par les parties.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> JE 87-135 (CA) [*Moalli*].

<sup>84</sup> RLRQ c N-1.1.

<sup>85</sup> *Moalli*, supra note 83 à la p 15.

<sup>86</sup> *Ibid* aux pp 18–20.

Nous croyons que les balises imposées par le juge LeBel dans cette affaire répondent adéquatement aux craintes énoncées par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Domtar*, bien que celle-ci ait précisément discuté de l'affaire *Moalli* et de l'approche proposée par le juge LeBel sans la retenir.

En s'assurant de limiter l'intervention judiciaire aux seuls cas de conflits graves et inconciliables, les cours supérieures pourront respecter l'intention du législateur. En effet, il nous apparaît plutôt incongru que l'on puisse assumer qu'il est de l'intention du législateur de permettre la survie permanente de telles controverses jurisprudentielles et de laisser ainsi les justiciables en situation d'incertitude constante. L'intervention des cours de révision dans de telles circonstances nous apparaît être une solution pragmatique à un problème récurrent en droit administratif.

#### 4. Conclusion

Dans le cadre des révisions judiciaires, beaucoup trop d'énergie a été dépensée à tenter d'identifier différents niveaux de déraisonnabilité. Pendant plusieurs années, la méthode d'analyse appliquée en révision judiciaire s'attardait à distinguer la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et la norme de la décision manifestement déraisonnable. Une approche a même été proposée pour l'adoption d'une gamme de plusieurs normes de raisonnabilité, allant du moins raisonnable au plus raisonnable.

L'idée d'une possible gradation de la raisonnabilité semble fondée sur la croyance que, telle une formule mathématique, il suffirait d'identifier le bon degré de déférence pour automatiquement être capable de juger de la raisonnabilité d'une décision.

Or, la déraisonnabilité, comme le concept d'obscénité, répond peut-être à l'adage « I know it when I see it »<sup>87</sup>. La déraisonnabilité est sûrement impossible à réellement définir. Il faut essentiellement se fier aux juges des cours de révision pour l'identifier lorsqu'elle se présente.

L'approche adoptée dans l'arrêt *Dunsmuir* tente de limiter les débats préalables portant sur l'identification d'un degré de déférence, pour se concentrer sur le véritable débat au fond, soit de déterminer si la décision en cause est raisonnable ou non.

La question de la pluralité des normes de déférence réglée, l'arrêt *Dunsmuir* a également simplifié l'analyse en adoptant une méthode fondée

---

<sup>87</sup> Cette célèbre phrase, du juge Potter Stewart de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Jacobellis v Ohio*, (1964) 378 US 184 à la p 197, exprimait la difficulté de définir le concept d'obscénité.

sur les catégories de questions. Au lieu de faire une analyse à la pièce visant à déterminer la norme appropriée selon l'intention présumée du législateur, cette analyse se fait maintenant par catégories de questions.

La méthode appliquée durant la période pré-*Dunsmuir* que l'on appelait « pragmatique et fonctionnelle », n'avait rien de pragmatique ni de fonctionnelle. La nouvelle méthode nous apparaît plus simple, plus efficace et plus pratique. Il faudra voir, à la lumière des nombreuses décisions qui seront rendues en matière de révision judiciaire, si les tribunaux réussiront à conserver intactes ces caractéristiques de la nouvelle méthode d'analyse relative à la norme de contrôle.

## ADDENDUM

L'auteur désire souligner qu'après que le présent texte ait été soumis pour publication, la Cour suprême a rendu l'arrêt *Wilson c Énergie Atomique du Canada Ltée*<sup>88</sup>. Étant donné que nous avons commenté la décision rendue par la Cour fédérale d'appel dans cette affaire, il nous apparaissait important de faire les quelques commentaires suivants.

Dans cet arrêt, la juge Abella tente d'ouvrir un débat sur la possibilité de procéder à une autre réforme de l'analyse relative à la norme de contrôle. Elle propose l'adoption d'une norme de contrôle unique. Selon la juge Abella, l'application de cette norme unique commanderait généralement la déférence, en reconnaissant l'existence de plusieurs issues possibles à la plupart des questions tranchées par les décideurs administratifs. Toutefois, cette norme permettrait également la reconnaissance d'une seule issue justifiable pour, par exemple, les questions appartenant présentement aux catégories sujettes à la norme de la décision correcte<sup>89</sup>. Or, la juge Abella reconnaît ainsi l'existence de deux normes de contrôle implicites à l'intérieur d'une norme unique. Outre la question de sémantique, cette approche ne semble pas réellement différente de celle adoptée dans l'arrêt *Dunsmuir*. D'ailleurs, bien que soulevant les efforts louables de la juge Abella, tous les autres juges de la Cour ne voient pas la nécessité de procéder à une nouvelle réforme de l'analyse relative à la norme de contrôle.

Par ailleurs, les trois juges dissidents sont d'avis, tout comme l'était la Cour d'appel fédérale, que la norme de la décision correcte aurait dû être appliquée compte tenu des divergences persistantes sévissant chez les arbitres quant à la question en litige. Selon les juges dissidents, il suffirait même qu'une seule décision contraire existe au sein de la jurisprudence d'un tribunal administratif sur l'interprétation d'une loi pour permettre l'application de la norme de la décision correcte<sup>90</sup>. Une telle approche nous apparaît beaucoup trop large, puisqu'elle revient essentiellement à permettre l'application de la norme de la décision correcte pour toute question d'interprétation législative. Les autres juges de la Cour suprême n'ont pas directement abordé la question d'une possible application de la norme de la décision correcte face à une controverse jurisprudentielle. La juge Abella a toutefois tenu à préciser qu'il n'y avait pas, dans la présente affaire, de réelle controverse au sein des arbitres sur l'interprétation législative en cause. Ainsi, il est toujours possible que la Cour suprême accepte, devant

---

<sup>88</sup> 2016 CSC 29, [2016] 1 RCS 770.

<sup>89</sup> *Ibid* aux para 31–33.

<sup>90</sup> *Ibid* au para 89.

une réelle controverse qui perdure au sein d'un tribunal administratif, de recourir à la norme de la décision correcte.