

Le devoir d'équité procédurale et le contrôle judiciaire ou quasi judiciaire de la procédure administrative

Patrice Garant

Volume 23, Number 3, 1982

La protection de l'administré

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042509ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042509ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Garant, P. (1982). Le devoir d'équité procédurale et le contrôle judiciaire ou quasi judiciaire de la procédure administrative. *Les Cahiers de droit*, 23(3), 587–624. <https://doi.org/10.7202/042509ar>

Article abstract

The doctrine of « procedural fairness » is widening its scope of application to all kinds of administrative decisions. « Procedure » must, as a notion, therefore be clearly defined. The definitions given by the authors or by case-law make it difficult to distinguish between « procedure » and « merits ».

The jurisprudence of the *Commission de la Fonction publique du Québec*, an appeal Tribunal under the *Quebec Civil Service Act*, is quite relevant since section 77 of the Act gives to the Commission jurisdiction to hear appeals when « the verification procedure of eligibility of candidates or the selection procedure was irregular or illegal ».

The Commission, as a specialised expert appeal Tribunal, has adopted a very liberal approach of the concept of procedure. From that experience one may question the desirability of having the ordinary Courts of Justice control of the fairness of administrative procedure. If so, which of an Administrative Tribunal or a Superior Court is the appropriate forum to deal with procedural deficiencies within the administrative process? Up to now, Administrative Tribunals have done well in that field.

Le devoir d'équité procédurale et le contrôle judiciaire ou quasi judiciaire de la procédure administrative

Patrice GARANT*

The doctrine of « procedural fairness » is widening its scope of application to all kinds of administrative decisions. « Procedure » must, as a notion, therefore be clearly defined. The definitions given by the authors or by case-law make it difficult to distinguish between « procedure » and « merits ».

The jurisprudence of the Commission de la Fonction publique du Québec, an appeal Tribunal under the Quebec Civil Service Act, is quite relevant since section 77 of the Act gives to the Commission jurisdiction to hear appeals when « the verification procedure of eligibility of candidates or the selection procedure was irregular or illegal ».

The Commission, as a specialised expert appeal Tribunal, has adopted a very liberal approach of the concept of procedure. From that experience one may question the desirability of having the ordinary Courts of Justice control of the fairness of administrative procedure. If so, which of an Administrative Tribunal or a Superior Court is the appropriate forum to deal with procedural deficiencies within the administrative process? Up to now, Administrative Tribunals have done well in that field.

| | <i>Pages</i> |
|--|--------------|
| Introduction | 588 |
| 1. De la justice naturelle traditionnelle à la nouvelle justice naturelle | 589 |
| 1.1. L'origine et la finalité essentielle de ces principes | 589 |
| 1.1.1. La justice naturelle traditionnelle | 589 |
| 1.1.2. La nouvelle justice naturelle | 589 |
| 1.2. Le contenu et la portée de ces principes | 591 |
| 1.2.1. La justice naturelle traditionnelle | 591 |
| 1.2.1.1. La règle <i>audi alteram partem</i> | 592 |
| 1.2.1.2. La règle <i>nemo judex</i> | 593 |
| 1.2.2. La nouvelle justice naturelle | 594 |

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

| | |
|--|-----|
| 2. Le contrôleur des iniquités procédurales | 596 |
| 2.1. La notion de « procédure administrative » | 598 |
| 2.1.1. Suivant la doctrine | 598 |
| 2.1.2. Suivant la jurisprudence des cours de justice | 601 |
| 2.2. L'attitude de la Commission de la Fonction publique dans l'exercice de sa juridiction d'appel sur la procédure | 603 |
| 2.2.1. Les définitions données par la Commission | 604 |
| 2.2.2. L'application de la définition au fil des litiges soumis à la Commission comme tribunal d'appel | 605 |
| 2.3. La portée de la juridiction d'appel de la Commission sur la procédure... | 615 |
| 2.4. Quel est le forum approprié? | 622 |

Introduction

La grande innovation des dernières années en droit administratif a été la reconnaissance par la Cour suprême du Canada, parmi les principes généraux de cette branche du droit, de la règle de « l'équité procédurale » ou « *duty to act fairly* ». La doctrine a qualifié cet événement de « crise du droit administratif »¹.

Il n'est pas facile de mesurer l'impact de l'introduction de cette nouvelle règle dans notre droit. D'une part, une abondante jurisprudence avait de plus en plus articulé les exigences découlant des principes de la justice naturelle applicables à l'exercice de fonctions judiciaires et quasi judiciaires, mais pour celles qui découleraient de cette nouvelle justice naturelle qu'on appelle l'équité procédurale, nous sommes encore dans l'incertitude. D'autre part, pour déterminer l'applicabilité des modalités d'application de la justice naturelle traditionnelle, le juge se référait à des critères assez facilement identifiables, telles l'atteinte aux droits et la présence d'indices procéduraux dans la loi, mais pour fixer le contenu des exigences de l'équité procédurale, l'on ne sait plus très bien sur quoi s'appuiera le juge. La notion de procédure administrative reste une notion assez vague qui n'a pas fait l'objet jusqu'ici de préoccupations et de développements importants. Enfin, l'on peut à bon droit se demander si la Cour supérieure est l'autorité la mieux placée pour exercer le contrôle des iniquités procédurales par rapport à d'autres contrôleurs tels les tribunaux administratifs d'appel ou l'Ombudsman.

1. M. LOUGHLIN, « Procedural Fairness: A Study of the Crisis in Administration Law Theory », (1978) 28 *U. of T.L.J.* 215. G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, Éditions Yvon Blais, 2^e éd., Montréal, 1982, p. 245 et ss.

1. De la justice naturelle traditionnelle à la nouvelle justice naturelle

1.1. L'origine et la finalité essentielle de ces principes

1.1.1. La justice naturelle traditionnelle

Ces principes issus de la common law forment un ensemble de règles ou « *rules* », qu'on a qualifié de « *rules of natural justice* » en leur formulation moderne qui prend corps en Angleterre au XVII^e siècle et prend une certaine ampleur à partir du milieu du XIX^e siècle.

Les termes « justice fondamentale », « justice naturelle » ou même « *British Justice* » ont toujours été considérés comme synonymes. Ils signifient un rattachement à des valeurs fondamentales de ce système juridique qu'est la common law.

Ces règles ont presque toujours été considérées comme des règles de procédure applicables aux juridictions inférieures et, par voie d'extension, aux autorités administratives ayant à statuer sur les droits des administrés. Toutefois, la notion de procédure a été conçue de façon assez large pour inclure des règles concernant la situation même de l'autorité titulaire du pouvoir décisionnel, son statut, son comportement et même ses attitudes.

Les principes de la justice naturelle traditionnelle ont toujours eu pour finalité essentielle de protéger l'individu contre les autorités publiques exerçant des pouvoirs judiciaires ou quasi judiciaires. Ils visent les cours de justice de juridiction civile ou criminelle ; ils visent aussi les autorités administratives ayant un pouvoir décisionnel à être exercé au terme d'un processus quasi judiciaire.

Le législateur a maintes fois consacré législativement ces principes notamment dans des textes aussi importants que la *Déclaration canadienne des droits* de 1959, la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec de 1975 et récemment à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982.

1.1.2. La nouvelle justice naturelle

L'évolution récente de la jurisprudence anglaise et la réforme du contentieux administratif fédéral ont fait croire à certains que les vieux concepts devaient être abandonnés pour voir s'implanter des notions plus larges, moins techniques. Après un temps de résistance, la jurisprudence en est venu à étendre aux autorités administratives ayant à statuer sur les droits ou intérêts d'un administré au terme d'un processus administratif, une règle issue des principes de la justice naturelle, le « *duty to act fairly* » ou devoir

d'équité procédurale: la doctrine a appelé ce développement « nouvelle justice naturelle »².

La jurisprudence récente de la Cour suprême, notamment dans les arrêts *Nicholson*³ et *Martineau*⁴ nous semble marquer clairement la distinction entre la justice naturelle traditionnelle et la nouvelle justice naturelle. Cette distinction est à certains égards indiquée par le législateur à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Les conséquences de cette distinction au plan du contenu des règles sont toutefois beaucoup moins claires, comme nous allons le voir.

La Cour suprême, sous la plume de plusieurs de ses juges, a rappelé que la protection procédurale offerte par l'équité procédurale est « moins exigeante » que celle offerte par l'obligation d'agir de façon quasi judiciaire⁵. Par contre dans l'arrêt *Martineau n° 2* le juge Dickson refuse de voir une distinction de nature ou trancher entre les deux concepts :

En général, les cours ne devraient pas tenter de distinguer ces concepts l'un de l'autre, car tracer une distinction entre une obligation d'agir équitablement et celle d'agir selon les règles de justice naturelle conduit à un cadre conceptuel de maniement difficile (...). À mon avis, il est erroné de considérer la justice naturelle et l'équité comme des normes distinctes et séparées et à chercher à définir le contenu procédural de chacune.⁶

La meilleure façon d'en arriver à déterminer les exigences de l'équité procédurale dans un cas ou une catégorie de cas précis est remarquablement énoncée par le juge LeDain de la Cour fédérale d'appel dans l'arrêt *Inuit Tapirisat* :

L'équité procédurale, tout comme la justice naturelle, est une exigence de la common law et s'applique en matière d'interprétation des lois écrites. En l'absence de dispositions procédurales expresses, elle est considérée comme implicitement prévue par la loi. Il est nécessaire d'examiner le contexte législatif de l'autorité (« of the power ») prise dans son ensemble. Le véritable point en litige est la question de savoir quelle procédure il convient d'imposer à une autorité déterminée compte tenu de la nature de cette dernière et du genre

-
2. Voir surtout : D. MULLAN, « Fairness: The New Natural Justice », (1975) 25 *U. of T.L.J.* 281-316; G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 1979, p. 204 et ss.
 3. *Nicholson c. Haldimand Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311.
 4. *Martineau c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui* (n° 1), [1978] 1 R.C.S. 118; et *idem* (n° 2), [1980] 1 R.C.S. 602.
 5. *Nicholson c. Haldimand Norfolk*, [1979] 1 R.C.S. 311, 324 (J. Laskin); *Martineau c. Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, 630.
 6. [1980] 1 R.C.S. 602, 623, 630 (J. Dickson).

de pouvoir qu'elle exerce et quelles conséquences en résulteront pour ceux qui ont à subir ce pouvoir. Il ne faut pas oublier de maintenir l'équilibre entre les exigences d'équité et les besoins du processus administratif en cause.⁷

Le juge Dickson va jusqu'à dire, dans l'arrêt *Martineau n° 2* que

Le contenu des principes de justice naturelle et d'équité applicables aux cas individuels variera selon les circonstances de chaque cas.⁸

Cette approche très subjective de l'encadrement procédural idéal des pouvoirs de l'Administration prête flanc à la critique. Comme le soulignait Lord Hailsham les juges ont fait progresser la protection de l'administré,

But at the same time, they have taken an increasingly sophisticated view of what it requires in individual cases.⁹

1.2. Le contenu et la portée de ces principes

1.2.1. La justice naturelle traditionnelle

Pour distinguer entre fonction ou processus quasi judiciaire et fonction ou processus administratif, la jurisprudence dominante de la Cour suprême retient principalement deux critères: l'atteinte à un droit individuel et la présence d'indices procéduraux¹⁰. Cette qualification doit être appréciée dans le contexte législatif où évolue l'organisme, et tenir compte des conséquences qu'a la décision sur l'administré visé¹¹.

Signalons que la Cour suprême a refusé d'abandonner l'exigence de la qualification préalable ou même de ne retenir que la qualification fondée sur le seul critère de l'atteinte aux droits, contrairement à la *House of Lords* dans le célèbre arrêt *Ridge v. Baldwin*¹². Dans ses arrêts *Guay v. Lafleur*¹³, *R. v. Randolph*¹⁴, contemporains de *Ridge v. Baldwin*, et dans les arrêts plus récents, tels *Howarth c. Commission des libérations conditionnelles*¹⁵ et *Mitchell c. La Reine*¹⁶ la Cour suprême ne modifiera pas son attitude.

7. [1979] 1 C.F. 710, 717; cité avec approbation in *McCarthy c. P. G. Canada*, [1981] 1 C.F. 309, 315.

8. [1980] 1 R.C.S. 602, 630.

9. *Pearlberg v. Varty*, [1972] 1 W.L.R. 534, 540.

10. Voir P. GARANT, *Droit administratif*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 1981, p. 675 et ss.; et surtout les arrêts *Howarth c. Commission des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453; *Saulnier c. Commission de police*, [1976] 1 R.C.S. 572; *Martineau c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118 et [1980] 1 R.C.S. 602.

11. Voir notamment l'arrêt *Coopers and Lybrand c. M. R.N.*, (1979) 1 R.C.S. 495.

12. [1964] A.C. 40.

13. [1964] R.C.S. 12.

14. [1966] R.C.S. 260.

15. [1976] 1 R.C.S. 453.

16. [1976] 2 R.C.S. 576.

La justice naturelle traditionnelle s'articule autour de deux règles de base : la règle *audi alteram partem* suivant laquelle l'administré a droit de se faire entendre pour faire valoir sa défense ou son point de vue ; et la règle *nemo iudex in sua casa*, suivant laquelle l'administré a droit d'être traité avec impartialité et sans préjugé.

1.2.1.1. La règle *audi alteram partem*

Cette règle comporte des modalités d'application qui se décomposent en sous-règles, dont les unes ont un caractère absolu, et les autres un caractère relatif en ce sens qu'elles s'imposeront selon les circonstances¹⁷.

Est considérée comme s'imposant absolument à tout tribunal quasi judiciaire l'obligation pour ce dernier d'aviser l'administré non seulement qu'une décision sera prise, mais des griefs qu'on peut avoir contre lui. L'administré a le droit d'être avisé adéquatement afin de pouvoir faire les représentations écrites ou orales en temps et lieu opportuns.

Est également considérée comme s'imposant absolument à tout tribunal l'obligation d'offrir à l'administré la possibilité de faire valoir ses moyens, ses représentations, par voie écrite ou orale.

Outre ces deux premières exigences, la règle *audi alteram partem* peut comporter d'autres obligations qui s'imposeront suivant les circonstances, le contexte et l'impact sur la situation de l'administré. Ce dernier pourra exiger suivant le cas :

- le droit à une audition formelle,
- le droit à la communication du dossier ou des éléments de preuve détenus par le tribunal,
- le droit au contre-interrogatoire de la partie adverse et de ses témoins,
- le droit à un ajournement s'il est pris au dépourvu,
- le droit à la représentation par avocat ou à l'assistance d'un avocat,
- le droit au huis clos,
- le droit à la réouverture de l'enquête...

Chacune de ces exigences comporte un degré variable de judiciarisation du processus décisionnel. La jurisprudence a précisé les conditions d'application de ces techniques inspirées du processus proprement judiciaire ayant cours en justice civile ou criminelle. La tendance de la jurisprudence dominante est certes de ne pas « imposer un code de procédure à un

17. Voir P. GARANT, *supra*, note 9, p. 750 et ss. ; G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *supra*, note 1, p. 232.

organisme que la loi a voulu rendre maître de la procédure »¹⁸, mais néanmoins les cours supérieures n'hésitent pas, lorsqu'elles le croient nécessaire, à assurer une protection efficace de l'administré.

1.2.1.2. La règle *nemo judex*

Cette règle a un sens précis en common law. Elle exige que les titulaires de pouvoirs judiciaires ou quasi judiciaires soient libres de tout préjugé, et ne soient pas placés dans des situations qui donneraient lieu de croire qu'ils sont préjugés. Cette exigence s'est construite jurisprudentiellement autour du concept de « crainte raisonnable de préjugé » (*reasonable apprehension of bias*).

La jurisprudence a fait découler de cette règle *nemo judex* certaines règles d'éthique quasi judiciaire, destinées à indiquer aux titulaires de fonctions de cette nature les situations qu'ils doivent éviter pour que l'homme raisonnable n'ait pas raison de craindre qu'ils sont préjugés. Ces règles définissent les situations donnant lieu à crainte raisonnable de préjugé ; ce sont principalement :

- les situations où un décideur est en conflit d'intérêt, à caractère financier, à caractère moral ou psychologique ou à caractère professionnel ;
- les décisions où un décideur siège en appel de sa propre décision ;
- les situations où le décideur se trouve à agir successivement comme accusateur et juge ;
- les situations où le décideur, par son comportement antérieur, donne lieu de craindre qu'il soit préjugé (déclaration ou prise de position antérieure) ;
- les situations où le décideur par son attitude ou son comportement lors de l'audition donne lieu de craindre qu'il est préjugé, par hostilité ou complaisance à l'égard de l'une ou l'autre des parties.

La jurisprudence a précisé trois conditions d'application de la règle *nemo judex*. Premièrement, il faut que le grief reproché ne repose pas sur de simples soupçons ou scrupules plus ou moins fantaisistes. Deuxièmement, il ne faut pas que le législateur ait expressément permis ou autorisé la situation qui prête flanc à critique. Troisièmement, il ne faut pas que le tribunal ou décideur soit le seul à pouvoir entendre l'affaire et à statuer ; il s'agit de la doctrine de la nécessité.

18. J. PIGEON, in *Komo Construction c. Commission des Relations ouvrières*, [1968] R.C.S. 172, 175.

1.2.2. La nouvelle justice naturelle

Cette « nouvelle justice naturelle » est une expression imagée pour signifier l'implantation d'une nouvelle règle appliquée à l'exercice de fonctions simplement administratives : le devoir d'équité procédural ou *duty to act fairly*. Ce devoir d'équité procédurale est une adaptation aux fonctions administratives des modalités d'application de la règle *audi alteram partem* notamment, comme l'a soutenu la Cour suprême dans quelques arrêts¹⁹.

Dans l'un de ces arrêts le juge en chef Laskin, au nom de la majorité, précise bien ceci :

J'accepte donc aux fins des présentes et comme un principe de *common law* ce que le juge Megarry a déclaré dans *Bates v. Lord Hailsham*, à la p. 1378 : (traduction) dans le domaine de ce qu'on appelle le quasi judiciaire, on applique les règles de justice naturelle et, dans le domaine administratif ou exécutif, l'obligation générale d'agir équitablement.

L'apparition d'une notion d'équité, moins exigeante que la protection procédurale de la justice naturelle traditionnelle, est commentée dans de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, précité, à la p. 208 : (...).²⁰

La Cour fédérale et d'autres cours des provinces ont également adopté cette règle d'équité procédurale. Jusqu'ici diverses modalités d'application de la règle ont surtout été mises en lumière. Il a été décidé qu'une autorité administrative exerçant des pouvoirs disciplinaires ou pouvant prendre des sanctions doit faire connaître à l'administré ce qu'elle lui reproche et lui offrir la possibilité de se défendre ou de faire des représentations pertinentes²¹. Il a été décidé que l'administré susceptible de faire l'objet d'une sanction disciplinaire ou autre, telle la révocation d'une libération conditionnelle pouvait, suivant les circonstances, avoir droit à la représentation par avocat ou à l'assistance d'un avocat²². Il fut décidé que l'administration municipale qui adopte un règlement par lequel elle déclare non enregistré le plan de subdivision des lots d'un propriétaire sans fournir à ce dernier un

19. *Nicholson c. Haldimand Norfolk*, [1979] R.C.S. 311; *Martineau c. Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *P. G. Canada et Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

20. *Nicholson c. Haldimand Norfolk*, [1979] R.C.S. 311, 324; approuvé in *P. G. Canada et Inuit Tapirisat*, [1980] 2 R.C.S. 735, 757.

21. *Nicholson c. Haldimand Norfolk*, [1979] R.C.S. 311; *Martineau c. Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *L'Heureux c. P. G. Québec*, J. E. 81-439 (Cour d'appel du Québec); *Re: Gillingham and Metropolitan Toronto Board of Commissioners of Police*, (1979) 26 O.R. 2d 77 (C.D.).

22. *L'Heureux c. P. G. Québec*, J. E. 81-439; *Dubeau c. Commission des libérations conditionnelles* [1981] 2 C.F. 37; *Rusted et Ridley*, C.F., T-5968-80, 5 février 1981; *Minott and the Presiding Officer of the Inmate Disciplinary Court*, C.F., T-1787; *Davidson and Disciplinary Board of the Prison...*, C.F., T-1419-81, 6 juillet 1981.

avis préalable et sans lui offrir la possibilité de faire valoir son point de vue, n'agit pas de façon équitable ou *fair*²³. Il en va de même de toute décision administrative individuelle qui affecte les droits d'un administré, telle la décision par laquelle un fonctionnaire est retiré d'une liste d'éligibilité à un poste dans la fonction publique²⁴, la décision pour laquelle un locataire est expulsé d'un logement public²⁵, la décision par laquelle un comité de nomination d'un hôpital déclare vacant le poste de directeur d'un département²⁶. Lorsqu'une autorité administrative a le pouvoir de fixer les prix d'une denrée elle doit, lorsque la loi prévoit une audition, offrir préalablement l'information qui rend significative la participation à cette audition²⁷. La décision par laquelle une autorité pénitentiaire refuse à un détenu la permission de se marier²⁸ ou refuse un transfert de prison²⁹ doit être équitable mais cela ne signifie pas que l'autorité soit tenue de révéler les rapports d'enquête. Une enquête saisie d'une plainte de discrimination dans l'emploi doit fournir l'information nécessaire et l'opportunité de faire des représentations³⁰.

Ces illustrations montrent que les exigences procédurales découlant de la nouvelle justice naturelle applicables aux fonctions simplement administratives sont assez floues. Lorsque le législateur ou l'autorité réglementaire n'a pas prévu d'encadrement procédural, nous nous demandons comment le juge pourra s'en sortir pour y substituer cette procédure équitable; nous nous demandons également si une autre instance de contrôle ne serait pas mieux placée que lui pour ce faire.

-
23. *Homex Realty and Development Co. c. Corp. of the Village of Wyoming*, (1980) 33 N.R. 475; il en est ainsi de la décision d'un Conseil municipal qui procède à la mise en vente d'une propriété pour taxes: *Transwest Developments v. City of Nanaimo*, [1980] 3 W.W.R. 385 (C.S. C.-B.). Par contre la Cour d'appel de la Saskatchewan décidait que la Mewasin Valley Authority n'était pas tenu de donner une audition à celui qui soumet projet de développement puisque la loi ne le requiert pas: *Soloniuk v. Mewasin Valley Authority*, [1980] 6 W.W.R. 376, renversant [1980] 4 W.W.R. 362.
24. *McCarthy c. P. G. Canada*, [1981] 1 C.F. 309.
25. *Re: Webb and Ont. Housing Corp.*, (1979) 93 D.L.R. (3d) 187.
26. *Re: Peterson and Atkinson*, (1979) 23 O.R. (2d) 266 (C.D.); en l'espèce le requérant occupait déjà le poste de directeur de telle sorte que la décision du Comité équivalait à une destitution.
27. *Citizen's Health Action Committee v. Milk Control Board of Manitoba*, [1979] 4 W.W.R. 431 (B.R. Man.); toutefois sur le refus d'un ministre de fournir l'information réclamée, voir: *Island Protection Society v. The Queen (B.C.)*, [1979] 4 W.W.R.1.
28. *Bruce and Meadley v. Reynett*, [1979] 4 W.W.R. 408 (C.F.).
29. *Magrath v. R.*, [1978] 2 C.F. 232.
30. *Re: Downing and Graydon*, (1979) 92 D.L.R. (3d) 355.

2. Le contrôleur des iniquités procédurales

La doctrine de « l'équité procédurale » a été inventée par les cours de justice dans l'exercice de leur mission inhérente de surveillance et de contrôle de l'Administration. Or l'on peut se demander si le juge judiciaire ne s'est pas aventuré sur un terrain tellement mouvant qu'il risque ou bien de s'enliser dans un interventionnisme inopportun, ou bien de laisser l'Administration et les administrés dans l'incertitude.

Lorsque le législateur ou l'autorité réglementaire n'a pas édicté de dispositions procédurales et que l'administré prétend être victime d'une iniquité au plan de la procédure, ce dernier pourra prétendre que la procédure suivie *de facto*, ou en vertu de directives administratives, est non conforme aux principes de la justice naturelle.

La question la plus difficile au regard du type de procédure idéale pour tel ou tel genre de situations consiste à savoir si la jurisprudence abandonnera la distinction entre la justice naturelle traditionnelle et la nouvelle justice naturelle ou si l'on suivra les idées énoncées par le juge Dickson dans *Coopers and Lybrand*³¹ et dans *Martineau n° 2*³². Ce débat a déjà fait couler beaucoup d'encre³³. Il nous semble bien que c'est vers cette dernière voie que s'orientera la jurisprudence si l'on en juge par les récents arrêts portant sur certains aspects de la justice naturelle, notamment la représentation par avocat. La recherche de l'équité procédurale (*fair procedure*) se fera sans chercher à qualifier la fonction de l'organisme, mais se fera néanmoins et inévitablement par référence à deux modèles de *decision making process* ou processus décisionnel. Cela ressort clairement de l'énoncé du juge Laskin dans *Nicholson*³⁴.

Le processus quasi judiciaire a déjà un contenu bien connu ; le processus administratif selon « l'équité procédurale » aura un contenu procédural différent, non pas nécessairement de nature, mais de degré ou niveau. Il arrivera que certains traits du modèle quasi judiciaire serviront d'inspiration, mais cela dépendra toujours d'un ensemble de facteurs et de considérations variables.

Le danger d'une telle approche est l'incertitude et l'ambiguïté, facteurs d'insécurité juridique pour l'Administration et pour les administrés.

Lorsqu'une loi confie à un tribunal administratif le pouvoir de prendre une décision susceptible de constituer une atteinte aux droits, le devoir d'agir

31. [1979] 1 R.C.S. 495.

32. [1980] 1 R.C.S. 602.

33. Voir notamment : *Proceedings of the Administrative Law Conference*, publié par U.B.C. Law Review, 1981, p. 219-258.

34. [1979] 1 R.C.S. 311, 324.

judiciairement ou quasi judiciairement s'appliquera intégralement. L'administré aura droit d'être avisé, il aura droit, sauf exception, à une audition contradictoire avec représentation par avocat, suivant des règles de preuves relativement bien établies ; l'administré, par son représentant ou autrement, aura droit d'interroger et de contre-interroger ; il aura droit de prendre connaissance du dossier entre les mains du tribunal ; il aura surtout le droit de faire valoir ses moyens ou représentations et, enfin, dans la majorité des cas, il aura droit à une décision motivée. Le tout devra être fait devant une autorité impartiale, c'est-à-dire dans un contexte tel qu'il n'y a pas lieu à crainte de préjugé.

Dans l'autre système envisagé, la loi confie à un ministre, un fonctionnaire ou un organisme qui n'est pas qualifié de « tribunal » au sens ordinaire du terme le pouvoir de prendre la décision. Que signifie alors le devoir d'équité procédurale ? La difficulté de prédire quel doit être le niveau exact des exigences procédurales dans un cas donné vient de la réalité mouvante du processus décisionnel au sein de l'Administration, comme l'a souligné le juge Dickson dans *Coopers and Lybrand*³⁵. Cette réalité mouvante et extrêmement diversifiée résulte d'une adaptation constante du processus décisionnel à la réalisation des objectifs que poursuit l'Administration dans la mise en application des lois et programmes gouvernementaux. L'Administration en déterminant une procédure particulière fait un dosage d'ingrédients procédurales en obéissant à deux impératifs qu'elle essaie de réconcilier au mieux, consciemment ou inconsciemment : l'efficacité et la transparence.

L'un des dangers qui guette le juge judiciaire qui risque de s'aventurer trop sur le terrain du contrôle des iniquités procédurales est, comme certains auteurs³⁶ l'ont dénoncé, de passer au contrôle du mérite même des décisions administratives, c'est-à-dire au contrôle de l'opportunité même de l'action administrative. Ainsi, ne sera-t-on pas étonné de lire sous la plume de la Cour fédérale, à propos du devoir d'équité procédurale applicable aux jury de sélection dans la fonction publique :

... la seule obligation imposée par l'équité à un jury de sélection ou d'appréciation est d'évaluer honnêtement les mérites de chaque candidat à occuper un certain poste.³⁷

Cette question du contrôle des iniquités procédurales susceptibles d'être commises par les jury de sélection dans la fonction publique peut donc fournir un champ d'observation particulièrement intéressant pour deux raisons. D'une part, au Québec le législateur a jugé bon de s'en remettre à un

35. [1979] 1 R.C.S. 495, 505 »... one finds realistically a continuum...»

36. R.A. McDONALD, « Judicial review and procedural fairness in Administrative Law », (1980) 25 *McGill L.J.* 520 et (1980) 26 *McGill L.J.* 1.

37. *McCarthy c. P. G. Canada*, [1980] 1 C.F. 22, 36.

tribunal administratif d'appel, la Commission de la fonction publique, pour le contrôle de la procédure de la sélection et de la vérification des aptitudes des candidats à une promotion dans la fonction publique, suivant l'article 77 de la Loi.

77. À l'occasion d'un concours de promotion, le candidat qui estime que la procédure de vérification de l'admissibilité des candidats ou que la procédure de sélection ont été entachées d'une irrégularité ou d'une illégalité a droit d'en appeler à la Commission dans les quinze jours de l'expédition d'un avis l'informant qu'il n'est pas admissible au concours ou l'informant du résultat du concours. (L.R.Q., c. F 3.1)

Nous verrons qu'un tribunal administratif est beaucoup mieux placé que ne peut l'être une Cour supérieure pour exercer cette fonction de contrôle.

D'autre part, toutefois, nous verrons quels problèmes soulèvent cette forme de contrôle, à cause de la difficulté qu'éprouve le contrôleur à distinguer ce qu'est la procédure et ce qu'est le fond, c'est-à-dire le bien-fondé des décisions.

2.1. La notion de « procédure administrative »

Le terme « procédure » ainsi que l'expression « procédure administrative » correspondent à des notions que les juristes sentent mais sont peu capables de définir avec précision. Voyons brièvement ce qu'en disent la doctrine et une certaine jurisprudence en droit administratif.

2.1.1. Suivant la doctrine

Ce sont les spécialistes de la procédure civile qui ont les premiers donné une définition du terme procédure. Suivant Vincent :

Le terme de procédure sert à désigner deux réalités juridiques distinctes. Dans un sens large, il évoque une série de formalités à accomplir pour atteindre un résultat déterminé (il y a une procédure à suivre pour se faire inscrire au barreau par exemple). Dans un sens plus étroit, il désigne l'ensemble des formalités par lesquelles une difficulté d'ordre juridique peut être soumise à un tribunal. À cet égard, la procédure civile, relative aux procès entre particuliers, s'oppose à la procédure pénale, à la procédure administrative, à la procédure disciplinaire.³⁸

Conchez aborde la notion de la même façon mais en distinguant un aspect plus juridique :

Même pour le non-juriste, le terme de procédure est chargé de signification : il évoque des formalités à accomplir en vue d'un résultat généralement aléatoire.

38. *Procédure civile*, Précis Dalloz, 18^e éd., Paris, Dalloz, 1976, p. 1.

Pour le juriste, le vocable a un sens plus précis : techniquement, la procédure s'entend d'un ensemble d'actes ou de formalités dont l'accomplissement permet à une juridiction de trancher un problème juridique, étant entendu que l'on parle de procédure civile lorsque ledit problème est soumis à une juridiction d'ordre civil.³⁹

La doctrine en droit administratif a dû également se pencher sur cette notion. Chez les auteurs français il y a une distinction très nette entre la procédure contentieuse applicable devant les tribunaux administratifs et la procédure simplement administrative. Cette dernière est définie ainsi par Céline Weiner :

On peut définir d'une manière générale la procédure administrative comme étant l'ensemble des règles qui gouvernent l'édition des actes administratifs. Mais une précision essentielle s'impose : le terme « édition » doit s'entendre en un sens évolutif. Il recouvre non seulement l'acte proprement dit du prononcé d'une décision, mais aussi et surtout la succession des phases préparatoires de cette décision, et son réexamen éventuel par l'autorité administrative ; il englobe en effet tout l'historique de la décision, du stade initial de sa genèse jusqu'à celui où elle devient définitive.⁴⁰

Plusieurs auteurs adoptent sensiblement la même définition, notamment J. Rivero⁴¹ et M. Isaac qui l'ont définie comme

l'ensemble des règles qui régissent l'opération d'édition des actes administratifs.⁴²

l'ensemble des règles relatives à la procédure d'élaboration de l'acte, à sa forme et à sa publicité ainsi qu'à sa remise en cause.⁴³

Chez nous, le seul auteur qui s'est vraiment penché sur la question est le professeur Issalys. Dans une perspective globale et systématique, il définit

la procédure administrative comme la branche du droit administratif qui a pour objet l'ensemble des règles régissant l'édition des actes normatifs de l'administration publique. Cette opération d'édition englobe toutes les étapes du processus par lequel s'élaborent les décisions de l'administration publique, depuis le déclenchement de ce processus (à l'initiative d'un administré ou à celle d'une autorité administrative) jusqu'au moment où la décision de l'autorité administrative acquiert un caractère définitif. Par conséquent, font notamment partie de la procédure administrative les règles régissant :

- l'ouverture du processus administratif,
- la réunion des renseignements nécessaires à la décision,
- la participation de l'administré à l'élaboration de la décision,
- les mécanismes de consultation, de préavis ou de rectification préalable,

39. *Cours Élémentaire Droit-Économie*, Paris, Sirey, 1978, p. 3.

40. *Vers une codification de la procédure administrative*, Paris, P.U.F., p. 15.

41. *Précis de Droit administratif*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1970, p. 92.

42. *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 151.

43. *Id.*, p. 158.

- la motivation, la communication et la publicité de la décision,
- la mise à jour de la décision,
- les voies de recours contre la décision auprès de son auteur ou d'une autorité supérieure,
- la mise en œuvre de la décision par l'autorité administrative,
- les mécanismes de vérification postérieure à la décision,
- les sanctions applicables en cas d'inexécution de la décision et
- les formes et les délais applicables aux différentes étapes de ce processus.⁴⁴

La Commission de réforme du droit du Canada, dans son tout récent Rapport sur *Les organismes administratifs autonomes* commence par définir que

la procédure administrative, elle, relève de cette branche du droit administratif qui a pour objet l'ensemble des règles régissant le processus administratif.⁴⁵

La procédure administrative porte sur la manière dont les autorités exercent leurs fonctions à différentes étapes du processus administratif, depuis son déclenchement jusqu'au moment où des décisions ou autres actes officiels acquièrent un caractère définitif.⁴⁶

Le professeur Issalys considère que les sources de la procédure administrative se situent à trois niveaux :

... dans la législation et les règlements d'application ;

... dans la réglementation interne des autorités administratives sous des formes très diverses (procès-verbaux, énoncés de politique, circulaires, directives, manuels, etc.)

Enfin, un dernier niveau, moins définissable, comprend les usages des autorités administratives, ces pratiques variables dans le temps et quelquefois dans l'espace, qui jouent néanmoins dans le concret un rôle considérable.⁴⁷

La Commission de réforme du droit abonde dans le même sens :

Les règles internes mises au point grâce à des énoncés de politique, des principes directeurs, des circulaires, des manuels administratifs, des directives ou autrement sont évidemment d'une grande importance comme sources de principes de procédure administrative auxquels les autorités se conforment réellement. Malheureusement, à l'heure actuelle, plusieurs de ces règles ne sont pas portées à l'attention du public et forment un « droit secret » dont Kenneth Culp Davis condamne à juste titre l'existence.⁴⁸

44. *La Commission d'appel des Pensions*, Commission de réforme du droit, Ottawa, 1979, p. 4-5.

45. Ottawa, 1980, p. 131.

46. *Idem*.

47. *La Commission d'appel des Pensions*, *supra*, note 44, p. 5-6.

48. *Les organismes administratifs autonomes*, *supra*, note 45, p. 133.

Le Protecteur du citoyen du Québec, ayant à interpréter le terme « procédure » que l'on retrouve à l'art. 13 de sa loi constitutive, s'exprime ainsi :

Le mot procédure en lui-même n'est pas obscur pour un juriste, mais il importait de n'en pas restreindre indûment la portée. Dans l'économie de la Loi du protecteur, il devait référer non seulement à quelques formalités extérieures, mais aussi à tout le processus suivi pour arriver à une décision : le rôle des parties face à celui du dépositaire du pouvoir de décider, les modes d'établissement des faits, le choix des éléments de preuve, et la publicité des conclusions.⁴⁹

L'ensemble de la doctrine a tendance à donner une définition large du concept de procédure.

2.1.2. Suivant la jurisprudence des cours de justice

Nous limiterons nos propos à la jurisprudence de droit administratif. Cette dernière n'a pas donné de définition formelle du terme procédure, mais elle a eu à distinguer entre ce qui est du domaine de la procédure et ce qui est d'ordre substantif. Cette question a été abordée dans un arrêt de 1968 de la Colombie britannique⁵⁰. La Commission des relations de travail de la Colombie britannique avait le pouvoir en vertu de l'art. 63 du *Labour Relations Act* (B.C.) de faire des « *regulations governing its procedure* ». Par l'article 8 du Règlement attaqué en Cour supérieure, le Board avait défini ce qu'était un membre en règle d'un syndicat pour les fins de l'accréditation. La Cour considéra qu'il s'agissait là d'une question de droit substantif et non d'une question de procédure.

As regards the Board, it is clear that its power to make Regulations is confined by s. 63 of the Act to « regulations governing its procedure ». Those words seem clear and their effect is to confine the Board's power to make Regulations to matters of adjective law relating to its procedure and, therefore, to remove the subject-matter of s. 8 from the class of matters which it may regulate.⁵¹

En 1977, la Cour fédérale avait à apprécier la légalité de l'art. 92 du Règlement et règles de procédure de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, qui se lit ainsi :

92. Lorsqu'une partie demande à la Commission de réviser, annuler ou modifier une décision ou une ordonnance qu'elle a rendue, la demande doit être faite, sous réserve du paragraphe 8(2), avant l'expiration de 25 jours à compter du jour où est signifiée à la partie qui formule la demande une copie

49. Premier rapport annuel, 1969, p. 46.

50. *Pulp and Paper Workers of Canada v. A.G.B.C.*, (1968) 67 D.L.R. 378 (C.S. C.-B.).

51. *Id.*, p. 387.

- a) de la décision ou de l'ordonnance, ou
- b) de l'énoncé des motifs de la décision ou de l'ordonnance, la date qui est postérieure à l'autre étant à retenir.

L'art. 19 de la Loi habilitante autorisait le Commissaire à faire des règlements concernant

- g) l'établissement de règles de procédure pour ses conditions...;
- l) telles autres questions et sujets qui peuvent se rattacher ou contribuer aux objets et aux fins de la Commission, à l'exercice de ses pouvoirs et à la réalisation des objets de la présente loi.

La Cour fédérale s'exprime ainsi :

Je n'ai rien trouvé dans la Loi qui puisse donner à la Commission le pouvoir d'édicter une telle règle. Selon moi, les dispositions des articles 19(1)g) et 19(1)l), les seules qui nous ont été mentionnées par l'avocat, ne donnent pas ce pouvoir à la Commission. L'article 19(1)g) autorise simplement la Commission à établir « des règles de procédure pour ses auditions » ; l'article 92, à mon avis, ne tombe pas dans cette catégorie. Quant à l'article 19(1)l), il lui permet d'établir des règlements concernant « telles autres questions et sujets qui peuvent se rattacher ou contribuer aux objets et aux fins de la Commission, à l'exercice de ses pouvoirs et à la réalisation des objets de la présente loi » ; j'estime qu'une disposition aussi large et aussi générale n'est pas suffisante pour permettre à la Commission d'adopter une règle qui entrave ou empêche l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que la loi lui accorde expressément.⁵²

En 1979, la Cour fédérale avait à interpréter la légalité de la Règle 19 de la Commission d'appel de l'immigration :

- 19. Lorsque l'une ou l'autre des parties à un appel demande à la Commission de motiver sa décision, conformément au paragraphe (3) de l'article 7 de la Loi, cette demande doit être faite par écrit et être signée par la personne faisant ladite demande ou par son conseiller et être déposée auprès du registraire dans les trente jours de la date de la décision.⁵³

Ce règlement était apparemment fondé sur l'art. 8(1) de la Loi :

- 8. (1) La Commission peut, sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil, établir des règles non incompatibles avec la présente loi en ce qui concerne son activité et la pratique et la procédure relatives aux appels à la Commission prévus par la présente loi.⁵⁴

La Cour fédérale qualifie ainsi l'art. 19 du règlement :

La Règle 19 précitée a été établie en vertu de cette autorisation. Il faut admettre que, généralement parlant, il s'agit là d'une règle concernant l'« activité [de la Commission] et la pratique et la procédure relatives aux appels ». J'estime

52. *P. G. Canada c. C.R.T.F.P.*, [1977] 2 C.F. 663, 670.

53. D.O.R.S. 67/559.

54. S.R.C. 1970, c. 1-3.

cependant qu'elle est incompatible avec l'article 7(3) de la Loi dans la mesure où elle fixe un délai pour le dépôt d'une demande de communication des motifs et qu'à ce titre, elle est *ultra vires*. Elle limite un droit qui a été accordé sans restriction par l'article 7(3). Elle implique qu'une demande de communication des motifs ne peut être faite qu'à l'issue de l'appel. Dans cet ordre d'idées, elle est manifestement incompatible avec l'article 7(3) qui n'impose pas une telle restriction.⁵⁵

Ces trois arrêts sont les seuls que nous connaissons en droit administratif sur la distinction entre la procédure et le droit substantif. Ainsi la détermination des conditions de l'exercice d'un droit, des conditions de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, ne sont pas des questions de procédure ; c'est ce qui est dit dans les deux premiers arrêts. Le troisième arrêt est moins clair ; la Cour semble qualifier de procédurale la fixation d'un délai même si ce délai conditionne l'exercice d'un droit.

2.2. L'attitude de la Commission de la fonction publique dans l'exercice de sa juridiction d'appel sur la procédure

La Commission de la fonction publique du Québec est avant tout un tribunal d'appel aux attributions diverses dont l'une des plus importante et controversée lui vient de l'article 77 de la Loi.

77. À l'occasion d'un concours de promotion ou d'un examen de changement de grade, le candidat qui estime que la procédure de vérification de l'admissibilité des candidats ou la procédure de sélection ont été entachées d'une irrégularité ou d'une illégalité a droit d'en appeler à la Commission dans les trente jours de l'expédition d'un avis l'informant qu'il n'est pas admissible au concours ou à l'examen de changement de grade, ou l'informant des résultats de ceux-ci.⁵⁶

C'est la première fois, à notre connaissance que le législateur fonde sur la notion de procédure une juridiction d'appel en droit administratif, ce qui allait devoir amener le Tribunal à cerner la portée de cette notion. La Commission, qui a reçu, sous l'article 77, 176 appels en 1979-80, 452 en 80-81 et 353 en 81-82⁵⁷, a dû au cours de sa première année de fonctionnement préciser ce qu'il fallait entendre par contrôle en appel de la légalité et de la régularité de la procédure. Il en est résulté une définition très extensive que la

55. *Alvarez c. Min. Main-d'Œuvre et Immigration*, [1979] 1 C.F. 150, 151. L'art. 7(3) se lit ainsi : « La Commission peut, et doit à la demande de l'une ou de l'autre des parties à l'appel, motiver sa décision quant à l'appel. »

56. L.R.Q., c. F-3.1.

57. Commission de la fonction publique, Rapport annuel 79-80, p. 17 ; 80-81, p. 9 ; 81-82, p. 9.

Commission a crue adaptée à la nature des opérations en cause, soit la vérification de l'admissibilité des candidats et la sélection. Qu'il suffise de noter qu'à l'Assemblée nationale cette question n'a pas été effleurée⁵⁸.

2.2.1. Les définitions données par la Commission

Les trois membres de la Commission affectés à l'audition des appels logés sous l'article 77 ont eu à se prononcer sur le sens du terme « procédure » contenu à cet article. Ainsi le commissaire Perrin, dans une des premières décisions, donna la définition suivante :

Le sens usuel du mot « procédure » désigne en effet « l'ensemble des règles, des formalités, qui doivent être observées, *des actes qui doivent être accomplis pour parvenir à une solution juridictionnelle* ». Je n'ai aucune hésitation à accueillir ce sens dans le cas d'une décision administrative comme est celle qui découle de la sélection au mérite que commande la Loi sur la fonction publique, quitte à remplacer les mots « solution juridictionnelle » par les mots « décision administrative ».⁵⁹

Pour que l'art. 77 soit intelligible il faut donc que le terme procédure signifie l'ensemble des actes qui doivent être accomplis pour parvenir à une décision administrative, en l'occurrence la déclaration d'admissibilité au concours et à la liste d'éligibilité. Cet ensemble d'actes doit être conforme à la loi, aux règlements et à des règles provenant d'autres sources.

Le commissaire Hutchison s'exprime pour sa part ainsi :

Nous croyons que notre rôle se limite plutôt à examiner le processus qui a conduit à la décision de refuser l'admission au concours et de nous assurer que ce processus a été conduit de façon uniforme et non arbitraire, dans le respect de la loi, des règlements et de la règle de la sélection au mérite.⁶⁰

Le commissaire Langlois s'exprime ainsi :

Dans l'article 77 le Législateur utilise non pas les mots procédé ou processus mais bien le mot procédure. Alors que les deux premiers mots se rapportent soit à la marche, au développement d'un acte, soit à la conduite, la manière ou la méthode de faire, le mot procédure s'entend non seulement de la forme mais également du fond des actes eux-mêmes. Se rappelant ce qu'écrivait le juge Pigeon à l'effet que ce n'est pas le rôle du législateur de reproduire le dictionnaire et qu'on ne recourt à une définition que lorsque nécessaire, la Commission, s'en tenant à la définition usuelle du dictionnaire du mot

58. Débats, Assemblée nationale, 8 juin 1978, p. 2124; Débats, Commission permanente de la fonction publique, 16 juin 1978, p. B-5492.

59. Commission de la fonction publique du Québec, Appels : recueil des décisions, vol. 1, n° 2, p. 128 (Appel Royal Messier).

60. *Id.*, Turcotte-Leclerc, 1980, vol. 1, n° 2, p. 120.

procédure, considère que l'article 77 de la Loi lui donne la juridiction d'examiner à la fois la façon de faire et les actes faits, i.e. la procédure, afin de constater s'il y a eu irrégularité ou illégalité et d'y remédier.⁶¹

Aucune de ces définitions n'est entièrement satisfaisante. Nous sommes étonnés qu'aucun des commissaires ne se soit donné la peine, alors que les objections à leur juridiction ont été assez nombreuses sur cette question, d'approfondir cette notion et de tenter d'en donner une définition plus élaborée.

La Commission a préféré, par empirisme ou prudence, éviter de s'enfermer dans une définition pour tenter de donner au regard du contexte dans lequel s'exerce sa juridiction une interprétation libérale, incontestablement favorable aux administrés-appelants.

Qu'il nous suffise de dire que le terme procédure est un terme juridique en plus d'être un terme populaire, de telle sorte qu'un tribunal ne peut s'en tenir à la définition du dictionnaire. De plus, dire de la procédure qu'elle s'entend également du fond des actes eux-mêmes, est dangereux et devrait être plus amplement nuancé. Enfin, dire que la procédure est le processus... n'avance guère.

2.2.2. L'application de la définition au fil des litiges soumis à la Commission comme tribunal d'appel

Les décisions rendues par la Commission au cours de sa première année ont été révélatrices de l'attitude de cette dernière. Nous nous contenterons d'en évoquer brièvement quelques-unes.

2.2.2.1. L'affaire *Ducasse*

Dans l'affaire *Ducasse*⁶², le premier grief retenu par la Commission concerne le fait pour le Comité de sélection de s'être abstenu d'examiner les connaissances du candidat en regard de sa spécialité, contrairement aux prescriptions du Guide d'évaluation. Le deuxième grief retenu concerne l'insistance démesurée du Comité à faire porter l'entrevue sur un travail de recherche ayant revêtu un caractère exceptionnel dans le déroulement de l'expérience de travail du candidat. Cette question nous paraît également être une question rattachée à la procédure, même si le Comité a une assez large discrétion dans l'importance à donner à tel travail par rapport à l'ensemble de l'expérience de travail du candidat. Ne serait pas une question

61. *Id.*, Collin, vol. 1, n° 2, p. 102.

62. *Id.*, vol. I, n° 2, p. 106.

de procédure l'appréciation même par le Comité de l'expérience de travail, qu'il s'agisse d'un travail en particulier ou de plusieurs travaux du candidat.

Le troisième grief est à notre avis également d'ordre procédural. Le Comité de sélection devait évaluer l'aptitude du candidat à guider ou coordonner les activités d'une ou plusieurs équipes de travail. Le Comité l'a fait, mais en posant une seule question de portée secondaire. La Commission conclut que cette façon de faire est « complètement déraisonnable » ; il s'agit là d'une déficience qui « marque la procédure de sélection » ; il s'agit « d'irrégularités qui ont fait échec à l'application à l'appelant de la règle de sélection au mérite »⁶³.

2.2.2.2. L'affaire *Turcotte-Leclerc*

Dans l'affaire *Turcotte-Leclerc*⁶⁴, il est plus difficile de voir quels griefs d'ordre procédural sont soulevés par l'appelante. Il appert que l'un des griefs portait sur le fait que le Comité ait refusé de reconnaître « deux années de scolarité additionnelles au-delà de la 10^e année qui auraient pu valoir quatre années d'expérience... » suivant le Règlement du corps d'emploi des agents de maîtrise, qui stipule ceci :

À défaut d'avoir le nombre d'années d'expérience requis, toute année d'études réussies, jugées pertinentes aux fonctions caractéristiques de cette classe d'emploi et complémentaire à la 10^e année, équivaut à deux (2) années d'expérience.⁶⁵

Le Comité a effectivement fait son travail, et jugé les deux années non pertinentes aux fonctions caractéristiques. La Commission, après examen des matières apparaissant au certificat d'études, en arrive à conclure ceci :

De même, l'examen des attributions de la classe d'auxiliaire en informatique, le personnel sous direction de l'agent de maîtrise, et des conditions d'admission à cette classe nous amènent à la même évidence.

En effet, il y a une marge entre des études spécialisées et des études pertinentes.

En conclusion, l'examen des matières apparaissant au certificat déposé, la nature des attributions et des conditions d'admission nous amènent à conclure à la pertinence manifeste des études complémentaires de l'appelante.⁶⁶

À notre avis, cette question de la pertinence des études au regard des fonctions caractéristiques de l'emploi est une question de fond. Le Comité de sélection a motivé sa décision par le fait que ces études n'étaient pas

63. *Id.*, p. 118-119.

64. *Id.*, vol. I, n^o 2, p. 120.

65. *Id.*, p. 122.

66. *Id.*, p. 124.

spécialisées et ne préparaient pas directement à l'exercice des fonctions caractéristiques de l'emploi. La Commission n'a pas juridiction pour réviser en appel le mérite d'une telle décision parce que celle-ci ne concerne pas la procédure.

Dans la même affaire, l'appelante allègue que dans des concours antérieurs on lui avait accordé un plus grand nombre d'années d'expérience pertinente. La Commission conclut que :

CONSIDÉRANT QUE l'évaluation de l'expérience n'ayant été faite que d'une façon approximative quant au nombre de mois et de façon différente dans les deux concours examinés, il persiste un doute quant au véritable nombre d'années d'expérience pertinente.⁶⁷

Manifestement, ce n'est pas un grief portant sur la procédure suivie lors du concours qui est l'occasion du présent appel.

2.2.2.3. L'affaire *Royal Messier* (décision finale)

L'affaire *Royal Messier*⁶⁸ soulève incontestablement une question de légalité de la procédure de vérification de l'admissibilité au concours. Ce qui est reproché au Comité de sélection c'est d'avoir considéré l'admission en regard d'exigences relatives à l'expérience qui n'apparaissent pas aux conditions édictées par le Règlement de classification, et de s'être abstenu de la considérer en regard d'une condition d'admission expressément prévue par ce même Règlement.

2.2.2.4. L'affaire *Papillon*

Dans l'affaire *Papillon*⁶⁹, l'appelant reproche au Comité d'avoir porté son évaluation surtout sur ses connaissances générales en administration publique, plutôt qu'en fonction des tâches très particulières qu'il avait à exercer. Cela concerne, à notre avis, la procédure de sélection c'est-à-dire la façon d'évaluer les candidats au regard des exigences de l'emploi, telles que décrites dans le Règlement du corps d'emploi des attachés d'administration.

Deuxièmement, l'appelant soumet que les membres du Comité n'étaient pas qualifiés pour évaluer sa compétence et ses aptitudes. Ce grief, qui ne semble pas avoir beaucoup attiré l'attention de la Commission, se fonde sur l'art. 53 du Règlement concernant la tenue des concours, qui détermine les qualités requises pour être membres des comités. Or la composition des

67. *Id.*, p. 124.

68. *Id.*, vol. I, n° 2, p. 130, 133.

69. *Id.*, vol. I, n° 2, p. 148.

comités pour les fins du processus de sélection et de son terme qui est la liste de déclarations d'aptitudes est une question qui a plutôt trait à la procédure.

Il faut toutefois signaler dans cette décision une mention qui nous paraît hors d'ordre :

Le même témoin a donné son appréciation des réponses fournies par l'appelant en apportant certains exemples de questions et de réponses.

Avant d'entamer l'étude de cette appréciation, je tiens à souligner que celle-ci m'a paru tout à fait objective...⁷⁰

Cette mention nous paraît déplacée car nous ne voyons pas en quoi l'appréciation des réponses concerne la procédure. Cette appréciation est intimement liée au jugement au mérite sur la valeur des candidats, qui déterminera le rang des candidats dans la liste.

2.2.2.5. L'affaire *Viau*

L'affaire *Viau*⁷¹ est intéressante car deux griefs sont soulevés qui, à notre avis, sont de deux ordres différents. L'appelante reproche au Comité d'avoir accordé une importance exagérée à un examen de dactylographie, dans un concours de promotion à un poste de secrétaire principale. Le choix des critères est à notre avis une question de procédure. L'appelante reproche, par ailleurs, au Comité d'avoir qualifié « d'échec total » le test subi qui contenait plusieurs fautes de frappe. Ce grief comme tel ne concerne pas la procédure ; c'est de l'appréciation au mérite.

Dans cette décision, le procureur de l'Office avait formulé l'objection suivante :

La Commission peut vérifier la régularité ou la légalité du déroulement du processus d'un concours mais qu'elle n'a pas compétence pour s'enquérir de la pertinence d'un processus afin de vérifier si celui-ci est de nature à constater la valeur des candidats sur la base de critères de compétence et d'aptitudes.⁷²

Le Commissaire rejette cette objection en ces termes :

Pour sa part, la Commission croit que l'article 77 doit être lu avec l'article 67 de la même Loi.

Il en découle nécessairement qu'un processus qui ne permettrait pas d'évaluer un candidat sur la base de critères de compétence et d'aptitudes ou qui ne permettrait pas d'aboutir à une liste classant les candidats par ordre de mérite serait un processus entaché d'une illégalité au sens de l'article 77.⁷³

70. *Id.*, p. 149.

71. *Id.*, vol. I, n° 2, p. 159.

72. *Id.*, p. 160.

73. *Id.*, p. 160.

Cet échange entre le procureur de l'Office et la Commission est instructif. D'une part le premier va trop loin : la Commission a incontestablement juridiction pour s'enquérir du choix des critères, de la pertinence d'un procédé de vérification ou d'examen au regard de la loi, des règlements ou d'autres règles, cela même si le Comité de sélection a un certain pouvoir discrétionnaire à ce niveau ; une autorité administrative peut avoir un pouvoir discrétionnaire plus ou moins large au plan de la procédure. D'autre part, dans la réponse de la Commission le terme « permettre » doit signifier : rendre possible, donner l'assurance que... ; mais il ne s'agit pas d'une assurance tous risques ; il se peut que l'on n'aboutisse pas à un ordre de mérite qui soit parfait, aux goûts des candidats non reçus, des supérieurs hiérarchiques et même de la Commission. Mais si la procédure est intacte, le fond de la décision ou l'appréciation du résultat du concours est finale et sans appel. C'est la procédure de vérification et de sélection qui doit être conforme au principe de l'art. 67, du moins en ce qui concerne la juridiction de la Commission.

2.2.2.6. L'affaire *Bartlett*

Dans l'affaire *Bartlett*⁷⁴, l'appelante soulève deux ordres de griefs ; premièrement elle soutient que les questions posées différaient de celles auxquelles les autres candidates ont eu à répondre ; deuxièmement elle est en désaccord avec l'appréciation du Comité de sélection sur sept points. A priori seul le premier grief concerne la procédure et d'ailleurs la décision de la Commission ne porte que sur cet aspect. Cette dernière a décelé dans la preuve trois erreurs commises par le Comité qui se situent au plan de la procédure de sélection ; *primo*, le Comité a orienté sa vérification des connaissances et de l'expérience de l'appelante en se basant sur une disposition périmée du cadre normatif ; *secundo*, par suite d'une erreur d'interprétation du Règlement du statut particulier des traducteurs, le Comité a porté son évaluation sur un aspect de l'expérience antérieure non requis par le Règlement (avoir fait ses preuves comme chef d'équipes) ; *tertio*, on reproche au Comité d'avoir porté sa vérification sur une spécialité qui n'était pas celle qu'avait indiquée le candidat et qui ressortait de son dossier.

2.2.2.7. L'affaire *Thérèse Bergeron*

Dans cette affaire⁷⁵ le Comité a jugé non pertinentes certaines années d'expérience. La Commission dit ceci :

La Commission qui a le devoir d'assurer l'application du règlement cité plus haut, se doit de constater qu'il ne s'agit pas d'un genre d'expérience visé par ledit règlement.⁷⁶

74. *Id.*, vol. 1, n° 3, p. 207.

75. *Id.*, vol. 1, n° 3, p. 213.

76. *Id.*, vol. 1, n° 3, p. 214.

La question de savoir si la pertinence de l'expérience en est une de procédure ou de fond ne devrait pas faire de difficulté d'autant plus que le Règlement s'en remet expressément au Comité pour apprécier cette pertinence.

2.2.2.8. L'affaire Caplette

Dans cette affaire⁷⁷ une fonctionnaire, agent de la gestion du personnel, a vérifié l'admissibilité des candidatures afin que le Comité puisse procéder à la sélection. Elle ne remit au Comité ni les dossiers ni la liste des candidats qu'elle avait estimé non admissibles. La Commission conclut que la procédure n'a pas été conduite de façon régulière parce que le Comité :

n'a d'aucune façon participé à l'accomplissement d'une vérification d'admissibilité impliquant une évaluation de même qu'une évaluation pour fins de compensation.⁷⁸

Le mandat du Comité qui agit au nom de l'Office est décrit à l'art. 52 du Règlement.

2.2.2.9. L'affaire Violette Dumont et Gérald Langlois

Cette affaire⁷⁹ se situe incontestablement dans le cadre de la juridiction de la Commission sous l'art. 77; les griefs soulevés sont de ceux qu'on retrouve les plus souvent : le Comité a omis d'exprimer les résultats par une valeur numérique ; la composition du Comité était inadéquate ; le Comité n'a pas exploré de façon adéquate les autres champs d'activités dans lequel l'appelante a œuvré... ; le Comité a accordé une importance déraisonnable à l'examen oral au détriment du dossier... Un seul grief toutefois nous paraît douteux.

Lors de l'examen oral, le Comité a mal interprété l'appelante en concluant qu'elle ne désirait pas œuvrer dans le domaine de...⁸⁰

Il ne s'agit pas là d'une question de procédure mais d'appréciation des réponses faites par le candidat.

La décision de la Commission est très bien motivée et fort instructive. Certains passages illustrent bien l'attitude que doit prendre un tribunal ayant une juridiction d'appel sur la procédure administrative :

Le Comité m'apparaît en effet avoir détenu un ensemble d'informations suffisant pour se former une opinion sur chacun des quatre critères d'appré-

77. *Id.*, p. 215.

78. *Id.*, p. 220.

79. *Id.*, p. 230.

80. *Id.*, p. 237.

ciation de l'expérience de l'appelante, et pour former cette opinion en regard du critère cité par l'Office et provenant de la décision rendue dans l'affaire Maurice Papillon, critère dont je partage le bien-fondé.⁸¹

(...)

Je suis d'avis que les diverses méthodes utilisées par le Comité de sélection pour appliquer aux appelants des critères à la fois diversifiés et pertinents lui ont permis de formuler des conclusions dont je n'ai aucune raison de croire qu'elles leur auraient été favorables plutôt que défavorables si le Comité avait appliqué intégralement les prescriptions des articles 36, 38 et 42 du règlement de l'Office.⁸²

2.2.2.10. L'affaire *Noreau*

Dans cette affaire⁸³ le seul grief soulevé a trait à une accusation de partialité ou d'attitude dénotant un préjugé défavorable de la part d'un membre du Comité de sélection. Il s'agit là incontestablement d'une question de procédure. La règle de l'impartialité, bien connue en droit administratif, est expressément consacrée à l'art. 67 de la Loi : « Tout concours doit être de nature à constater impartialement la valeur des candidats ». L'art. 55 du Règlement impose aussi l'exigence « d'honnêteté, d'impartialité » aux membres du Comité. Il va de soi que la violation de cette exigence fausse le processus qui ne peut dès lors aboutir à son résultat normal. Un manquement à la règle d'impartialité est alors considéré comme un accroc à la procédure. La Cour fédérale d'appel, dans un arrêt que citera la Commission dans l'affaire *J.M. Thibault*⁸⁴, a reconnu que l'exigence d'impartialité conditionne la validité de la sélection.

2.2.2.11. L'affaire *Robichaud*

Dans l'affaire *Robichaud*⁸⁵, l'appelant soulève incontestablement des griefs d'ordre procédural. Cependant, dans le corps de la décision, on retrouve des observations qui nous surprennent :

Il aurait été opportun de compléter cette déposition en soulignant le genre de déficiences que la ou les réponses fournies par l'appelant auraient manifestées. Il y a ici un manque réel d'explications quant aux raisons pour lesquelles l'appelant a failli en regard du critère en question.⁸⁶

81. Vol. 1, n° 3, p. 245.

82. *Id.*, p. 246.

83. *Id.*, vol. 1, n° 3, p. 254; aussi *Thibault*, vol. I, n° 3, p. 271.

84. *Id.*, p. 278.

85. *Id.*, vol. 2, n° 3, p. 262.

86. *Id.*, p. 269.

Il nous semble que l'appréciation des réponses fournies par les candidats est une question de fond que la Commission n'a pas juridiction de réviser. Cette décision est par ailleurs irréprochable, car la Commission s'en tient finalement à la procédure suivie par le Comité de sélection.

2.2.2.12. L'affaire *Fisette*

L'affaire *Fisette*⁸⁷ nous étonne quelque peu, bien que certains des pseudo-reproches faits au Comité aient trait à la procédure. Il nous apparaît, à la lecture de la décision, que l'appelant fait flèche de tout bois et s'évertue à inventer des irrégularités procédurales alors que la cause de son insatisfaction est d'ordre substantif. La lecture de la décision nous donne l'impression que c'est l'Office qui a le fardeau de la preuve de la régularité de la procédure, quelle que soit la futilité des allégués de l'appelant. Nous souhaiterions pour que soit dissipée cette impression que la Commission prenne la peine d'indiquer clairement les griefs reprochés aux comités et de ne retenir que ceux qui concernent la procédure. Quant au fardeau de la preuve, on peut peut-être admettre qu'il doit être partagé, sinon il y aurait un déséquilibre flagrant entre les parties; néanmoins, l'Office n'a pas à assumer seul ce fardeau.

La Commission reviendra sur cette question dans une décision subséquente :

Vouloir mettre sur les épaules de l'appelant le fardeau d'une preuve prépondérante et complète, alors que les éléments de preuve sont souvent connus exclusivement par l'Office ou ses mandataires, rendrait illusoire dans la plupart des cas une saine application de l'article 77. Ceci est particulièrement évident dans la présente cause.⁸⁸

2.2.2.13. L'affaire *Larouche*

Dans l'affaire *Larouche*⁸⁹ l'appelante semble reprocher au Comité d'avoir conclu qu'elle manquait de leadership. L'Office, dans sa preuve, fait expliquer par un témoin membre du Comité de sélection « les techniques et instruments utilisés »..., « les divers éléments que le Comité devait tenter de retracer pour déterminer si un candidat avait le leadership souhaité »⁹⁰. Toutefois, ce témoin n'a pu indiquer les sujets traités et les principales

87. *Id.*, vol. 2, n° 1, p. 16.

88. Affaire *Harbec*, *id.*, vol. 2, n° 3, p. 107, 112.

89. *Id.*, vol. 2, n° 1, p. 34.

90. *Id.*, p. 35.

questions posées en vue de l'évaluation en fonction des différents critères. La Commission dit ceci :

La Commission est bien d'accord avec cet avancé à la condition que le Comité, pour sa part, ait exploré de façon précise et complète les qualités de l'appelante et son leadership ; ce qui n'a pas été prouvé.⁹¹

Cette affirmation nous étonne car elle signifie que l'Office a le fardeau de la preuve du déroulement régulier de l'examen ou du concours. Strictement, la Commission a le pouvoir d'adopter les règles de preuve qui lui conviennent, c'est-à-dire celles « qu'elle croit mieux servir les fins de la justice »⁹². Renverser le fardeau de la preuve comporte cependant un risque, celui d'être amené par les appelants à des « parties de pêche ».

Un autre grief concerne la violation de l'art. 36 du Règlement concernant les concours ; on reproche au Comité de ne pas avoir utilisé « le pointage prévu au règlement », de ne pas avoir alloué des points aux divers plans. Il s'agit là manifestement d'un grief relatif à la procédure.

2.2.2.14. L'affaire *Parent*

Dans l'affaire *Parent*⁹³, certaines allégations, bien que vagues, concernent la procédure : « le Comité a tenu un examen sans profondeur, évasif, plutôt orienté vers le passé »..., « le jury ne s'est aucunement soucié des normes de sélection prédéterminées, a négligé d'évaluer les critères de base et les critères généraux... ».

Dans cette affaire, la Commission nous semble être allée assez loin ; elle s'est comportée plus ou moins comme une commission d'enquête ; l'extrait suivant de la décision en témoigne :

Cependant, après avoir analysé de près les témoignages, et plus particulièrement celui de monsieur Pierre Breton, la Commission en est venue à la conclusion que les énoncés de celui-ci étaient de portée trop générale et ne permettaient pas de vérifier de façon adéquate les prétentions de l'appelant à l'effet qu'il n'avait pas été examiné de façon sérieuse dans le domaine des relations du travail. Aussi, afin de permettre à l'appelant de justifier ses avancés lorsqu'il mettait en doute la bonne foi du Comité, la Commission a jugé à propos de rouvrir l'enquête et, à cette fin, il a été convenu avec les parties de convoquer les deux autres membres du Comité de sélection, messieurs Maurice Busque et Jean-Renaud Poirier. Ces auditions ont été tenues les 28 janvier et 25 mars 1980.

Monsieur Maurice Busque est directeur du personnel au ministère des Affaires municipales.

91. *Id.*, p. 36.

92. *Règlement concernant les appels*, A.C. 905-75, art. 22.

93. *Id.*, vol. 2, n° 1, p. 37.

Ce témoin a été invité à expliquer comment le Comité de sélection en était venu à la conclusion que les connaissances de l'appelant n'étaient pas à jour dans le domaine des relations du travail.⁹⁴

À notre avis, « la conclusion » à laquelle en arrive le Comité de sélection ne concerne pas la procédure. On s'étonne ainsi des mentions suivantes :

Le témoin a par la suite été invité par la Commission à donner son appréciation des réponses fournies par l'appelant.⁹⁵

Le témoin a par la suite été invité par la Commission à donner son appréciation des réponses fournies par l'appelant et celle-ci se résume comme suit :

Le Comité a éprouvé beaucoup de difficultés à obtenir des réponses précises. L'appelant répondait aux questions par des anecdotes, par des « charges » contre des personnes et en réaffirmant sa compétence. Il avait aussi un problème au niveau de la compréhension de la portée des questions.⁹⁶

Par contre, les griefs relatifs à la compétence et à l'intégrité des membres du Comité concernent effectivement la procédure. Il est toutefois tellement facile de faire des « accusations purement gratuites »⁹⁷.

2.2.2.15. L'affaire Gagnon

Dans cette affaire⁹⁸, les cinq reproches de l'appelante sont les suivants :

Premièrement, les correcteurs n'ont pas su reconnaître des réponses équivalentes aux réponses souhaitées même lorsque ces réponses équivalentes étaient complètes et possédaient tous les éléments de réponse recherchés. Dans cette catégorie, la question n° 2 est citée en exemple.

Deuxièmement, l'appelant a mis en doute la correction de la question n° 6, qui portait principalement sur des calculs arithmétiques.

Troisièmement, l'appelant a mis en doute l'interprétation de certaines réponses dont les questions avaient pour objet d'évaluer les qualités personnelles. Il y avait notamment la question n° 9, dont la réponse a démontré suivant le Comité de sélection un certain manque de tact.

De plus, l'appelant a maintenu que le concours écrit n'avait pas permis d'évaluer suffisamment les habiletés professionnelles et qu'il était par conséquent injuste d'éliminer un candidat à l'étape de l'examen écrit alors que l'examen oral aurait permis, dans le schéma du concours actuel, de faire une évaluation plus complète.

Enfin, l'appelant a prétendu que la cote de passage de 55 points sur 80 était trop élevée dans le contexte de ce concours.

94. Vol. 2, n° 1, p. 42.

95. *Id.*, p. 43.

96. *Id.*, p. 47.

97. *Id.*, p. 58.

98. 1981, vol. 3, n° 4, p. 327.

Il nous apparaît que seuls les griefs 4 et 5 concernent la procédure ; la Commission a jugé qu'aucune irrégularité n'avait été commise.

Toutefois, la Commission aborde les 3 autres griefs de la façon suivante :

De façon générale, à l'exception de la question n° 2, les explications fournies justifiaient les points accordés et, comme il n'appartient pas à la Commission de se substituer aux correcteurs et de réviser l'examen, nous allons limiter nos conclusions à la question n° 2, qui, de l'avis de la Commission, comporte une *erreur dans la correction* qui est susceptible d'affecter le résultat du concours au détriment de l'appelant.⁹⁹

Autant le principe énoncé est-il correct, à savoir que la Commission n'a pas juridiction pour se substituer aux correcteurs et réviser l'examen, autant sommes-nous étonnés que la Commission ne l'ait pas appliqué. Qu'il y ait ou non une erreur dans la réponse à une question, cela n'en fait pas une question de procédure ; c'est là une question de fond.

2.3. La portée de la juridiction d'appel de la Commission sur la procédure

Notre droit distingue principalement trois types d'appel : l'appel au mérite, l'appel sur question de droit et l'appel sur toute autre question expressément définie dans la loi. Le premier type d'appel se retrouve lorsque le législateur crée tout simplement un droit d'appel des décisions prises sans aucune qualification¹⁰⁰ ; le second type se retrouve lorsque la loi dit expressément que l'appel porte sur les questions de droit ou de juridiction¹⁰¹ ; le troisième type est susceptible de comprendre des questions diverses expressément énumérées qui peuvent être soit des questions de droit ou des questions de fait¹⁰². L'article 77 crée donc un appel de cette catégorie.

Puisqu'il est question de « légalité et de régularité de la procédure... », il apparaît à sa face même que l'appel puisse porter sur des questions de droit ou sur des questions mixtes de droit et de fait. Il s'agira d'une question de

99. *Id.*, p. 330.

100. Voir les exemples donnés in Rapport du Groupe de travail sur les tribunaux administratifs, 1971, p. 202. Les exemples sont de plus en plus nombreux : il y a 8 nouveaux cas en 1979.

101. *Id.*, p. 202 et ss.

102. Par exemple, l'art. 26, L.Q. 1979, c. 65 :

26. Toute personne dont la demande d'agrément est refusée ou dont l'agrément est annulé ou suspendu peut interjeter appel de la décision du ministre, devant la Cour provinciale, par requête formée dans les trente jours de la réception de la décision du ministre si :

a) les motifs de fait ou de droit invoqués à l'appui de cette décision sont manifestement erronés ;
b) la procédure suivie est entachée de quelque irrégularité grave.

droit s'il faut interpréter un texte de loi, de règlement ou un principe de droit pour apprécier si la procédure suivie est illégale ou irrégulière. Il s'agira d'une question mixte de fait et de droit s'il faut constater l'existence de certains faits pour apprécier si la procédure suivie est illégale ou irrégulière.

L'article 77 est une disposition créatrice de juridiction. Comme toute disposition de ce genre, il faut, comme le rappelle le commissaire Perrin dans la décision *Royal Messier*, lui appliquer l'art. 41 de la *Loi d'interprétation* :

Un tel statut reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin.¹⁰³

Toutefois, il faut également nous laisser guider par une autre règle d'interprétation bien connue, rappelée par la Cour d'appel dans un arrêt du 29 octobre 1979 en ces termes :

C'est une règle d'interprétation que tous les mots d'une disposition législative sont censés avoir un sens ; le législateur n'est pas censé avoir parlé pour ne rien dire.¹⁰⁴

Le législateur a bien utilisé les termes « procédure de vérification de l'admissibilité » et « procédure de sélection ». Cependant, l'objet de la juridiction d'appel de la Commission est le contrôle de la régularité ou de la légalité de la procédure. A priori, on est porté à croire que le législateur a voulu faire contrôler les vices de forme ou de procédure au regard de la loi, des règlements (légalité) ou d'autres règles. S'il avait parlé du contrôle de la légalité ou de la régularité des décisions, il n'aurait pas utilisé le terme « procédure » et dans ce cas le contrôle aurait porté non seulement sur les conditions de forme, mais aussi sur les conditions de fond de l'exercice du pouvoir décisionnel en cause.

C'est d'ailleurs ce qu'il a fait à l'art. 87 et à l'art. 97, qui méritent d'être cités :

87. Le fonctionnaire permanent qui est rétrogradé ou révoqué peut en appeler de cette décision à la Commission dans les trente jours de l'expédition de l'écrit visé dans l'article 86.

(...)

97. Un sous-ministre ou un fonctionnaire qui est destitué ou suspendu, à qui est imposée une autre sanction disciplinaire ou qui est relevé provisoirement de ses fonctions, peut en appeler à la Commission dans les trente jours de la date d'expédition d'un avis l'informant de la mesure imposée. Toutefois, dans le cas de destitution d'un fonctionnaire, seul un fonctionnaire permanent peut exercer ce recours.

103. L.R.Q. 1977, c. 1-16, citée in Appel : Recueil des décisions, vol. I, n° 2, p. 125.

104. *Office de la Construction du Québec c. Neilson Excavation*, C.A. 29/11/79 (J. Bernier), p. 5.

Dans ces deux cas, le législateur autorise l'appel d'une décision ou d'une mesure et non de la « procédure » suivie pour en arriver à telle décision ou mesure ; c'est la légalité, la régularité et le bien-fondé de la décision qui peut être porté devant le tribunal d'appel.

La jurisprudence des cours supérieures que nous avons analysée ne nous apporte pas d'éléments positifs pour définir ce qui est du domaine de la procédure et ce qui ne l'est pas ; elle nous dit cependant que l'autorité qui a le pouvoir de faire un règlement sur la procédure ne peut y inclure des règles qui sont du droit substantif. Si l'on transpose cela au problème qui nous occupe, on pourrait dire que les règles ou critères que se donne l'Office ou les comités de sélection pour leur permettre de vérifier l'admissibilité des candidats et faire la sélection sont du domaine de la procédure parce qu'elles régissent la manière, la façon suivant laquelle procédera le Comité pour en arriver à un résultat, soit la décision qui, elle, contient la norme substantive.

La doctrine tend à distinguer entre le processus d'élaboration de l'acte administratif et l'acte lui-même ; elle parle de la succession des phases préparatoires de l'acte ; c'est donc beaucoup plus que la forme de l'acte ou des formalités proprement dites. Le professeur Issalys, seul auteur canadien à avoir traité de la question, nous dit que l'opération d'édiction de l'acte englobe toutes les étapes du processus par lequel il s'élabore, depuis le déclenchement de ce processus jusqu'au moment où la décision acquiert un caractère définitif. La Commission de réforme du droit enseigne que la procédure porte sur la manière dont l'autorité exerce ses fonctions à différentes étapes du processus administratif.

L'étude de la jurisprudence de la Commission nous donne l'avantage de voir comment les administrés perçoivent cette notion de procédure ainsi que l'attitude de la Commission elle-même.

Les appelants ont tenté, il fallait s'y attendre, de faire réviser par la Commission le jugement de valeur porté par les comités de sélection sur certains aspects qui ne concernent pas, à notre avis, la procédure : c'est le cas de l'appréciation des réponses fournies par le candidat (affaire *Papillon*)¹⁰⁵ ; c'est le cas du résultat obtenu à un test (affaire *Viau*)¹⁰⁶ ; c'est le cas de l'interprétation donnée par le Comité des réponses ou observations faites par le candidat (affaire *Dumont et Langlois*)¹⁰⁷ ; c'est le cas des déficiences que les réponses des candidats peuvent comporter (affaire *Robichaud*)¹⁰⁸ ; c'est le cas de la conclusion à laquelle en arrive le comité, l'appréciation des réponses

105. *Supra*, note 69.

106. *Supra*, note 71.

107. *Supra*, note 79.

108. *Supra*, note 85.

fournies par le candidat (affaire *Parent*)¹⁰⁹; c'est le cas de la correction de réponses équivalentes, de l'interprétation des réponses (affaire *Gagnon*)¹¹⁰; c'est le cas de l'appréciation du Comité sur tous les points qu'il a à examiner (affaire *Bartlett*)¹¹¹.

La Commission a adopté une définition extensive du terme procédure, comme elle le précisera avec clarté dans quelques décisions ultérieures notamment dans la décision *Renaud*:

Faut-il isoler le mot procédure, lui donner son sens le plus restreint et l'interpréter par opposition à la notion de « conditions de fond » ?

Ou ne faut-il pas plutôt interpréter l'article 77 dans le contexte d'une loi qui a comme principe de base que le personnel de la fonction publique est promu par voie de concours et tout concours doit être de nature à constater impartialement la valeur des candidats (article 67)? : [...]

En d'autres termes, le législateur a-t-il voulu donner un droit d'appel à celui qui croit que le concours n'était pas de nature à constater impartialement sa valeur à cause d'un vice au cours du processus ou, au contraire, suivant la thèse restrictive, a-t-il voulu que, indépendamment de la qualité du concours ou de sa capacité d'évaluer la compétence des candidats, la Commission se limite à vérifier superficiellement la mise en place et l'exécution mécanique du processus de sélection prévu aux règlements ?

La Commission croit que cette thèse restrictive la conduirait à se prononcer sur des questions de détails alors que la vérification de l'observation des droits fondamentaux des appelants exprimés par le législateur à l'article 67 de la Loi leur serait niée.

En effet, la sélection au mérite est beaucoup plus qu'une routine ou un rite qui peut être vérifié superficiellement. La sélection au mérite s'opère par un instrument privilégié, le concours, qui incorpore trois valeurs implicites à la philosophie du mérite : la neutralité politique, l'égalité des chances et l'efficacité qui résulte du choix du candidat le plus compétent.

Pour atteindre les résultats attendus, l'analyse d'un concours doit être en mesure d'établir « sa validité », c'est-à-dire que ce concours doit être apte à mesurer l'habileté qu'il est censé mesurer. De plus, il doit faire preuve de « fiabilité », c'est-à-dire qu'il doit être démontré que ce concours mesure avec constance les choses qu'il est censé mesurer.

Un concours qui ne répondrait pas à ces deux qualités, validité et fiabilité, ne serait en définitive qu'un simulacre de concours qui ne rencontrerait pas une exigence fondamentale de la Loi, puisqu'il ne serait pas « de nature à constater impartialement la valeur des candidats » (article 67).

Et pourtant, la seule façon pour la Commission, qui est un tribunal quasi judiciaire spécialisé, de pouvoir s'assurer qu'il y a eu un concours en bonne et due forme au sens de la Loi et comme l'entendent les auteurs spécialisés en

109. *Supra*, note 93.

110. *Supra*, note 98.

111. *Supra*, note 74.

administration du personnel, c'est d'avoir l'opportunité de prendre connaissance des questions et des réponses et de se faire expliquer le pourquoi et le comment des questions et aussi de s'assurer que les réponses ont été appréciées de façon raisonnable. Renoncer à cette vérification équivaut à se fermer les yeux sur la partie essentielle du processus. Si l'examen des réponses et de la façon dont celles-ci ont été traitées par le Comité de sélection constitue une ingérence dans une « condition de fond », il en est de même de l'examen des questions, et nous aboutissons rapidement à une situation absurde où l'appel, pourtant vital de l'article 77, ne permettrait même pas à la Commission de déterminer s'il y a eu concours au sens de la Loi, car un concours, comme l'entend le législateur, est beaucoup plus qu'un rituel consistant dans la publication d'un avis de concours, la convocation des candidats et une séance de questions et de réponses quelconques.¹¹²

La conception idéologique que s'est fait la Commission du concept de procédure, qui la conduit à vérifier la conformité des diverses étapes du processus avec l'objectif ou la finalité imposée par la Loi, à savoir le respect du principe du mérite¹¹³, a poussé cette dernière à exercer un contrôle dont l'impact est difficile à mesurer.

Quelques remarques peuvent être formulées sur cette prise de position qui fait du contrôle de la régularité de la procédure un contrôle de la validité et de la fiabilité du processus de sélection au mérite. Au cours de la première année de fonctionnement on pourrait reprocher à la Commission de ne pas avoir forcé des appelants à mieux préciser leurs griefs à l'endroit des comités de sélection ; cela se fera subséquemment.

Dans un autre ordre d'idée, on est étonné du fait que la Commission semble avoir fait porter sur les épaules de l'Office le fardeau de la preuve, à toutes fins pratiques. Certes, l'art. 22 du Règlement sur les appels lui donne une grande discrétion en matière de règles de preuve, mais la pratique établie en droit administratif et quasi judiciaire est à l'effet que, sauf en matière disciplinaire, il n'y a pas renversement du fardeau de la preuve, mais plutôt répartition équilibrée entre les parties, avec possibilité pour le tribunal de jouer un rôle plus actif que n'en joue une Cour civile¹¹⁴.

Dans quelques affaires, la Commission nous paraît avoir débordé le terrain de la procédure, c'est-à-dire le contrôle de la légalité ou de la régularité de la procédure de vérification... de sélection... ; dans d'autres décisions, nous avons relevé des observations ou *obiter dicta* qui nous ont paru tendancieuses. On peut comprendre qu'un tribunal n'aime pas, de

112. Vol. 2, n° 6, p. 363, 367-8.

113. Voir encore les décisions *CORMIER*, 1982, vol. 3, n° 7, p. 703, 711-714 ; *DROLET*, 1981, vol. 3, n° 1, p. 19.

114. Voir à ce sujet, la décision *GAGNON*, 1981, vol. 3, n° 4, p. 327.

façon générale, rejeter un recours pour défaut de juridiction ; un tribunal, cela est normal, tend à présenter l'image d'un forum accessible et accueillant ; il préférera, lorsqu'on ne s'objecte pas *in limine litis* à sa juridiction, entendre l'affaire et rejeter l'appel au motif que l'appelant n'a pas prouvé d'irrégularité procédurale plutôt que de dire que le reproche soulevé ne concerne pas la procédure.

Dans l'affaire *Papillon* par exemple, la Commission semble avoir entamé l'étude de l'appréciation des réponses fournies¹¹⁵. Dans l'affaire *Robichaud*, la Commission semble s'être appliquée à rechercher le genre de déficiences que la ou les réponses fournies par le candidat ont manifesté¹¹⁶. Dans l'affaire *Parent*, la Commission a demandé à l'un des membres du Comité de donner son appréciation des réponses fournies par l'appelant¹¹⁷. Dans l'affaire *Gagnon* enfin, la Commission affirme qu'il « ne lui appartient pas de se substituer aux correcteurs et de réviser l'examen »¹¹⁸ ; mais elle le fait et affirme que le Comité a commis une erreur flagrante. Or, le contenu des réponses des candidats et l'appréciation de ce contenu, si erronée soit-elle, ne concerne pas la procédure ; ce n'est pas parce qu'on prétend que le Comité s'est trompé que cela devient une question de procédure.

D'ailleurs, cette affaire *Gagnon* peut nous faire voir un peu la sagesse du législateur d'avoir limité le contrôle de la Commission à la procédure, car la réponse que la Commission substitue à celle qu'exigeait le Comité peut elle-même prêter à controverse ; en l'espèce, la question telle que formulée par le Comité, à savoir si l'avancement d'échelon constitue un droit acquis, appelait à notre avis une réponse négative : le droit créé par le règlement ou la convention collective n'est pas absolu, ce n'est pas un droit objectif, c'est un droit subjectif, conditionnel à la réalisation de certaines conditions, dont la notation par le supérieur hiérarchique constatant un rendement satisfaisant. Le problème devient beaucoup plus épineux lorsqu'est en cause par exemple l'appréciation, la complexité, l'envergure et la qualité des réalisations antérieures du candidat, ou la démonstration par le candidat de ses qualités de leadership, etc.

On pourrait se demander quelle portée a voulu donner le législateur au terme « procédure » lorsqu'il l'utilise dans un contexte où il vise non pas la procédure quasi judiciaire, ce qui est fréquent, mais où il ne peut viser que la procédure simplement administrative. Nous n'avons pas fait de recherche

115. *Supra*, note 69.

116. *Supra*, note 85.

117. *Supra*, note 93.

118. *Supra*, note 98, à la p. 330.

119. L.Q. 1979, c. 48.

exhaustive mais un exemple nous a frappé dans la législation récente, soit l'art. 7 de la *Loi instituant la Régie du logement* :

7. Le gouvernement peut, par règlement, établir une procédure de sélection des régisseurs autres que le président, les vices-présidents et les juges et, notamment :
 - 1) déterminer la manière dont une personne peut se porter candidate à une charge de régisseur ;
 - 2) autoriser le ministre désigné à former un comité de sélection pour évaluer l'aptitude des candidats à une charge de régisseur ou pour lui fournir un avis sur eux ;
 - 3) fixer la composition et le mode de nomination des membres du comité ;
 - 4) fixer les indemnités et les allocations que les membres du comité peuvent recevoir ;
 - 5) déterminer les critères d'admissibilité et de sélection dont le comité tient compte ;
 - 6) déterminer les renseignements que le comité peut requérir d'un candidat et les consultations qu'il peut faire.¹⁹

Il nous paraît manifeste que les illustrations qui suivent le « notamment » sont indicatives du genre de contenu qu'aura ce règlement, soit la façon pour une personne de se porter candidat, la composition du Comité de sélection, les critères à être appliqués par le Comité, les autres moyens que pourra prendre le Comité pour en arriver à la sélection.

Nous en arrivons à tenter de préciser ce qu'il faut entendre par procédure administrative et à donner une définition qui soit applicable aux opérations administratives envisagées à l'art. 77 de la Loi, soit la vérification de l'admissibilité des candidats au concours ainsi que la sélection des candidats admissibles en vue du rangement dans l'ordre du mérite sur la liste de déclaration d'aptitudes.

La procédure administrative est l'ensemble des règles régissant la succession des étapes préparatoires à l'édiction d'un acte administratif, sa publicité et les contrôles administratifs subséquents.

Le contrôle de la procédure par voie d'appel est donc le contrôle de l'application de ces règles. De façon plus spécifique, c'est le contrôle des moyens, techniques, procédés et critères retenus par l'autorité compétente pour en arriver à l'édiction d'un acte ainsi que la manière dont cette dernière est constituée et se comporte tout au long du processus. Comme il s'agit d'un contrôle de la légalité et de la régularité qu'envisage l'art. 77, c'est au regard de normes prévues dans la loi, les règlements ou d'autres règles ou pratiques reconnues que s'effectuera ce contrôle.

La correction des tests, examens ou réponses des candidats est évidemment une étape du processus de sélection qui doit être procéduralement correcte. Mais comme il s'agit d'une opération où les résultats de l'application des moyens de sélection constituent le terme du processus de sélection

et déterminent le rangement par ordre de mérite comme le prescrit l'article 48 du Règlement, on peut considérer que la révision des résultats équivaldrait tout simplement à la révision du rangement. Or, il n'appartient pas à la Commission, dans sa juridiction d'appel sur la procédure, de statuer sur la valeur des candidats déterminée en fonction des résultats.

On pourrait se demander en terminant si un candidat, devant le rejet de sa candidature ou une liste de déclaration d'aptitudes qui lui est défavorable, peut se pourvoir en appel en invoquant que le Comité de sélection a violé un principe général du droit tel le principe de non-discrimination ou un principe reconnu dans la *Charte des droits et libertés de la personne*¹²⁰. Cela est évidemment possible pourvu que ce soit la procédure, à une étape ou l'autre du processus, qui soit viciée par la violation de ces principes ; ce peut être également le comportement des membres du Comité de sélection qui soit contraire à ces principes. L'appelant doit donc identifier en quoi la procédure est défectueuse plutôt que de se plaindre qu'il est globalement victime de discrimination ou d'arbitraire.

2.4. Quel est le forum approprié ?

Le contrôle judiciaire de la procédure administrative en application du devoir d'équité procédurale ne sera pas sans soulever des difficultés sans nombre. Nous avons vu comment la Cour fédérale s'en est tiré. Rappelons qu'en 1976, dans *Blagdon c. Commission de la fonction publique*, elle avait précisé ainsi le devoir d'équité procédurale d'un jury de sélection :

Un jury d'appréciation est l'intermédiaire par lequel la Commission de la fonction publique s'acquitte de sa fonction de sélection des candidats selon le système du mérite. Son rôle se limite à l'évaluation des différents candidats et donc à une tâche purement administrative. Bien sûr, l'appréciation du mérite doit se faire avec justice et honnêteté ; cependant, elle n'est pas assujettie aux règles imposées aux organismes judiciaires ou quasi judiciaires, comme par exemple la règle *audi alteram partem*. En résumé, en vertu de la seule règle générale qui régit l'activité d'un jury de sélection la sélection doit être fondée sur le mérite.¹²¹

Dans son arrêt *McCarthy* de 1980 la Cour fédérale d'appel adopte de nouveau ce point de vue¹²². Dans cette affaire, il s'agissait d'un fonctionnaire

120. Ainsi le principe de l'égalité des chances a été appliqué dans la décision *CORMIER*, 1982, vol. 3, n° 7, p. 703, 711.

121. [1976] 1 C.F. 615, 622-23. Cet extrait a été cité par la Commission québécoise dans plusieurs décisions dont *Audesse*, 1982, vol. 4, n° 3, p. 363.

122. *McCarthy c. P. G. Canada*, [1980] 1 C.F. 22.

qui après avoir été déclaré admissible a été radié de la liste d'admissibilité ; la Cour s'exprime ainsi :

... la seule obligation imposée par l'équité à un jury de sélection ou d'appréciation est d'évaluer honnêtement les mérites de chaque candidat à occuper un certain poste. Si l'on exige seulement de lui une première évaluation, j'estime difficile d'imposer une obligation plus stricte à la Commission de la fonction publique lorsqu'elle permet de radier, motif à l'appui, un candidat d'une liste. Il faut admettre indubitablement qu'une telle mesure fait autant partie du processus de sélection basé sur le mérite que ne le faisait la mesure initiale de classement des candidats.¹²³

Cet énoncé est évidemment fort nébuleux sinon tautologique et confirme le danger d'interventionnisme outré de la Cour fédérale dans ce domaine.

Il nous paraît évident qu'un tribunal d'appel spécialisé ayant une expertise et une connaissance approfondie des rouages de l'Administration est beaucoup mieux placé qu'une cour supérieure pour superviser la procédure administrative. Et même là encore, il y a le danger toujours présent pour le contrôleur de passer du contrôle de la procédure au contrôle du mérite des décisions. L'administré qui reçoit une décision défavorable pourra toujours prétendre qu'il a été traité de façon inéquitable parce qu'il est insatisfait du mérite même de la décision. Qu'un tribunal administratif, bien qu'autorisé à ne contrôler que la régularité de la procédure, s'aventure sur le terrain du contrôle du mérite des décisions, c'est un moindre mal.

Un tel tribunal doit, comme le prescrit la Cour fédérale dans *Inuit Tapirissat* « examiner le contexte législatif de l'autorité prise dans son ensemble »¹²⁴. Puis il se pose...

la question de savoir quelle procédure il convient d'imposer à une autorité déterminée compte tenu de la nature de cette dernière et du genre de pouvoir qu'elle exerce, et quelles conséquences en résulteront pour ceux qui ont à subir ce pouvoir. Il ne faut pas oublier de maintenir l'équilibre entre les exigences d'équité et les besoins du processus administratif en cause.¹²⁵

Ce travail, la Commission de la fonction publique le fait avec beaucoup plus d'expertise que ne pourrait le faire une cour supérieure même si nous divergeons d'opinion avec certaines décisions qui nous paraissent aller au-delà du contrôle de la procédure.

À notre humble avis, s'en remettre à une cour supérieure pour contrôler les iniquités procédurales commises par l'Administration dans l'exercice de ses fonctions administratives serait un leurre. Souvent les juges hésiteront à

123. *Id.*, p. 34.

124. [1979] 1 C.F. 710.

125. *Ibid.*

s'immiscer dans les rouages complexes de la vie administrative, ou à s'avancer sur un terrain trop mouvant, trop incertain et qu'ils connaissent assez mal. Si les cours supérieures s'aventurent sur ce terrain par goût d'activisme ou autre, on risque d'assister à une forme d'interventionnisme qui fasse du juge le supérieur hiérarchique de l'Administration en l'amenant à contrôler l'opportunité même de l'action administrative.

Il resterait à se demander si le contrôle des iniquités procédurales peut être exercé aussi adéquatement par un Ombudsman et à un moindre coût, ce qui devra faire l'objet d'une autre étude.