

LA DÉCISION INSTITUTIONNELLE

Pierre Blache and Suzanne Comtois

Volume 16, Number 2, 1986

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1108787ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19759>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Blache, P. & Comtois, S. (1986). LA DÉCISION INSTITUTIONNELLE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 16(2), 645–710.

<https://doi.org/10.17118/11143/19759>

Article abstract

The present study examines the decisional process which prevails in certain administrative tribunals, with a focus on its institutional character, which contrasts with the personal decision making process followed by Courts of Law.

Part One attempts to elucidate the phenomenon of institutional decisions. Its emergence is presented as part of the dynamic which gave rise to the creation of administrative tribunals. A definition is then offered which introduces the main theme of Part Two: the constraints imposed by natural justice on institutional decisions.

Section One examines in the light of Anglo-Canadian and American common law, the manner by which the one who decides must hear. Can the decision-maker delegate the function of hearing orally and, if so, can the parties require access to the report of the hearing officer?

Section Two deals with official notice and examines the delicate question of the participation of staff members or colleagues in the decision. The authors discuss recent Canadian decisions in the perspective of reconciling fairness and efficiency.

LA DÉCISION INSTITUTIONNELLE

par Pierre BLACHE*
Suzanne COMTOIS**

La présente étude vise à évaluer les changements qu'entraîne l'institutionnalisation du processus décisionnel des tribunaux administratifs.

À cette fin, une première partie cerne le phénomène lui-même. Son émergence y est présentée comme inscrite dans la dynamique générée par les préoccupations qui conduisirent à la création des tribunaux administratifs. Une définition en est offerte qui permet d'établir la problématique qui dicte le plan de la seconde partie, lequel s'organise autour de l'idée de fragmentation du processus décisionnel et de la connaissance institutionnelle dont on précise alors à quelles conditions elles se réconcilient avec la justice naturelle.

La première section, consacrée à la dissociation des fonctions d'entendre et de décider, examine, à la lumière de la jurisprudence anglaise, canadienne et américaine, la validité d'une audition tenue devant un délégué, le degré de participation personnelle requis du décideur tenu d'agir judiciairement et le droit des parties d'être informées et de réfuter l'information communiquée au décideur par l'officier d'audience (le délégué).

La seconde section, consacrée à la connaissance institutionnelle, aborde la difficile question de la participation du personnel et des collègues au processus décisionnel. On y commente certaines décisions récentes des cours canadiennes à la lumière d'une conception soucieuse autant de la qualité des décisions que de leur respect de la justice naturelle.

The present study examines the decisional process which prevails in certain administrative tribunals, with a focus on its institutional character, which contrasts with the personal decision making process followed by Courts of Law.

* Avocat et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

** Avocate et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

Part One attempts to elucidate the phenomenon of institutional decisions. Its emergence is presented as part of the dynamic which gave rise to the creation of administrative tribunals. A definition is then offered which introduces the main theme of Part Two: the constraints imposed by natural justice on institutional decisions.

Section One examines in the light of Anglo-Canadian and American common law, the manner by which the one who decides must hear. Can the decision-maker delegate the function of hearing orally and, if so, can the parties require access to the report of the hearing officer?

Section Two deals with official notice and examines the delicate question of the participation of staff members or colleagues in the decision. The authors discuss recent Canadian decisions in the perspective of reconciling fairness and efficiency.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	648
PARTIE I - L'INSTITUTIONNALISATION DU PROCESSUS DÉCISIONNEL	649
Section 1 - Émergence	650
Section 2 - Définition	654
Section 3 - Problématique	658
PARTIE II - LA DÉCISION INSTITUTIONNELLE ET LA JUSTICE NATURELLE	664
Section 1 - La dissociation des fonctions d'entendre et de décider	666
Sous-section 1 - La notion d'audition	667
1. La délégation du pouvoir d'entendre	667
2. Les composantes minimales d'une audition aux fins de décision	672
Sous-section 2 - La communication du rapport de l'officier d'audience	677
Section 2 - La connaissance institutionnelle	688
Sous-section 1 - Le rôle du personnel	688
Sous-section 2 - La participation des collègues	694
CONCLUSION	707

INTRODUCTION

L'expression "décision institutionnelle"¹ n'a pas acquis droit de cité encore dans la communauté juridique québécoise. L'on peut donc craindre qu'elle ne soit pas comprise, qu'on la perçoive comme un emprunt injustifié au vocabulaire américain, qu'elle recouvre en réalité des sujets que l'appareil conceptuel et terminologique du droit administratif d'inspiration britannique aborde différemment. En termes polis, cela signifierait que le recours à ce vocabulaire contribuerait davantage à compliquer les choses qu'à en permettre une meilleure intelligence. On aurait tort. Il est juste de rappeler que le droit administratif canadien offre des concepts dont l'efficacité n'est pas négligeable pour aborder et résoudre les problèmes que suscite l'institutionnalisation du processus décisionnel qui caractérise le fonctionnement de nombreux tribunaux administratifs². Cette institutionnalisation se ramène, pour l'essentiel, à l'intrusion de non-décideurs dans le traitement des diverses affaires. Celle-ci apparaît lors de l'audition et lors du délibéré. Elle est le fait de membres du personnel du tribunal ou de membres du tribunal lui-même. Un tel phénomène est susceptible d'être analysé au regard du droit à l'audition impartiale par un tribunal indépendant. Nous le ferons. Mais, si l'accent est mis trop fortement sur ces concepts à partir desquels seront inévitablement élaborées les solutions juridiques, l'on risque fort de ne pas tenir compte de la logique inhérente à l'établissement de tribunaux administratifs spécialisés. Une telle attitude mènerait probablement à des conclusions irrespectueuses des intentions législatives et des valeurs d'efficacité des processus et de qualité des décisions qu'elles visaient à promouvoir.

1. Comme nous le précisons plus loin, elle désigne l'ensemble d'un processus et non pas son étape terminale lors de laquelle une décision, au sens strict, est alors prise.
2. L'on peut citer de nombreux tribunaux administratifs où se manifeste, à des degrés divers, le phénomène d'institutionnalisation du processus décisionnel. Dans le domaine fédéral, il suffira de mentionner, parmi les plus connus, la *Commission canadienne des transports*, S.R.C. 1970, c. N-17; le *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, S.R.C. 1970, c. B-11; l'*Office national de l'énergie*, S.R.C. 1970, c. N-6. La législation québécoise fournit aussi de nombreuses illustrations du phénomène. On songera à la *Commission des valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-11; la *Commission municipale du Québec*, L.R.Q., c. C-35; le *Bureau de révision de l'évaluation foncière*, L.R.Q., c. F-2.1; le *Bureau d'audiences publiques sur l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2; la *Régie des services publics*, L.R.Q., c. R-8; la *Commission des transports du Québec*, L.R.Q., c. T-12.

Pour ces raisons, il nous a paru essentiel d'abord de recourir à un titre qui renvoie plutôt au phénomène qu'à l'arsenal de concepts traditionnels dont il relève en grande partie. Nous avons aussi jugé bon de le présenter d'abord dans une partie introductive où sa genèse, ses limites, et ses répercussions sont explorées. Cela permettra d'accéder à une perception intégrée et dynamique alors qu'une étude dominée par les concepts traditionnels du droit administratif risquait de donner une image brisée et moins révélatrice de la signification générale du phénomène.

Dans une seconde partie, les principes de la justice naturelle retrouveront leur importance d'instruments d'évaluation. Le plan adopté procède toutefois alors des deux manifestations dominantes de l'institutionnalisation: d'une part la fragmentation du processus décisionnel qui s'exprime par la délégation du pouvoir d'entendre, d'autre part le rôle considérable de la connaissance institutionnelle qui, au-delà de celle des décideurs eux-mêmes, est celle du personnel du tribunal et des collègues. Encore là nous avons voulu privilégier une présentation axée sur les caractères du phénomène plutôt que sur les divisions classiques du droit administratif. Ce plan nous a paru le mieux adapté à la poursuite de notre objectif: juger de la performance des cours de justice dans la délicate mission d'harmoniser les idéaux de qualité et d'efficacité de l'institutionnalisation et ceux de justice à l'endroit des parties dont le droit administratif procédural est porteur.

PARTIE I - L'INSTITUTIONNALISATION DU PROCESSUS DÉCISIONNEL

L'expression "décision institutionnelle" n'est pas de celles qui parlent aux praticiens du droit au Québec. Elle n'évoque pas ici, d'emblée, l'ensemble de questions qui sont, depuis longtemps, au coeur du droit administratif américain³. Elle exige présentation. Un

3. Cette préoccupation des juristes américains se reflète en particulier dans les travaux des professeurs Kenneth Culp Davis et Bernard Schwartz. Ceux-ci accordent à la question une importance considérable dans leurs oeuvres générales. On trouvera aux chapitres 15 et 17 de l'*Administrative Law Treatise*, 2nd édition, 1980 du premier l'essentiel de ses vues sur le sujet. C'est surtout au chapitre 6 (Evidentiary Hearings and Decisions) d'*Administrative Law*, Little Brown and Company, Boston and Toronto, 1977, que le second aborde ces questions. L'intérêt de chacun n'est d'ailleurs pas nouveau comme le révèlent les articles qu'ils consacreront à divers aspects du débat suscité par ce phénomène: K.C. DAVIS, "Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process", (1942) 55 *Harvard*

rappel de la genèse de phénomène qu'elle désigne n'est pas sans intérêt. Mais c'est surtout sur la définition du concept et les répercussions du phénomène que nous ferons porter votre attention.

Section 1 - Émergence

Le phénomène de l'institutionnalisation du processus décisionnel, caractérisé par le passage à la prise de décision par de nombreux acteurs ayant une vue partielle des enjeux et par l'usage d'une connaissance accumulée au long des années au sein d'une institution, s'inscrit dans l'histoire des tribunaux administratifs. Il ne se comprend bien que si les traits propres à ces derniers sont clairement perçus de même que la dynamique qu'ils impliquent. Un bref rappel suffira.

Un caractère propre à l'ensemble des tribunaux administratifs est la spécialisation, qu'ils soient cantonnés dans la solution de litiges juridiques ou appelés à rendre des décisions d'opportunité politique à la lumière de l'intérêt public⁴. C'est par ailleurs généralement le souci de confier la solution de certaines questions à des

L.R. 364; "Judicial Notice", (1955) 55 *Columbia L.R.* 945; B. SCHWARTZ, "Institutional Administrative Decisions and the Morgan Cases: A Re-examination", (1955) 4 *J. Pub. L.* 49.

Si la littérature juridique canadienne réserve moins d'espace au phénomène, on y trouve maintenant un écho. Ainsi, les professeurs Evans, Janisch, Mullan et Risk, ont-ils intitulé le chapitre 6 (Deciding without Hearing and Delegation: The Institutional Decision) d'*Administrative Law, Cases, Text, and Materials*, Edmond-Montgomery Limited, Toronto, Canada, 1980, d'une façon qui révèle leur décision de privilégier une perspective qui accorde à la dynamique de l'institutionnalisation un rôle central dans l'appréhension de plusieurs problèmes concernant le processus décisionnel des tribunaux administratifs.

Quelques articles ou commentaires témoignent aussi de l'intérêt que suscite l'institutionnalisation du processus: James R. ROBERTSON, "The Use of Official Notice by Administrative Tribunals", (1980-81) 6 *Queen's Law Journal* 3-71; H.N. JANISCH, "Case Comment", (1985) 8 *Administrative Law Reports* 188-193.

La Commission de réforme du droit a aussi témoigné d'une certaine sensibilité au phénomène, dans son document de travail 25 sur *Les organismes administratifs autonomes*, 1980, surtout aux pages 144 et suivantes.

4. Nous utilisons l'expression "Tribunaux administratifs" en son sens large et lui faisons désigner autant des organismes surtout ou exclusivement voués à l'octroi de "privilèges" que des organismes dont le rôle soit celui de trancher des litiges en fonction du droit.

juges experts qui a conduit à spécialiser de tels organismes⁵. Or spécialisation et expertise engendrent, chacune, leur mouvement. La première accroît sensiblement le besoin de cohérence décisionnelle puisqu'elle circonscrit un secteur particulier au sein duquel les illogismes seront plus visibles et moins acceptables. Plus visibles aux yeux des experts qui feront des représentations dans ce secteur. Moins acceptables à raison de la moindre difficulté que pose la cohérence dans un secteur relativement étroit. Cette exigence de cohérence favorisera la consultation entre décideurs du même domaine. L'expertise incitera de même à une consultation entre décideurs puisque chacun apparaîtra plus facilement comme une source fiable à consulter. Mais, engendrée par la spécialisation autant qu'elle en fut la raison, l'expertise pousse vers d'autres développements caractéristiques de l'institutionnalisation du processus décisionnel. D'une part, elle incite à la perpétuation de l'expertise par la création de centres de données tant sur les aspects généraux⁶ liés au domaine que sur les acteurs oeuvrant dans le secteur⁷. Il s'agit de construire cette source de connaissance institutionnelle (official notice) sur laquelle une partie importante de la problématique de la décision institutionnelle prend racine. D'autre part, l'expertise conduit souvent à la sur-spécialisation des approches. Elle engendre le besoin de nouveaux experts. Ceux-ci ne peuvent tous être des décideurs à part entière. Alors apparaît la division inévitable entre les décideurs et le personnel de l'institution lequel est appelé à aider à la prise de décision de diverses façons. Trois phénomènes apparaissent donc liés à la dynamique introduite par le couple spécialisation-expertise: les échanges entre décideurs, l'accumulation d'une expertise institutionnelle (official notice), et l'apparition d'un personnel non décideur mais appelé à assister les décideurs.

5. Le professeur Patrice Garant résume les raisons qui expliquent la création des Tribunaux administratifs, aux pages 113 à 120 de son *Traité de droit administratif* (2e édition, 1985, Les Éditions Yvon Blais, Montréal). Il y mentionne, parmi d'autres facteurs, le souci de faciliter la constitution d'un personnel expert (p. 118), auquel s'ajoute la préoccupation connexe de dépolitiser l'étude des problèmes.

6. Il s'agit des études générales visant la cueillette de données empiriques et leur interprétation aux fins de prévisions et d'éclairage des options politiques les mieux accordées aux objectifs établis dans la loi cadre, les règlements, les directives, ou autrement.

7. Les sujets de la régulation doivent généralement fournir régulièrement des informations sur leurs activités et sont parfois susceptibles de subir des inspections visant à vérifier la nature, l'ampleur, et les modalités de leurs activités.

Certains tribunaux administratifs ont aussi pour caractéristique de se voir confier la mise en oeuvre, quand ce n'est pas l'élaboration d'une politique dans un domaine particulier. Ce rôle qui les distingue souvent des tribunaux de droit commun comporte deux aspects. D'une part, il fait d'eux des législateurs davantage que la plupart des tribunaux judiciaires⁸. D'autre part, il s'ensuit aussi qu'ils ne sont pas essentiellement appelés à trancher un litige entre parties sur la base de la qualité relative des prétentions et des faits propres à chacune mais à appliquer une politique⁹. Ils ne sauraient aussi généreusement s'en remettre à la définition de la question telle que formulée par les protagonistes ainsi que le font les tribunaux judiciaires dans bien des cas¹⁰. Ces deux traits de leur rôle favorisent à leur tour l'institutionnalisation du processus. Leur engagement prioritaire dans la formulation et la mise en oeuvre d'une politique légitime la poursuite systématique d'une démarche de recherche continue axée sur ce que le professeur Kenneth Culp Davis appelle les "legislative facts" et qui englobent tous les faits non directement reliés aux parties¹¹. La connaissance de ceux-ci est

-
8. Sans sous-estimer le rôle législatif des tribunaux judiciaires, il faut constater que certains tribunaux administratifs sont explicitement habilités à formuler et poursuivre des objectifs politiques quant auxquels ils trouvent souvent un bien mince éclairage dans les lois qui les régissent. Sans doute a-t-on parfois prévu que des ministres pouvaient leur adresser des directives à ce sujet, mais ça n'est pas toujours le cas, et celles-ci ne diminuent pas toujours sensiblement la tâche d'explicitation politique. Voir à ce propos, *Les organismes administratifs autonomes*, Document de travail 25, Commission de réforme du droit du Canada, 1980, pp. 81-103.
 9. Voir J.A. SMILLIE, "The Problem of 'Official Notice': Reliance by Administrative Tribunals on the Personal Knowledge of Their Members", (1975) *Public Law* 64, 65-66.
 10. Sans doute arrive-t-il en certains domaines, et le droit constitutionnel en constitue un exemple, que le tribunal judiciaire introduise des perspectives qu'auront ignorées les plaideurs. Mais la tendance générale paraît bien de réduire l'exercice judiciaire à un choix entre les thèses effectivement avancées par les parties, quelque contestable que puisse paraître une telle attitude.
 11. Pour le professeur Davis, auteur de la distinction entre faits législatifs et faits adjudicatifs, les premiers sont ceux qui sont utilisés pour faire du droit ou des politiques et les seconds se ramènent aux faits concernant les parties elles-mêmes. Il estime cependant que dans 99% des cas, cette opposition se ramène à celles des faits à propos des parties et les autres. Il met en garde contre le danger d'assimiler cette distinction à celle opposant faits spécifiques et faits généraux. Il reconnaît que certains faits sont à la fois adjudicatifs et législatifs et que certains n'appartiennent à aucune de ces catégories. Voir Kenneth Culp DAVIS, *Administrative Law Treatise*,

en effet essentielle à l'accomplissement d'un mandat général de traduction cohérente des politiques que le tribunal a mission d'appliquer. En retour, l'accumulation des données requises à cette fin et leur application aux cas soumis mène vers une collaboration suivie entre un personnel expert et les décideurs. Par ailleurs, la distance que de tels organismes doivent garder à l'endroit de la manière selon laquelle les parties définissent les enjeux autorise un éloignement du dossier et son complément par le recours à la connaissance d'office ou institutionnelle qui a peu à voir avec le rôle restreint joué par la connaissance judiciaire dans l'exercice du pouvoir judiciaire¹².

Enfin, dans le cas de certains tribunaux, l'ampleur de la tâche à accomplir suscite une évolution taylorienne¹³, par unique souci d'accélération du processus décisionnel. Encore là un tel mouvement conduit vers une association accrue du personnel à un processus décisionnel qui s'achève au niveau des décideurs officiels.

Il faut donc attribuer au couple spécialisation-expertise, au rôle politique qu'ils sont appelés à jouer, et à l'ampleur de leur tâche, l'émergence, au sein des tribunaux administratifs, d'une tension aiguë entre le processus personnel de décision et l'institutionnalisation de celui-ci¹⁴. Avant d'explorer plus avant la problématique

Kenneth Culp Davis Pub. Co., San Diego, 2nd edition, vol. 3, chapter 15, pp. 132 à 153.

12. La connaissance judiciaire à laquelle recourent les tribunaux judiciaires a un impact fort limité puisqu'elle ne vise que les faits notoires dont l'existence puisse être constatée par la consultation d'ouvrages très accessibles et indiscutables. Voir J.A. SMILLIE, *loc. cit.*, note 9, 65, et James R. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 3, 5 à 10; Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 2e édition, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, pp. 11-12.
13. Nous évoquons par là la tendance à confier divers aspects de l'étude d'une affaire à différentes personnes, qu'il s'agisse de la recherche des faits adjudicatifs ou législatifs, de la réflexion ordonnée à l'explicitation des politiques, ou de l'analyse des représentations. Des exemples nombreux d'autorisations statutaires existent en ce sens: *Loi nationale sur les transports*, S.R.Q. 1970, c. N-17, a. 14, 19b, 81; *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, c. B-11, a. 13; *Règles de procédure du C.R.T.C. en matière de télécommunications*, D.O.R.S. 79-554, a. 21; *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1, a. 237-238, 247-248, 300, 307, 310; *Loi sur la commission municipale*, L.R.Q., c. C-35, a. 8; *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, a. 6, 30; *Loi sur la Régie des services publics*, L.R.Q., c. R-8, a. 8, 15.
14. L'institutionnalisation est ici conçue comme une dynamique tendant à diminuer le contrôle des décideurs sur l'ensemble des étapes du traitement d'une affaire et non pas comme le résultat de la substitution de l'insti-

que propre à cette institutionnalisation il faut préciser le sens de l'expression "décision institutionnelle" utilisée pour désigner l'aboutissement de la dynamique dont nous venons d'esquisser le profil.

Section 2 - Définition

L'entreprise d'identification de la décision institutionnelle se heurte à une difficulté préliminaire. L'on peut se demander, en effet, s'il est légitime de cerner exactement ce qui la caractérise avant d'en établir la problématique juridique. Celle-ci ne conduira-t-elle pas précisément au repérage d'une décision institutionnelle jugée répréhensible au regard d'exigences juridiques tirées du droit administratif traditionnel? Si c'est le cas une définition paraît prématurée. Nous jugeons légitime une définition préliminaire parce qu'elle ne visera précisément pas à révéler l'illégal mais à identifier un ensemble d'actes qui suscitent problèmes lorsque soumis au filtrage de valeurs constitutives du droit administratif. À nos yeux, l'expression "décision institutionnelle" ne sert pas à désigner des actes contraires au droit. Mais, si le qualificatif "institutionnel" ne renvoie pas ici à une espèce d'illégalité mais à un type de décision qui pourra être tout aussi bien légale qu'illégale, encore faut-il justifier le regroupement opéré. À cet égard, nous ne saurions nous contenter du fait que les actes en cause posent des problèmes au regard du droit administratif. C'est le propre de tous les actes dont se préoccupe ce droit. Quelles raisons justifient donc un traitement spécifique? À notre avis, c'est la conjugaison des deux rôles joués par leur caractère institutionnel. Celui-ci sert à les identifier en partie. D'autre part, il est à la source de difficultés particulières au regard du droit. Être institutionnel pour une décision c'est présenter un caractère distinctif, mais c'est aussi relever d'une problématique particulière en raison même de ce caractère distinctif. Une comparaison peut éclairer ici. Alors que qualifier un acte de judiciaire ou d'administratif permet immédiatement de déterminer le régime procédural¹⁵ auquel il est soumis, la qualification d'institutionnel n'aura pas un effet aussi poussé. Elle permettra toutefois, en plus de souligner un trait important de la nature d'un acte, d'orienter l'étude vers un ensemble de problèmes liés par une

tution à des décideurs identifiables. Les développements qui suivent préciseront cette perspective.

15. Au moins d'une manière générale puisque selon cette qualification, la justice naturelle trouvera à s'appliquer avec une rigueur variable sous la forme des exigences propres au processus quasi-judiciaire ou celles de l'équité procédurale.

communauté de source et dont la solution conduira au repérage d'un régime juridique et, ultimement, à un jugement de légalité ou d'illégalité. Cette problématique est révélée plus loin¹⁶. Il faut d'abord nous arrêter à préciser la nature d'une décision institutionnelle.

Il faut d'abord expliciter ce que nous entendons désigner par le mot "décision". À ce sujet deux ambiguïtés doivent être dissipées. Il ne s'agit pas simplement du résultat d'un processus décisionnel mais aussi et principalement de ce processus même¹⁷. Le contenu de la décision est étranger au concept. Celui-ci est exclusivement procédural¹⁸. De plus, le processus ne doit pas s'interpréter restrictivement et n'englober que l'ultime opération décisionnelle formelle, ni même les seules étapes d'élaboration d'une décision une fois les parties entendues. Il comprend l'ensemble des étapes que franchit l'étude du cas¹⁹: de son introduction jusqu'à l'émission d'une décision.

Il ne saurait suffire à un processus d'être imputé fictivement à un organisme pour devenir institutionnel. Plusieurs lois précisent que les actes des quorum, comités ou membres sont ceux de l'organisme²⁰. De telles dispositions ne changent rien à la substance d'un processus et n'en produisent pas l'institutionnalisation s'il demeure entièrement personnel. De même, ne pourra-t-on pas fonder une qualification sur le seul fait qu'un processus se déroule à l'intérieur d'un organisme. Encore une fois nos lois offrent de

16. Voir *infra*, pp. 656 à 662.

17. Le terme "processus" désigne ici bien plus que l'activité déployée en vue d'une décision par ceux ou celles qui la prendront. Il embrasse l'ensemble des interventions en vue de la décision que celles-ci prennent la forme d'avis consultatifs ou d'éclairages factuels généraux.

18. Mais le qualificatif "procédural" désigne tout autant le processus intellectuel que la mécanique d'association de divers intervenants. Ainsi sera-t-il beaucoup question du domaine d'intervention réservé à divers types de personnes: les faits, le droit, la politique, par exemple.

19. Aussi faut-il comprendre que l'enquête et l'audition en sont parties intégrantes et que notre objet d'observation ne commence pas là où ces étapes s'achèvent.

20. Voir en ce sens: *Loi nationale sur les transports*, S.R.Q. 1970, c. N-17, a. 24; *Règles de preuve, de procédure et de pratique de la Commission des affaires sociales*, R.R.Q. 1981, c. C-34, r. 1, a. 30; *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, a. 6.4; *Loi sur les transports*, L.R.Q., c. T-12, a. 17, 17.1, 17.5.

nombreux exemples de décideurs oeuvrant au sein d'organisme²¹. Leur localisation juridique, si elle n'entraîne aucune modification d'un processus décisionnel qui demeure alors totalement personnel, ne permet pas plus que l'imputation fictive de conclure à l'institutionnalisation réelle du processus.

C'est en effet vers la substance qu'il nous faut nous tourner pour en dégager les caractères distinctifs. Ceux-ci apparaissent surtout si l'on analyse la participation au processus décisionnel. Il faut nous arrêter d'abord aux participants eux-mêmes, et ensuite au type de rôle qu'ils sont appelés à jouer.

La décision institutionnelle n'apparaît pas du seul fait de la collégialité elle-même. Celle-ci concerne les décideurs seuls et n'implique guère l'association au processus d'autres personnes que celles à qui le mandat de décider fut confié. Ce n'est qu'au cas où une telle éventualité se réalise que l'institution conçue comme externe aux décideurs commence à marquer le processus. Mais alors, deux types de participants sont susceptibles d'affecter la décision personnelle ou collégiale. Il y a d'abord le cas où d'autres décideurs, non mandatés pour trancher une affaire, en traitent de manière plus ou moins formelle avec ceux de qui elle relève²². Il y a aussi celui où le personnel d'un organisme, par opposition à ses membres, est associé à des degrés divers au processus²³. L'une et l'autre hypothèses soulèvent certaines difficultés au regard du droit administratif procédural précisément en raison de l'apparition de tiers au sein du processus. Qu'il s'agisse de tiers par rapport aux décideurs permet de distinguer cette situation de la seule collégialité. Que ces tiers soient des membres ou du personnel de l'organisme autorise à qualifier ce processus d'institutionnel. Faut-il exclure du concept de décision institutionnelle les cas où des tiers externes à l'organisme lui-même s'associent au processus de quelque manière²⁴? Nous ne le croyons pas. L'institutionnalisation du proces-

21. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1, a. 172 et *Règlement de régie interne de la Commission de la santé et de la sécurité du travail*, R.R.Q., c. S-2.1, r. 16, 2; *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., c. A-16, a. 20 et *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q., c. A-16, R.1, 57-66.

22. Voir *infra*, pp. 691 à 704.

23. Voir *infra*, pp. 684 à 691.

24. L'on trouve quelques cas de ce genre dont les suivants: *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, c. N-17, a. 14; *Loi sur l'office national de l'énergie*, S.R.C. 1970, c. N-6, a. 9; *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. VI.1, a. 247; *Loi sur la Commission municipale*, L.R.Q., c. C-35, a. 8, 14.

sus dépend d'abord de sa fragmentation et de l'association de plusieurs acteurs à celui-ci, que ces acteurs soient membres permanents ou non d'une structure décisionnelle. Le concept, on le voit, comporte donc une double exigence en ce qui a trait aux participants. Un élément d'altérité qui en exclut la simple collégialité. Un élément de rattachement institutionnel qui n'est toutefois pas nié si des gens extérieurs à l'organisme participent en vertu de la loi au processus décisionnel.

La nature de la participation institutionnelle requise importe. Ainsi toutes les fois qu'un rôle particulier dans le processus décisionnel est confié à une ou quelques personnes qui ne seront pas décideurs nous sommes en présence d'un processus institutionnel. Cela est vrai non seulement d'une participation décisionnelle extraordinaire d'un tiers²⁵ mais aussi là où celui-ci ne joue qu'un rôle consultatif. Il ne nous paraît pas opportun, à ce stade, de distinguer selon que cette consultation est officieuse ou formelle, qu'elle origine à la demande des décideurs ou des consultés, ou qu'elle est obligatoire ou facultative, distinctions qui deviendront pertinentes pour distinguer les régimes juridiques et conclure sur la légalité d'un acte particulier. Nous ne croyons pas non plus justifié de distinguer selon que l'acte fut déterminant ou non sur la décision, et pour les mêmes raisons. C'est qu'il appert que toute participation extérieure au stade de l'élaboration de la décision fait problème et justifie par là son inclusion dans le phénomène dont nous dessinons les contours. Celui-ci s'étend d'ailleurs bien au-delà des participations à l'élaboration de la décision. Il faut, en effet, compter parmi ses manifestations les divers rôles reliés à l'enquête et à l'audition des diverses affaires. Si des distinctions à ce propos permettront d'identifier le régime juridique applicable elles seraient sans utilité ici alors qu'il s'agit seulement d'identifier un phénomène comme institutionnel et posant problème. Aussi paraît-il inopportun de chercher à exclure certains actes de l'objet même de la problématique que nous proposons ci-après en invoquant, par exemple, la présence ou l'étendue d'un pouvoir de filtrer les matériaux sur lesquels se pencheront des agents associés plus directement à l'élaboration, à la formulation et à l'émission d'une décision.

25. Nous pensons à des situations du type créé par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (S.C. 1976-77, c. 33) selon laquelle un tribunal des droits de la personne peut être constitué dans certaines circonstances, lequel est composé de gens qui ne sont membres ni de la Commission ni de son personnel.

De ce qui précède nous pouvons tirer les conditions d'existence de la décision institutionnelle conçue comme un ensemble de phénomènes donnant prise à une problématique juridique particulière. Cette décision existe là où le processus décisionnel est en quelque point caractérisé par une participation, décisionnelle ou non, déterminante ou non, de personnes autres que celles ayant mandat de décision ultime, que ces autres soient elles-mêmes membres de l'organisme ou de son personnel à titre régulier ou ponctuel. Cette participation exclut évidemment les représentations de parties ou d'intervenants.

Section 3 - Problématique

L'institutionnalisation du processus décisionnel génère un ensemble de difficultés au regard du droit. Nous allons d'abord nous arrêter à en faire une présentation générale à partir d'une considération des caractéristiques dominantes d'un tel processus. Cette présentation générale n'est pas directement élaborée en fonction des principes de la justice naturelle qui constitue, en droit administratif d'inspiration britannique, la toile de fond à partir de laquelle évaluer la légalité des diverses pratiques générées par l'institutionnalisation. Si un tel procédé peut susciter l'étonnement il s'explique par le souci de construire une problématique respectueuse du phénomène étudié et la crainte de tirer de l'édifice traditionnel une perception des problèmes qui se révèle artificielle. En d'autres mots, nous ne saurions présumer que la justice naturelle offre des principes explicitement adaptés à la solution des difficultés juridiques suscitées par l'institutionnalisation du processus. En tirer une problématique toute faite et commode comporterait le risque de privilégier les aspects du phénomène sur lequel la justice naturelle parle le plus. Notre problématique, comme il se doit, prend donc sa source dans l'observation du phénomène en lui-même.

Que révèle l'étude de l'institutionnalisation du processus décisionnel? Il semble que l'éclatement en constitue le trait distinctif. Celui-ci résulte de deux développements qu'il faut étudier: la fragmentation du processus décisionnel et la connaissance institutionnelle, le "processus décisionnel" désignant l'ensemble des étapes du traitement d'une affaire. La fragmentation naît de la multiplication des intervenants. La connaissance institutionnelle mène à la chute d'importance du dossier. En d'autres mots, alors que la décision judiciaire type est le résultat de l'étude d'une affaire, à toutes ses étapes, par la même personne ou le même groupe de personnes

jugeant sur la base du dossier, l'institutionnalisation conduit à une prise de décision dont les diverses étapes relèvent de personnes distinctes et où les éléments extérieurs au dossier jouent un rôle fort important.

Cette description s'accorde bien avec celles que donnent les auteurs américains²⁶. Le texte suivant en est une illustration:

"An institutional decision is a decision by an administrative entity rather than a single administrator. Although the agency head makes the formal agency decision, the result usually is the collective effort of many others. Agency staff typically are responsible for formulating the agency's initial policy decision. An independent hearing examiner then conducts a hearing for the purpose of gathering evidence. This evidence is then studied by agency subordinates. Finally, the agency head makes a decision based upon the evidence and staff recommendations"²⁷.

Ces caractères méritent d'être analysés attentivement afin d'en véritablement saisir la signification. Comme ils constituent deux phénomènes inextricablement liés, il est inopportun d'en faire le fondement d'une division dans la présentation de la problématique. Aussi avons-nous préféré présenter celle-ci en fonction des étapes du processus décisionnel et de leurs relations, celles-ci subissant, à des degrés divers, l'influence de la fragmentation et du rôle de la connaissance institutionnelle.

Auparavant, il nous paraît cependant essentiel de préciser ce que signifie l'expression connaissance institutionnelle et d'en souligner l'importance. Celle-ci évoque immédiatement chez le juriste le concept voisin de connaissance judiciaire. Mais il serait erroné d'assimiler purement et simplement ces deux notions et de penser qu'elles jouent chacune un rôle d'égale importance là où se déploie leur influence.

Il faut d'abord insister sur la portée limitée de l'effet de la connaissance judiciaire. Les juges des tribunaux judiciaires peuvent y faire appel pour considérer certains faits avérés, sans preuve fournie. Mais ceux-ci doivent ou bien être notoires ou aisément vérifiables par recours à des sources faciles d'accès et dont l'exacti-

26. En ce sens, le professeur Kenneth Culp Davis constitue un modèle. Ainsi, dans son traité trouve-t-on l'essentiel de sa pensée sur la décision institutionnelle dans deux chapitres respectivement consacrés à la connaissance institutionnelle et au rôle du personnel. Il s'agit des chapitres 15 et 17.

27. "Administrative Law - Institutional Decision Making - *Urban Council on Mobility v. Minnesota Department of Natural Resources*", 289 N.W. 2d 729 dans (1981) 7 *William Mitchell Law Review* 221, 222.

tude soit incontestable²⁸. On se demande si la connaissance judiciaire crée simplement une présomption ou écarte toute possibilité de renversement²⁹. La connaissance institutionnelle englobe un ensemble beaucoup plus vaste et varié que la connaissance judiciaire. Au lieu de s'appliquer à des faits notoires ou facilement vérifiables, elle couvre des faits, opinions, principes, présomptions, qui sont à la connaissance spécialisée des juges ou leur sont disponibles grâce aux archives de l'organisme ou aux activités de recherche et de conseil de son personnel.

Il est dans la logique même de ces organismes de pouvoir plus librement faire appel à cette expertise élargie propre à leurs membres ou diffuse dans les dossiers de l'institution. Ils sont, en effet, des entités spécialisées. À ce propos, le professeur J.A. Smillie rappelait fort opportunément, dans sa remarquable étude sur le sujet³⁰, que les tribunaux administratifs ayant précisément été conçus de façon à accéder à une expertise particulière, il serait illogique de les soumettre à des règles de preuve fondées sur une présomption d'ignorance inspirée de celles régissant la procédure des tribunaux judiciaires. Il écrivait à ce propos.

"... So administrative adjudicators, unlike judges, usually possess expert knowledge relevant to many of the issues with which they are confronted, and are expected to make a positive contribution to the fund of relevant material upon which an accurate and responsible decision can be based. They should therefore be permitted and encouraged to use their own personal knowledge and experience to test and evaluate the evidence presented by the parties, to draw upon their knowledge to supplement the evidence, and to substitute their own expert opinions as to the inferences and conclusions that should be drawn from the established facts for those advanced by the parties and their witnesses"³¹.

Il faut aussi signaler que la tâche des tribunaux administratifs, ou à tout le moins de plusieurs d'entre eux, n'est pas de trancher un litige sur la base de la preuve et des représentations des parties. Une telle conception de leur rôle, qui les assimilerait à des tribunaux judiciaires, pourrait justifier peut-être une passivité fondée sur le caractère privé du débat. Mais il arrive que leur mandat soit souvent de mettre en oeuvre une politique au nom de l'intérêt

28. J.A. SMILLIE, *loc. cit.*, note 9, 65; J.R. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 3, 5 à 10.

29. K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 3, vol. III, p. 191; J.R. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 3, 12; SCHWARTZ, *op. cit.*, note 3, 489-490; J.A. SMILLIE, *loc. cit.*, note 9, 67.

30. *Loc. cit.*, note 3.

31. *Id.*, 66.

public. Pour cette raison un souci de considérations objectives s'impose. Il s'ensuit que le recours à des procédés institutionnels de recherche des données et d'analyse de celles-ci apparaît non seulement légitime mais requis par la nature même de la fonction dont le tribunal est investi³².

Si le rôle de la connaissance institutionnelle est bien supérieur à celui de la connaissance judiciaire il soulève toutefois certaines difficultés, comme nous le signalons ci-après, surtout en ce qui concerne l'audition elle-même et le délibéré.

La césure séparant audition et décision soulève en particulier la question de la définition de l'audition, celle de la suffisance des voies de communication entre les personnes qui entendent et celles qui décident, et, ultimement celle du principe applicable aux relations entre l'audition et la décision. Il faut, en effet, d'abord déterminer quand la rupture a lieu et, donc, établir le seuil minimal d'une audition pour fins de décision. Une fois ce seuil précisé, dans les cas où la césure apparaît, alors la question de la communication entre les décideurs et ceux à qui fut confiée la tâche d'entendre devient primordiale. Surgit alors l'obligation de préciser jusqu'où, lors de cette étape, un travail de filtrage des données est admissible comme aussi la nécessité de fixer les critères d'interventions interprétatives de ces mêmes données. Le souci est alors seulement d'assurer qu'une décision est prise en connaissance de cause là où les décideurs n'ont pas entendu. Par ailleurs, l'une ou l'autre de ces deux premières questions, celle de la définition de l'audition et celle des critères d'une communication permettant de décider en connaissance de cause, devient centrale selon que le principe retenu exige que les décideurs aient entendu ou, plus modestement, qu'ils aient connaissance suffisante de l'affaire.

Cet aspect du processus semble être celui où s'exerce le moins l'influence de la connaissance institutionnelle. Il ne s'agit pas en effet de juger de la légalité du recours à la connaissance intra-institutionnelle parallèle à celle que permet d'obtenir l'étude du dossier d'audition. La question centrale est plutôt celle de la non-

32. Cette fonction politique commande en effet l'adoption d'une vue d'ensemble de la situation présente comme une prévision des développements, d'une part, autant qu'une articulation cohérente des objectifs. Il suffit de songer à des secteurs comme la radiodiffusion et l'énergie pour comprendre combien une étude faite à la pièce et dont on espérait voir surgir une politique prévoyante confinerait à l'irresponsabilité tant elle serait contraire à la nature des fonctions de plusieurs des tribunaux administratifs.

identité du personnel appelé à décider et de celui qui a eu la responsabilité de l'audition.

L'audition elle-même est vraiment le lieu où s'exprime la double tendance à la fragmentation et à l'apparition d'un rôle considérable de la connaissance institutionnelle. Nous entendons par audition ici l'ensemble des procédés par lesquels s'effectue la cueillette de données et l'exposé des représentations pertinentes sur une affaire. L'institutionnalisation affecte cette opération tant en ce qui concerne les faits que les représentations. Le tribunal possède généralement des informations sur les parties qui comparaissent devant lui. Les rapports annuels et les résultats d'inspection sont des exemples de la documentation où se trouvent ces données. Il accumule, par ailleurs, des informations générales sur le secteur d'activité qu'il surveille afin de pouvoir situer les parties dans le contexte et aussi interpréter leurs prétentions.

Parallèlement aux représentations des procureurs des parties, le tribunal reçoit souvent des rapports synthèse sur les affaires qu'il a à trancher. Ceux-ci, qui émanent généralement de son personnel, contiennent parfois des arguments et conclusions très spécifiques. Ces pratiques, parfois expressément autorisées par la loi³³, doivent-elles être distinguées de l'audition et justifiées parce qu'elles n'en feraient pas partie? Si oui, cette distinction doit-elle conduire à leur admissibilité inconditionnelle ou plutôt autoriser leur admission seulement là où la divulgation en est faite³⁴. Si cette divulgation a lieu, serait-ce en cours d'audition, sous forme d'une pré-décision ou dans la décision finale³⁵? Importe-t-il de distinguer selon le type d'information, par exemple, pour fins d'admissions pure et simple ou quant à une exigence de divulgation, ou quant à la rigueur d'une telle exigence³⁶? Ces questions concernent le rôle que la connaissance institutionnelle peut légitimement jouer. Nous y revenons plus loin.

33. Voir en ce sens *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, c. N-17, a. 19b; *Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.R.C. 1970, c. N-6, a. 13; *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-11, a. 247, 248; *Loi sur la Commission municipale*, L.R.Q., c. C-35, a. 14; *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, L.R.Q., c. C-20.1, a. 28; *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1, a. 140; *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, a. 30.

34. K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 3, 190-194.

35. *Id.*, 190.

36. *Id.*, 194.

Enfin, le délibéré lui-même subit un éclatement. Par délibéré nous désignons l'ensemble des opérations d'évaluation des faits et représentations reliées à une affaire. À cette étape ultime du processus l'institutionnalisation se caractérise encore par le rôle important réservé à des personnes qui ne décideront pas officiellement. Celles-ci interviennent de multiples manières, qu'il s'agisse de membres du personnel ou de collègues décideurs. Subtilement la tâche de choisir dans la preuve les passages jugés pertinents comporte une part non négligeable d'impact sur le délibéré. Le repérage de la preuve pertinente, à notre avis, comporte en effet une forme, modeste, mais significative, d'évaluation. Plus clairement encore s'agira-t-il d'évaluation là où des membres du personnel seront habilités à procéder aux constats ou conclusions de fait. S'ils peuvent au surplus adresser des recommandations³⁷ quant à la solution elle-même leur participation réelle à la décision conçue autrement que comme l'acte décisionnel officiel, n'en est que plus évidente. C'est particulièrement le cas où ces recommandations prennent la forme de projet de décision. Il faut aussi, et la jurisprudence canadienne des derniers mois vous en fournit quelques exemples³⁸, tenir compte de la participation parfois reconnue, quand elle n'est pas systématique et obligatoire, de collègues décideurs qui ne sont pas saisis de l'affaire à trancher. Toutes ces pratiques suscitent des interrogations. Importe-t-il de distinguer quant aux solutions selon que les interventions portent sur les faits ou les politiques? Quant aux faits, convient-il de nuancer les exigences en fonction de leur caractère? Plus précisément la distinction du professeur K.C. Davis entre faits adjudicatifs et faits législatifs doit-elle conduire à la rigueur ou à la générosité selon qu'il s'agit des premiers ou des seconds³⁹? Faut-il par ailleurs, faire dépendre la solution du fait que l'impact des constats de faits ou des interventions de collègues décideurs fut déterminant ou non? S'il s'agit de résumé de preuve ou de conclusions de faits effectuées à partir de celle-ci, y a-t-il lieu

37. Voir *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, c. N-17, a. 19b; *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, a. 30.

38. *Consolidated Bathurst Packaging Ltd. and International Wood Workers of America, Local 2-69 and Ontario Labour Relations Board*, 85 C.L.L.C. 12-177, 12-192 [Supreme Court, Divisional, of Ontario] et (1984) 5 C.L.R.B. (N.S.) 79 [Ontario Labour Relations Board]; *Tremblay c. Commission des Affaires sociales*, (1985) C.S. 490.

39. K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 3, 194. Le même auteur explore aussi l'opportunité de graduer l'exigence de divulgation selon le type de "législateur" en cause, ce qui est une autre chose. Voir en ce sens K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 3, 164 et suivantes.

de permettre ou non, ou d'exempter ou non d'une exigence de divulgation, selon que le décideur a eu communication intégrale de la preuve? Il convient évidemment de distinguer, pour ce qui est des projets de décisions, selon que ceux-ci sont élaborés à partir des directives des décideurs ou produits par le personnel qui a alors l'initiative de proposer des éléments de motivation tout autant que de suggérer l'exacte portée du dispositif⁴⁰.

À toutes ces questions, quels éléments de réponse offrent les principes de droit administratif applicable au processus décisionnel? C'est vers la justice naturelle au sens le plus large qu'il faut principalement nous tourner pour le découvrir. Certains principes extérieurs à cet ensemble viendront aussi apporter un éclairage complémentaire. C'est à les repérer et à préciser jusqu'où ils permettent de conclure à la légalité des pratiques ci-haut décrites qu'est consacrée la seconde partie de cette brève étude. Elle est principalement axée sur la prise de décision quasi-judiciaire.

PARTIE II - LA DÉCISION INSTITUTIONNELLE ET LA JUSTICE NATURELLE

"There is someone called the commission, the authority: a metaphysical omniscient broding thing which sort of floats around the air and is not a human being... There is (an) idea that Mr. A heard the case and then it goes into this great building and mills around and comes out with a commissioner's name on it but what happens in between is a mystery. That is what bothers people..."⁴¹.

Cette remarque faite par le président du Comité du procureur général des États-Unis illustre bien l'inquiétude que les parties et les juristes éprouvent face à la décision institutionnelle. En fait, la principale critique que l'on formule à l'endroit de la décision institutionnelle est à l'effet que le processus qui y donne lieu prive les parties d'une opportunité raisonnable d'être entendues. Dans un premier temps, on reproche à la décision institutionnelle de ne pas permettre aux parties d'être entendues directement par le décideur. Ce qui, d'après certains, diminue l'influence que les procureurs des parties sont susceptibles d'avoir sur la décision⁴², et ébranle la

40. L'opposition de ces rôles renvoie alors en effet à celle entre exécutants et conseillers.

41. *Rep. Att'y Gen. Comm. Ad. Proc.*, 807, 816 (1941), tiré de DAVIS, *Adm. Law Treatise*, vol. 3, 1980, p. 311.

42. DAVIS, *id.*, 312; voir aussi H.N. JANISH, 8 *Admin. L.R.* 191.

confiance que les parties ont dans l'intégrité du processus administratif⁴³. On lui reproche aussi de favoriser l'introduction d'idées et de preuves obtenues hors instance susceptibles d'influencer la décision, sans que les parties n'aient eu l'occasion de les réfuter⁴⁴.

Il existe bien sûr, suite au transfert massif de pouvoirs quasi-judiciaires vers l'Administration publique, une tension énorme entre l'équité procédurale et l'efficacité. Il serait cependant irréaliste de considérer ces valeurs comme étant mutuellement exclusives et de solutionner le conflit en exigeant, par exemple, que le titulaire de fonctions quasi-judiciaires fournisse dans tous les cas un degré de participation personnelle semblable à celui exigé des juges des tribunaux judiciaires.

Le législateur a pour sa part reconnu les contraintes particulières auxquelles doivent faire face les tribunaux administratifs, et dans un certain nombre de lois, autorise expressément l'organisme décisionnel à déléguer la fonction d'entendre et à consulter des experts avant de décider. C'est le cas notamment de la *Loi sur la radiodiffusion*⁴⁵ qui aux articles 19(4) et 17(1) permet au Président du CRTC d'ordonner qu'une audition publique soit tenue pour le compte du Conseil par deux ou plusieurs membres qu'il désigne, et autorise le conseil à consulter des membres à temps partiel représentant les différentes régions avant de décider. On retrouve de semblables dispositions dans la *Loi sur l'Office national de l'Énergie*⁴⁶, la *Loi sur la Commission canadienne des droits de la personne*⁴⁷ et la *Loi sur la fiscalité municipale*⁴⁸. Qu'en est-il lorsque la loi est silencieuse? Est-ce que les tribunaux administratifs ont un pouvoir implicite de fragmenter le processus d'adjudication et si oui, quelles sont les garanties qu'offre la justice naturelle pour

43. L'argument pourrait être à l'effet que la fragmentation du processus décisionnel opère une "déresponsabilisation" dont l'effet est qu'aucune des personnes qui y ont participé ne se sent vraiment responsable de la décision prise.

44. H.N. JANISH, *loc. cit.*, note 42.

45. S.R.C., 1970, c. B-11.

46. S.R.C., 1970, c. N-6, a. 14(1)

47. S.C. 1976-77, a. 35.

48. L.R.Q., c. F-2.1, a. 100. La validité de telles délégations a été reconnue implicitement par la Cour suprême du Canada dans *CRTC c. CTV*, (1982) 1 R.C.S. 530, *Radulesco c. Can. Human Rights Commission*, (1985) 9 Admin. L.R. 261, de même que par la Cour fédérale dans *Transmountain Pipeline Co. Ltée c. O.N.E.*, (1979) 2 C.F. 118.

prémunir les administrés contre les risques évoqués plus haut. Ce sont là les questions principales dont nous traiterons dans cette partie.

Section 1 - La dissociation des fonctions d'entendre et de décider

La séparation des fonctions d'entendre et de décider pose deux difficultés principales au regard de la justice naturelle. La première concerne la notion d'audition, et vise à déterminer les exigences minimales ou le degré de participation personnelle requise du décideur pour satisfaire à son obligation d'entendre. En bref, la question qui se pose est la suivante: si l'on présume qu'un organisme exerce des fonctions quasi-judiciaires et qu'une partie a droit à une audition orale⁴⁹, devant qui ce droit d'être entendu doit-il être mis en oeuvre pour respecter la justice naturelle? Souvent, peut-être même dans la plupart des cas, l'autorité décisionnelle participe à l'audition orale et rend une décision personnelle. Cependant il arrive que pour des raisons d'efficacité, par exemple lorsque l'autorité décisionnelle est composée d'un grand nombre de personnes, les fonctions d'entendre oralement et de décider ne soient pas exercées par les mêmes personnes. Une délégation de la fonction d'entendre oralement est-elle conforme aux règles de justice naturelle et dans l'affirmative, à quelles conditions?

La deuxième difficulté que pose la dissociation des fonctions d'entendre et de décider concerne la participation de l'officier d'audience à la décision et vise à déterminer si le rapport qu'il remet au décideur constitue de la preuve ou information qui doit être communiquée aux parties. Nous utilisons ici le terme officier d'audience pour désigner la personne ou le comité à qui l'organisme délègue la fonction d'entendre oralement. Les organismes canadiens ont tendance à déléguer cette fonction à certains de leurs membres⁵⁰. Cette situation diffère sensiblement de celle qui prévaut aux États-Unis où les organismes fédéraux ("agencies") délèguent cette fonction à des "Administrative Law Judges", lesquels constituent un corps d'officiers distincts et indépendants des "agencies" à qui la *Loi sur la procédure administrative* (APA) reconnaît le pou-

49. Sur le plan du droit d'être entendu, il existe déjà une abondante doctrine pour expliquer quand un tribunal administratif est tenu d'entendre les parties et selon quelles modalités. Nous n'avons pas l'intention de reprendre ici ces distinctions.

50. Voir *supra*, note 48.

voir de rendre des décisions initiales, qui deviennent finales à moins qu'il n'en soit interjetté appel à l'organisme. Bien qu'intéressante cette formule n'existe pas en Angleterre ni au Canada. Pour éviter toute confusion, il nous paraît important de préciser que la présence de juges administratifs (au sens américain) n'est qu'une modalité de l'institutionnalisation des décisions et non une condition préalable à son existence. Aux États-Unis on parlait d'ailleurs de décision institutionnelle bien avant l'entrée en scène des "Administrative Law Judges" en 1972 ou même de leurs prédécesseurs les (independent) "hearing examiners", en 1946, et les quatre arrêts *Morgan* qui ont permis à la Cour suprême de préciser les exigences du "Due Process" face à la décision institutionnelle ont été rendus entre 1936 et 1941⁵¹. Ce qui caractérise la décision institutionnelle n'est pas tant le statut de la personne à qui on délègue la fonction d'entendre que le phénomène de fragmentation du processus d'adjudication qui se produit lorsque des personnes qui n'ont pas entendu oralement conseillent le décideur ou participent au délibéré. Comme le soulignaient à propos certains auteurs du Canada anglais:

"Some decisions of administrative agencies are made in the same personal way (as judges decisions): an identified individual official, or a small group of officials, makes a decision and takes responsibility for it. However, other decisions are the product of institutions and institutional processes, and they can usefully be described as 'institutional decisions' "⁵².

Sous-section 1 - La notion d'audition

1. La délégation du pouvoir d'entendre

La question à savoir si le décideur a l'obligation de participer personnellement à l'audition orale s'est posée dans l'arrêt *Arlidge c. Local Government Board*⁵³. Il s'agissait d'une affaire où le législateur avait transféré à un organisme administratif une juridiction d'appel, antérieurement exercée par les cours de justice, en matière d'éviction de résidences jugées insalubres.

51. Voir K.C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, 2e ed., vol. 3, 1980, pp. 312 ss.

52. EVANS, JANISH, MULLAN et RISK, *Administrative Law Cases, Text and Materials*, 2e ed, Edmond Montgomery, 1984, p. 255.

53. (1915) A.C. 120, Note: A.V. DICEY, (1915) *Law Quarterly Review* 148; B. SCHWARTZ, "Institutional Administrative Decisions and the Morgan Cases: A Re-Examination", (1955) 4 *J. Pub. L.* 49; B. SCHWARTZ, (1955) 33 *Can. B. Rev.* 223.

La seule disposition statutaire sur la procédure autorisait la Commission à adopter les règles de procédure qu'elle juge appropriées sous réserve de l'obligation de tenir une audition publique. La Commission adopta des règles par lesquelles elle délègue à un inspecteur la fonction de tenir l'audition et de lui faire rapport.

Un propriétaire dont on avait ainsi rejeté l'appel conteste la décision au motif que la procédure suivie contrevient à la justice naturelle puisqu'elle l'empêche d'être entendu directement par le décideur. Saisie du litige, la Chambre des Lords, renverse la Cour d'appel et déclare que la justice naturelle n'oblige pas les organismes à fonctionner sur le modèle des tribunaux judiciaires. Elle retient plutôt qu'en l'absence de disposition expresse au contraire, il faut présumer que le législateur, avait l'intention de permettre au tribunal administratif d'exercer ses pouvoirs quasi-judiciaires selon une procédure qui lui permette d'opérer efficacement⁵⁴.

"... The assumption that the methods of natural justice are ex necessitate those of Courts of justice is wholly unfounded, (...) when, therefore, Parliament entrusts it (le Local Government Board) with judicial duties, Parliament must be taken, in the absence of any declaration to the contrary, to have intended it to follow the procedure which is its own, and is necessary if it is to be capable of doing its work efficiently"⁵⁵.

Par conséquent, la Cour déclare que la Commission pouvait déléguer la fonction d'entendre à un inspecteur pourvu que ce dernier offre aux parties une opportunité raisonnable d'être entendues⁵⁶.

La discrétion du décideur de déléguer la fonction d'entendre oralement fut réaffirmée dans une décision plus récente du Conseil Privé se rapportant à une affaire *Jefferies c. New Zealand Production and Marketing Board*⁵⁷. Les appelants invoquaient entre autres que la Commission avait fait défaut de respecter les règles de justice naturelle en déléguant son pouvoir judiciaire d'entendre à un comité. Le Conseil privé, sous la plume du Vicomte Dilhorne rejette la prétention qu'un décideur qui a l'obligation d'agir judiciairement doive personnellement participer à l'audition orale. Il retient plutôt que, bien que la loi n'autorise pas expressément la

54. *Arlidge c. Local Government Board*, (1915) A.C. 120, 138 (Lord Shaw); voir aussi p. 134 (Lord Haldane), pp. 144-145 (Lord Parmoor), p. 151 (Lord Moulton).

55. *Id.*, 132.

56. *Id.*, 133 (Lord Haldane); pp. 144-145 (Lord Parmoor), p. 150 (Lord Moulton).

57. (1967) A.C. 551.

Commission à déléguer ses pouvoirs, celle-ci est maître de sa procédure⁵⁸ et peut, à sa discrétion, choisir d'entendre personnellement ou par l'intermédiaire d'un comité.

"Whether the board heard the interested parties orally or by receiving written statements from them is as Hamilton L.J. said in *Rex v. Local Government Board, Ex parte Arlidge*, a matter of procedure. Equally it would have been a matter of procedure if the board had appointed a person or persons to hear and receive evidence and submissions from interested parties for the purpose of informing the board of the evidence and submissions ... This procedure may be convenient when the credibility of witnesses is not involved ..."⁵⁹.

Au Canada, les tribunaux ont aussi résisté à la demande qui leur était faite d'étendre leur code de procédure aux tribunaux administratifs. Selon le professeur Mullan,

"There is no absolute requirement under the *audi alteram partem* rule that persons entitled to its benefit be accorded an oral hearing before the ultimate decision-maker"⁶⁰.

Ainsi, il peut être suffisant d'accorder aux parties l'opportunité de faire des représentations écrites⁶¹ ou, dans les cas où les parties ont droit à une audition orale, le décideur pourra, si la nature de la question en litige le permet, déléguer à une personne ou à un comité la fonction d'entendre la preuve et les arguments pourvu qu'il conserve son pouvoir de décider⁶².

58. L'article 12(10) de la loi prévoyait que la Commission était maître de sa procédure. L'existence d'une disposition expresse n'est cependant pas nécessaire pour atteindre ce résultat. La jurisprudence reconnaît plutôt qu'à moins de disposition expresse dans la Loi, l'organisme administratif est maître de sa procédure sous réserve de l'obligation de respecter ces règles de justice naturelle. Voir: *Hoffman - Laroche Ltd. c. Delmar Chemicals Ltd.*, (1965) R.C.S. 575; *R. c. Race Relations Board, ex parte Selvarajan*, (1975) 1 W.L.R. 1686 (C.A.); *Guay c. Cité de Shawinigan*, (1979) C.A. 315; *Lipkovits c. CRTC*, (1983) 2 C.F. 321. Ces causes sont citées dans Y. OUELLETTE et D. PARADIS, *Règles de procédure des tribunaux administratifs du Québec*, Les Éditions Yvon Blais, 1985, art. 1.4, p. 4.

59. *Jefferies c. New Zealand Production and Marketing Board*, (1967) A.C. 551, 568.

60. D.J. MULLAN, *Administrative Law*, 2e éd., Agincourt, Carswell Co. Ltd., 1979, paragraphe 31.

61. Voir notamment *Komo Construction Inc. c. Commission des relations de travail du Québec*, (1968) R.C.S. 172; *Hoffman Laroche Ltd. c. Delmar Chemicals*, (1965) R.C.S. 575; *Labrikanos c. Commission scolaire protestante du Grand Montréal*, (1970) C.S. 979.

62. MULLAN, *op. cit.*, note 60, paragraphe 31.

Les seuls cas où une partie pourrait semble-t-il exiger un droit d'être entendue de vive voix par le décideur en se basant sur la justice naturelle, seraient les cas où la décision contestée a un effet grave sur les droits, et où la crédibilité des témoins est un facteur important aux fins de décider, par exemple, en matière disciplinaire⁶³. L'exception relative à la crédibilité se retrouve de façon expresse dans l'affaire *Jeffs*⁶⁴ et se justifie en raison du fait qu'il devient alors impossible de dissocier l'aspect procédural de l'aspect décisionnel. La crédibilité des témoins étant un facteur qui s'apprécie surtout à l'audition orale, il devient impossible au décideur qui délègue la fonction d'entendre de rendre une décision personnelle, et une délégation du pouvoir d'entendre équivaut par conséquent à une délégation du pouvoir de décider. Ce qui en matière quasi-judiciaire est interdit à moins d'autorisation expresse dans la loi⁶⁵. C'est le sens des arrêts *Vine c. National Dock Labor Board*⁶⁶ et *Régina c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, ex p. Ahmad*⁶⁷. Dans ce dernier arrêt, la Cour a déclaré illégale la délégation faite à un comité du pouvoir d'enquêter et de faire rapport sur la qualité des soins prodigués par un médecin, au motif que:

-
63. *Ibid.* Je me distingue du professeur Mullan en ajoutant au critère de la crédibilité, celui de la gravité de l'effet sur les droits comme étant pertinent aux fins de déterminer l'obligation du décideur de participer à l'audition orale. Il m'apparaît aussi que le facteur crédibilité ne devrait servir qu'à illustrer un principe plus général voulant que le décideur soit tenu de participer à l'audition orale chaque fois qu'il ne peut être adéquatement disposé du litige autrement.
64. *Jeffs c. New Zealand Production and Marketing Board*, (1967) A.C. 551, 568. Le Conseil privé souligne que la délégation du pouvoir d'entendre est acceptable " ... when the credibility of witnesses is not involved...".
65. J. WILLIS, "Delegatus Non Protest Delegate", (1943) 21 *R. du B. Can.* 257. Incidemment, les tribunaux judiciaires ont insisté sur l'absence de pouvoir décisionnel de l'officier d'audience ainsi que sur son rôle de cueilleur d'informations pour rejeter la prétention qu'une délégation du pouvoir d'entendre constituait une sous-délégation illégale de pouvoirs quasi-judiciaires. Voir notamment, dans l'arrêt *CRTC c. CTV*, (1982) 1 R.C.S. 530, 551, la référence que fait le juge Laskin à la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Board of Broadcast Governors and the Minister of Transport*, (1962) 33 D.L.R. (2d) 449, note D.J. MULLAN, (1983) 5 *Sup. Ct. Law Rev.* 49, 51. Voir aussi *Commission de la fonction publique c. Desbiens*, (1970) C.A. 727, Exception: voir *Régina c. College of Physicians and surgeons of British Columbia, ex p. Ahmad*, (170) 18 D.L.R. (3d) 197 (B.C.C.A.).
66. (1957) A.C. 488.
67. (1970) 18 D.L.R. (3d) 197 (B.C.C.A.).

"The findings and conclusions arrived at by the committee of three would of necessity depend entirely upon the evidence given by persons at the various hearings .. (et puisque le décideur n'a jamais rencontré ces personnes)..(it) would be unable to form an independent conclusion as to the credibility of the witness who had testified before the committee of three..."⁶⁸.

Par conséquent, la Cour conclut qu'en l'absence de disposition explicite l'autorisant à déléguer son pouvoir de décider, le Conseil devait entendre personnellement⁶⁹. C'est peut-être aussi en raison de la pertinence du facteur crédibilité qu'il faut comprendre la décision peu motivée rendue par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Ville de Dolbeau c. La Commission municipale du Québec et autres*⁷⁰.

En ce qui concerne l'exception relative à l'effet grave sur les droits, la Cour suprême du Canada se basait sur ce critère pour moduler les obligations incombant au décideur et refuser, dans l'arrêt *CRTC c. CTV*⁷¹, d'étendre au CRTC le principe énoncé dans l'arrêt *Mehr*⁷² selon lequel il faut avoir participé à toute l'audition pour participer à la décision. La Cour, sous la plume du juge Laskin, déclarait à ce sujet:

"This is not a case where CTV was being required to answer a criminal or penal charge or where some property right was at jeopardy, or where punishable misconduct was alleged, but where it was seeking an indulgence. (...) it was entitled to expect that its licence would be renewed..."⁷³.

Bien que cette décision ne porte pas spécifiquement sur la question à savoir si le décideur doit entendre directement, on y réaffirme que le critère de l'effet sur les droits est pertinent non seulement aux fins de déterminer quand les règles de justice naturelle s'appliquent, mais aussi le contenu des garanties procédurales qu'elles requièrent dans un cas donné⁷⁴. Ne pourrait-on pas, par

68. *Id.* 204 (juge Branca).

69. *Ibid.* Voir aussi *Vine c. National Dock Labor Board*, [1957] A.C. 488.

70. J.E. 84-265. La Cour y a déclaré que le quorum désigné pour entendre l'appel d'un greffier municipal suspendu suite à une accusation de détournement de fonds, se devait d'entendre directement les représentations des parties.

71. *CRTC c. CTV*, (1982) 1 R.C.S. 530.

72. *Mehr c. Law Society of Upper Canada*, (1955) R.C.S. 344.

73. *CRTC c. CTV*, (1982) 1 R.C.S. 530, 546. Bien que le juge Laskin réfère en outre à la dichotomie droit-privilege ("indulgence"), cette distinction semble avoir été abandonnée, et je préfère pour ma part insister sur la distinction basée sur la gravité des effets que laissent entrevoir les exemples choisis.

74. À ce sujet voir notamment, PÉPIN, G., Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2e éd., p. 165 ss.

analogie prétendre que la gravité de l'effet sur les droits est un critère pertinent aux fins de déterminer si le décideur a l'obligation de participer à l'audition orale?

Bref, la nature de l'organisme décisionnel, le type de question en litige ainsi que des considérations d'efficacité sont retenus aux fins d'apprécier le degré de participation personnelle requis au décideur. On pourra exiger que le décideur entende oralement lorsque la loi le prévoit expressément ou que la nature de la question en litige est telle qu'il ne peut en être adéquatement disposé autrement. Par exemple, lorsque la crédibilité des témoins est un facteur important à considérer aux fins de décider⁷⁵. Dans les autres cas, les tribunaux semblent disposés, comme en font foi les arrêts *Arlidge*, *Jeffer* et *CRTC c. CTV*⁷⁶, à reconnaître au décideur le pouvoir de déléguer la fonction d'entendre oralement. Reste à voir la façon dont le décideur devra se saisir du dossier pour respecter la justice naturelle. Est-il tenu de lire personnellement toute la preuve et les arguments soumis par les parties ou peut-il se faire assister? Si l'on répond par l'affirmative à cette deuxième question à quelles conditions peut-il bénéficier de la connaissance de l'officier d'audience?

2. Les composantes minimales d'une audition aux fins de décision

Comme le soulignait une cour américaine,

"While 'The one who decides must hear', it must be remembered that 'hear' is used in the artistic sense of requiring certain procedural minima to insure an informed judgment by the one who has the responsibility of making the final decision or order. That did not necessitate the Secretary becoming a presiding officer at the hearing in the Morgan litigation"⁷⁷.

Tout comme en droit américain, les tribunaux anglais et canadiens interprètent de façon libérale l'obligation d'entendre et reconnaissent que l'on puisse dans certains cas scinder les fonctions d'entendre oralement et de décider, pourvu que le décideur reçoive un rapport suffisamment complet pour lui permettre "d'entendre", c'est-à-dire de considérer avant de décider. Ce qui n'implique pas toujours que chaque membre de l'autorité décisionnelle ait l'obliga-

75. Voir notamment *Vine c. National Dock Labour Board*, (1957) A.C. 488 (Eng. H.L.); *Mehr c. Law Society of Upper Canada*, (1955) R.C.S. 344; *Jeffer c. New Zealand*, 569; MULLAN, *op. cit.*, note 60, par. 31, pp. 3-112.

76. (1915) A.C. 120; (1967) A.C. 551; (1982) 1 R.C.S. 530.

77. *Southern Garment Manufacturers Association c. Fleming*, 122 F. (2d) 622 (D.C. cir. 1941).

tion de lire personnellement toute la preuve et les arguments versés au dossier par les parties. À ce sujet, dans *CRTC c. CTV* le juge Laskin insistait, avant de conclure à la légalité de la procédure suivie, sur le fait que le comité d'audience avait:

“Au moyen d'un procès-verbal ou autrement, fait connaître aux membres du comité de direction (le décideur) les questions soulevées au sujet de la demande ...”⁷⁸.

Le Conseil privé s'est aussi prononcé sur cette question dans l'arrêt *Jeffs c. New Zealand Production and Marketing Board*⁷⁹. Il s'agissait d'un cas où une commission autorisée à régir la production et la mise en marché du lait avait le pouvoir d'établir des zones exclusives d'approvisionnement obligeant les producteurs laitiers à n'approvisionner que la laiterie se trouvant dans leur zone. Le schéma d'approvisionnement d'une région venant à échéance, la commission composée de treize personnes désigne trois de ses membres pour faire enquête et rapport sur la demande de zonage qui lui avait été soumise par une laiterie.

Le comité de trois tient une audition publique et après avoir entendu les parties intéressées, remet à la Commission un rapport écrit contenant les prétentions de la compagnie requérante et les recommandations du comité. La Commission accepte les recommandations du comité et émet une ordonnance y donnant suite.

Un groupe de fermiers visés contestent la validité de l'ordonnance. Ils invoquent entre autre motif que la Commission aurait fait défaut de respecter les règles de justice naturelle en basant sa décision sur le rapport soumis par le comité, sans avoir au préalable pris connaissance de la preuve et des représentations soumises par les parties⁸⁰. Il n'est pas contesté que la Commission avait l'obligation d'agir judiciairement⁸¹.

Le Conseil privé rejette la prétention que le décideur ait eu l'obligation de lire personnellement la preuve et les arguments soumis par les parties et retient plutôt que si:

“(...) the board, before it reached a decision, was fully informed of the evidence given and the submissions made and had considered them, then it

78. (1982) 1 R.C.S. 530, 550. Voir aussi *Transmountain Pipeline c. Office National de l'Énergie*, (1979) 2 C.F. 118, 120; *Arlidge*, (1915) A.C. 120, 151 (Lord Moulton).

79. (1967) A.C. 551, Note: K.J. KEITH, (1968) *The Modern Law Review* 87.

80. *Jeffs*, (1967) A.C. 551, 566.

81. *Id.*, 569.

could not have been said that the board had not heard the interested parties and had acted contrary to the principles of natural justice. In some circumstances it may suffice for the board to have before it and to consider an accurate summary of the relevant evidence and submissions if the summary adequately discloses the evidence and submissions"⁸².

Le Conseil privé conclut tout de même qu'en l'espèce la Commission avait décidé sans entendre puisque le résumé sur lequel sa décision était fondée ne faisait nullement état de la preuve soumise par les parties.

Ainsi, non seulement le décideur qui n'a pas participé à l'audition orale, n'a-t-il pas à lire personnellement toute la preuve et les arguments soumis par les parties, il peut de plus dans certains cas décider sur la base d'un simple résumé. La Cour ne donne pas beaucoup d'indices sur les circonstances susceptibles de justifier un organisme à statuer sur la base d'un résumé. On peut, par exemple, prévoir que ce procédé serait accepté dans les cas où l'organisme décisionnel est composé d'un grand nombre de personnes. Mais, comme le soulignait Lord Denning dans *R. c. Race Relations Board*⁸³, il faudrait que ce soit à la condition que certains membres de l'organisme décisionnel aient reçu un dossier complet. Autrement, il devient douteux que l'organisme puisse rendre une décision personnelle si la seule information dont il dispose est celle qui a été filtrée par l'officier d'audience. Le problème est toutefois plutôt théorique puisqu'en général la délégation du pouvoir d'entendre est faite aux membres de l'organisme décisionnel⁸⁴.

Il va de soi qu'avant d'annuler une décision au motif que le décideur ne s'est pas acquitté de son obligation d'entendre, il faudra examiner chaque cas à la lumière des circonstances qui lui sont propres. Il faudra probablement s'attendre à ce que les juges diffèrent d'opinion sur la suffisance du rapport soumis au décideur⁸⁵ ou

82. *Id.*, 568.

83. (1975) 1 W.L.R. 1686.

84. Voir *supra*, note 50 et *Transmountain Pipeline c. O.N.E.*, (1979) 2 C.F. 118; *Jeffs*, (1967) A.C. 551 et *CRTC c. CTV*, (1982) 1 R.C.S. 530.

85. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Race Relations Board*, (1975) 1 W.L.R. 1686, la Cour d'appel s'est dite d'avis qu'il n'était pas nécessaire pour que la décision soit valide, que tous les membres qui y ont participé aient un dossier ou même un résumé complet. L'appelant contestait en l'occurrence la décision du *Race Relations Board* au motif que seulement trois des sept personnes qui ont pris part à la décision avaient un dossier complet. Les quatre autres personnes n'avaient qu'un rapport d'une page et demie contenant un bref résumé et une recommandation. Lord Denning souligne qu'à son avis, le fait que quatre décideurs sur sept n'avaient qu'un résumé

sur les circonstances qui justifient un organisme à statuer sur la base d'un résumé⁸⁶. Il ressort toutefois de la jurisprudence examinée qu'à moins d'une disposition expresse dans la Loi, il n'y a pas de règle rigide obligeant le décideur qui n'a pas entendu oralement à lire personnellement toute la preuve⁸⁷. Le minimum requis est toutefois que ce dernier soit informé, d'une manière appropriée aux circonstances, de la question en litige, ainsi que des preuves et arguments soumis par les parties, de sorte qu'il soit en mesure de rendre une décision personnelle. Cette approche nous paraît équilibrée et conforme à l'esprit de la justice naturelle.

L'expérience américaine démontre d'ailleurs que si les cours exigeaient une plus grande contribution personnelle du décideur (comme par exemple l'obligation dans tous les cas de lire le dossier au complet), elles se retrouveraient devant une situation fort délicate le moment venu d'en contrôler le respect. En effet, sauf de rares exceptions, la seule personne qui connaît le degré de considération personnelle apportée au dossier par le décideur est le décideur lui-même. Or, comment les parties pourraient-elles prouver la violation de cette obligation sans assujettir le décideur à l'odieux d'un interrogatoire? C'est ce qui a justifié la Cour suprême des États-Unis à reconnaître au décideur un privilège contre les interrogatoires visant à scruter la façon dont il prend connaissance du dossier. Depuis l'arrêt *Morgan II*⁸⁸ et de façon plus explicite depuis *Morgan IV*⁸⁹ la façon dont le décideur se familiarise avec le dos-

incomplet aurait été inacceptable s'il s'était agi de fonctions judiciaires puisque: "... it may reasonably be inferred that these four were not in a position to form an opinion of their own. They must have gone by the opinion of the other three who had received all the papers and had read them" (p. 1695). Cependant puisqu'ici la Commission n'exerçait que des fonctions de nature administrative et qu'elle était autorisée à déléguer ses pouvoirs, sa décision a été considérée valide.

86. Le Conseil privé n'a pas indiqué de critères à cet effet dans l'arrêt *Jeffs*. Il est aussi intéressant de noter la différence entre les conclusions de l'arrêt *R. c. Race Relations Board*, (discuté plus haut) et celles de l'arrêt *Jeffs*. Dans *Jeffs*, le Conseil privé a annulé la décision en dépit du fait que (1) le comité d'audience était composé de membres de l'autorité décisionnelle lesquels formaient trois des treize décideurs, et (2) que la question à trancher (selon un processus judiciaire) en était une de "policy". Voir KEITH, *loc. cit.*, note 79.

87. Cette exigence n'existe pas non plus aux États-Unis. Voir B. SCHWARTZ, *Administrative Law, A Case Book*, 2nd ed, Little, Brown and Co., 1982, pp. 556-557.

88. *Morgan c. United States*, 304 U.S. 1 (1938).

89. *U.S. c. Morgan*, 313 U.S. 409 (1941).

sier échappe au contrôle judiciaire. La Cour, sauf dans les cas manifestes de mauvaise foi ou lorsqu'il existe une preuve démontrant l'irrégularité⁹⁰, ne peut questionner le décideur aux fins de découvrir s'il a lu et compris le dossier⁹¹. Un passage du juge Rand dans l'affaire *Roncarelli c. Duplessis* laisse entendre qu'il partage les vues exprimées par la Cour américaine lorsqu'il reconnaît que mis à part les cas visibles de mauvaise foi "... il peut n'y avoir aucun moyen ... de contraindre (la Commission) à justifier son refus ou sa révocation ou à donner les raisons pour lesquelles elle a agi comme elle l'a fait"^{91a}.

Nous ne pouvons qu'être d'accord avec cette attitude de retenue judiciaire. Bien que les tribunaux ne puissent accepter que l'exercice des pouvoirs quasi-judiciaires soit totalement délégué, il y a des limites à ce qu'ils peuvent faire pour corriger la situation. Ils ont un rôle important à jouer pour veiller au respect de la procédure imposée par la loi ou la jurisprudence, mais une fois admis que le décideur était dûment saisi du dossier, l'on verrait mal qu'ils s'ingèrent dans le processus décisionnel de l'organisme au point d'examiner la connaissance, la compréhension ou même le degré de réflexion que le décideur a apporté au dossier. Comme le soulignait la Cour suprême des États-Unis, après avoir décrit l'interrogatoire que la cour de première instance avait fait subir au décideur:

"... the Secretary should never have been subjected to this examination ... Such an examination of a judge would be destructive of judicial responsibility ... just as a judge cannot be subjected to such a scrutiny, ... so the integrity of the administrative process must be equally respected ..."⁹².

Dans le même sens, on notera également qu'au niveau de la preuve, les tribunaux sont disposés à présumer que le décideur connaissait le dossier sur lequel il s'est prononcé, s'il est démontré que la preuve et les plaidoiries soumises par les parties lui avaient été communiquées. C'est le cas notamment de l'arrêt *Transmountain Pipeline c. Office National de l'Énergie* où la Cour fédérale déclarait:

90. *Citizens to Preserve Overton Park c. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971); *National Management Corp. c. NLRB*, 497 F. (2d) 298 (2nd cir. 1974); *S.D. Warren Co. c. NLRB*, 342 F. (2d) 841 (1 et 2 cir. 1965).

91. Voir J.R. ROBERTSON, "The Use of Official Notice by Administrative Tribunal", *Queens Law Journal* 3, 48.

91a. (1959) R.C.S. 121, cette inférence est partagée par ROBERTSON, *id.*, 48.

92. *United States c. Morgan*, 313 U.S. 409, 422 (1941) cité dans SCHWARTZ, *op. cit.*, note 87, 562.

“On ne peut cependant contester le fait que cette audience lui a été accordée, étant donné que ce dossier démontre que les preuves fournies et les plaidoiries présentées par l'appelant devant le membre président ont été communiquées à l'office”⁹³.

Il ne s'agit là que d'une facette de la présomption générale de régularité de la procédure et de bonne foi de l'administration,⁹⁴ laquelle pourrait vraisemblablement être réfutée par l'existence d'une preuve claire à l'effet que l'autorité n'a pu prendre connaissance du dossier avant de décider. À cet égard, on se souviendra sans doute de la fermeté de la Cour suprême dans l'affaire *Alliance des professeurs*⁹⁵ lorsqu'il a été démontré que la Commission avait rendu sa décision avant même de recevoir copie de la requête.

Sous-section 2 - La communication du rapport de l'officier d'audience

Lord Denning déclarait dans l'affaire *R c. Race Relations Board*⁹⁶ que le résumé remis par l'officier d'audience au décideur:

“... should outline the facts, the points in controversy and the issues. It should not tell the committee what the result should be ... That is undesirable because it might tempt the members of the board to take a short cut -and not read the papers- and merely rubber-stamp the recommendation”⁹⁷.

Toutefois, bien que jugée regrettable, la présence de recommandations dans le document transmis au décideur n'a pas eu pour effet d'invalider le processus décisionnel. De même, dans l'arrêt *CRTC c. CTV*, le juge Laskin, par la référence qu'il fait à l'arrêt *R. c. Board of Broadcast Governors and Minister of Transport*, laisse entrevoir qu'en raison de leur caractère non exécutoire, les opinions ou recommandations formulées par l'officier d'audience ne porteraient pas atteinte à la légalité ou à l'intégrité du processus décisionnel⁹⁸.

93. *Transmountain Pipeline c. Office National de l'Énergie*, (1979) 2 C.F. 118, 120. Voir aussi *CRTC c. CTV*, (1982) 1 R.C.S. 530, 550; *Wright's Canadian Ropes c. MNR*, (1945) E.C. 174, 185; *Trans Quebec & Maritime Pipeline Inc. c. Nat Energy Bd*, 8 Admin. L.R. 177, 185, 186.

94. Sur la présomption, voir aussi *Re Securities Act and Morton*, (1946) 3 D.L.R. 724; *City of Melville c. A.G. of Canada*, (1982) 129 D.L.R. 488; *Barreau du Québec c. Sainte-Marie*, (1977) 2 R.C.S. 414, 417.

95. *Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal c. The Labour Relations Board of Quebec*, (1953) 2 R.C.S. 140.

96. (1975) 1 W.L.R. 1686.

97. *Id.*, 1695.

98. (1982) 1 R.C.S. 530, 550.

Le rôle de l'officier à qui on délègue le pouvoir d'entendre n'a pas été perçu traditionnellement comme se limitant au rôle d'un sténographe ou d'une machine enregistreuse. Souvent, en plus de lui permettre de jouer un rôle actif lors de la réception de la preuve et des arguments⁹⁹, on lui confie la fonction de résumer les faits, la preuve et les arguments et de faire des recommandations¹⁰⁰. Ce travail comporte une large part d'appréciation. L'officier d'audience sélectionne parmi la preuve et les arguments soumis par les parties, les éléments qu'il juge pertinents et, après les avoir évalués, suggère au décideur la décision qu'il devrait rendre. On ne s'étonnera pas que les parties se sentent menacées par ce rapport qui n'insiste pas nécessairement sur les points qu'elles jugent essentiels au soutien de leurs prétentions, et qui plus est, tente de convaincre le décideur d'agir dans un sens susceptible de leur être défavorable. C'est dans ce contexte que se pose la question à savoir si la justice naturelle requiert la divulgation aux parties du rapport de l'officier d'audience.

En Angleterre, la Chambre des Lords a rejeté, dans l'affaire *Arlidge*, la prétention qu'une partie ait le droit d'exiger d'être informée du contenu du rapport et d'avoir l'opportunité de le réfuter avant que la décision ne soit prise.

Lord Moulton déclare à ce sujet:

"... no such right is given by statute or by an established custom of the department. Like every administrative body, the Local Government Board must derive its knowledge from its agents, and I am unable to see any reason why the reports which they make to the department should be made public. It would, in my opinion, cripple the usefulness of the inquiries... Such a practice would, in my opinion, be decidedly mischievous"¹⁰¹.

Dans un commentaire publié en 1955, le professeur Schwartz, fortement en désaccord avec cette politique du secret, craignait que l'arrêt *Arlidge* ait irrévocablement réglé la question en Angle-

99. Par exemple lorsqu'il est investi des pouvoirs conférés aux commissaires nommés en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q., c. C-37. Voir à ce sujet *Procureur Général de la Province de Québec et Restaurants et Motels Châtelaine Internationale Ltée*, (1977) C.A. 454.

100. C'était le cas notamment dans les arrêts analysés ci-avant.

101. *Arlidge*, (1915) A.C. 120, 151. Voir aussi p. 137 (Lord Shaw); p. 134 (Lord Haldane); p. 143 (Lord Parmoor). Cet arrêt fut suivi notamment dans *Denby & Sons c. Minister of Health*, [1936] 1 K.B. 337, 343 et dans *Wrights Can. Ropes c. M.N.R.*, (1945) E.C. 174, 183-184. N.B.: il n'est pas question de divulgation du rapport dans les arrêts *Jeffs* et *R. c. Race Relations Board*.

terre¹⁰². Il semble toutefois que les problèmes reliés à la non-divulgaration du rapport aient dans une certaine mesure été corrigés législativement¹⁰³.

Le caractère confidentiel du rapport de l'officier d'audience fut également reconnu aux États-Unis, d'abord dans l'arrêt *Morgan IV* où la Cour suprême a maintenu l'ordonnance de l'organisme, bien qu'elle mentionne que le Secrétaire: "... held various conferences with the examiner"¹⁰⁴, puis de façon plus explicite dans les années 1960 lorsque la Cour a déclaré expressément qu'en l'absence de disposition statutaire au contraire, le rapport de l'officier d'audience n'avait pas à être communiqué¹⁰⁵. Cette règle a été changée par le *Administrative Procedure Act*¹⁰⁶ mais continue de s'appliquer aux cas qui ne tombent pas sous ses prescriptions.

Le principe de la non-divulgaration du rapport de l'officier d'audience a donné lieu à de sévères critiques en doctrine¹⁰⁷ et en jurisprudence¹⁰⁸. Le professeur Schwartz, l'un des adversaires les plus tenaces dénonce que:

"Other than the claim of administrative convenience, no valid reason was really given in *Arlidge* why inspector's reports should be treated as confidential documents"¹⁰⁹.

102. B. SCHWARTZ, (1955) 33 *Can. Bar. Rev.* 223, 229.

103. S.A. DE SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, 4e éd., Londres, Stevens and Sons Ltd., 1980 (préparé par le professeur J.M. Evans de Toronto), pp. 166 ss et 208-211; H.W.R. WADE et B. SCHWARTZ, *Legal Control of Government*, Clarendon Press Oxford, 1972, p. 168.

104. *U.S. c. Morgan*, 313 U.S. 409 (1941). Puisque le rapport oral de l'officier d'audience poursuit le même but que son rapport écrit la doctrine infère de cet arrêt que le rapport de l'officier d'audience n'a pas à être communiqué aux parties. Voir K.C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, 2nd ed., vol. 3, 1980, pp. 302-306.

105. *Gonzales c. U.S.*, 364 U.S. 59, 63 (1960) cité dans DAVIS, *op. cit.*, note 51, 305.

106. SCHWARTZ, *op. cit.*, note 87, 572-587.

107. *Id.*, 224, 225; DE SMITH, *op. cit.*, note 103, 182 ss; ROBERTSON, *loc. cit.*, note 90, 61; SCHWARTZ et WADE, *op. cit.*, note 103, 162-173.

108. Voir notamment *Mazza c. Cavicchia*, 15 N.J. 498, 105 A. (2d) 545 (1954) et autres arrêts cités dans SCHWARTZ, *Administrative Law, A Case Book*, 2nd ed, Little, Brown and Co., 1982, p. 570, note 8. Au Canada, voir *Knapman c. Board of Health*, (1954) 3 D.L.R. 760 et développement *infra*.

109. SCHWARTZ, (1955) 33 *Can. Bar Rev.* 228; "Institutional Administrative Decisions and the Morgan Cases: A Re-Examination, (1955) 4 *J. Pub. L.* 49; *op. cit.*, note 87, 569-572.

Il s'agit à son avis d'un mauvais calcul puisque les obligations additionnelles imposées par la divulgation n'auraient pas été très onéreuses (on aurait pu se limiter à informer les parties des principaux points soulevés et à leur permettre de faire des représentations écrites dans un délai imparti), alors que la divulgation pourrait par contre contribuer de façon significative à minimiser le risque d'erreurs graves et à redonner confiance aux parties dans le processus administratif¹¹⁰.

Il ne fait aucun doute selon le professeur Schwartz, que le rapport de l'officier d'audience constitue de la preuve hors instance et que le droit d'en être informé est une composante essentielle de la justice naturelle: "Without that feature the use of a hearer's report is like a performance of Hamlet without the Prince of Denmark"¹¹¹. Il appuie sa position sur un arrêt *Mazza c. Cavichia*¹¹², qui à son avis aurait dû être suivi aux États-Unis ainsi que dans les autres pays de tradition britannique, et où la cour de l'État du New Jersey, assimile le rapport de l'officier d'audience à un témoin qui présente sa preuve au juge dans le dos des parties, sans que celles-ci aient le moyen de savoir ce qui a été dit¹¹³.

Bien qu'il soit clairement établi en droit anglais, canadien et américain qu'un décideur tenu d'agir judiciairement ne peut recueillir de preuve hors instance à l'insu des parties¹¹⁴, les tribunaux

110. SCHWARTZ, *op. cit.*, note 87, 570-572.

111. SCHWARTZ, (1955) 33 *Can. Bar Rev.* 228-229.

112. 15 N.J. 498, 105 A. (2d) 545 (1954).

113. SCHWARTZ, *loc. cit.*, note 111, 228. On se rappellera que la Cour suprême des États-Unis a décidé le contraire *supra*, notes 104-105. L'approche de la Cour du New Jersey qui est analogue à celle de la Cour d'appel dans *Arlidge* [(1914) K.B. 188] ne fut jamais suivie par une Cour fédérale. Voir DAVIS, *op. cit.*, note 51, 304-305; SCHWARTZ, *op. cit.*, note 87, 570, note 8.

114. *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Pfizer c. Sous-ministre du Revenu National*, (1977) 1 R.C.S. 456; *Taverne de la rue Des Ormeaux c. Ville de Montréal*, (1981) 117 D.L.R. (3d) 373; *Re Saskatchewan Oil and Gas and Leach*, (1981) 117 D.L.R. (3d) 373; *Toshiba Corp. c. Anti-Dumping Tribunal*, 8 Admin. L.R. 173 (développement sur le rapport pré-audition); *Radulesco c. Canadian Human Rights Comm.*, 9 Admin. L.R. 261 (C.S.C.); *Cashin c. CBC*, 8 Admin. L.R. 161 (Fed. C.A.); *CRTC and London Cable T.V.*, (1976) 2 C.F. 621; *Magnasonic Canada Ltd. c. Le Tribunal anti-dumping* [1972] C.F. 1239. Dans ce dernier arrêt il avait été démontré que l'officier d'audience avait reçu de la preuve additionnelle et la Cour a exigé que celle-ci soit communiquée aux parties; *R. c. City of Westminster Assessment Committee*, [1941] 1 K.B. 53;

n'ont pas en général eu tendance à considérer le résumé et les commentaires contenus dans le rapport de l'officier d'audience comme étant de la preuve hors instance. Lord Parmoor déclarait à ce sujet dans l'arrêt *Arlidge*:

"If the report of the inspector could be regarded as in the nature of evidence tendered either by the local authority or the owner of the premises, there would be a strong reason for publicity. In my opinion it is nothing of the kind, and is simply a step in the statutory procedure for enabling an administrative body ... to hear effectively an appeal against the order of the local authority"¹¹⁵.

La jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis va dans le même sens. On y considère le rapport de l'officier d'audience comme un document interne, destiné à l'usage du décideur qui a l'entière discrétion d'en divulguer ou non le contenu aux parties¹¹⁶. Nous sommes aussi d'avis que les résumés, commentaires et recommandations de l'officier d'audience ne constituent pas de la preuve hors instance. D'une part, le résumé ne fait que reprendre sous une forme synthétique des informations (preuve et arguments) qui originent des parties, alors que les commentaires et recommandations ne constituent d'autre part que des inférences et suggestions faites par l'officier d'audience sur la base de ce qu'il a entendu. Elles ne lient aucunement le décideur qui demeure libre de les ignorer et de tirer ses propres conclusions.

Au Canada, la question n'a pas à date reçu l'attention qui lui a été réservée aux États-Unis ou même en Angleterre mais les tribunaux ont tout de même eu à se prononcer à quelques reprises. Le poids de la jurisprudence semble aller dans le sens de la confidentialité du rapport mais les décisions sont trop peu nombreuses et surtout trop peu motivées pour que nous puissions y déceler une position irrévocable.

Dans un arrêt *Wright's Canadian Ropes Ltd c. M.N.R.*¹¹⁷, la Cour de l'Échiquier a appliqué l'arrêt *Arlidge* et rejeté le recours visant à obtenir la divulgation du rapport. Le rapport contenant un résumé et des recommandations avait été remis au ministre par l'officier d'audience, dans le cadre d'une procédure d'appel visant à

voir aussi décisions citées dans Y. OUELLETTE et D. PARADIS, *Règles de procédure des tribunaux administratifs du Québec*, Les Éditions Yvon Blais, 1985, art. 1.4, p. 4.

115. *Arlidge*, (1915) A.C. 120, 144.

116. Voir *supra*, note 113.

117. (1945) E.C. 174.

faire reconnaître le droit du contribuable à une déduction aux fins d'impôt. La Cour y déclare que:

"... it was not incumbent on the Minister to disclose to the appellant any report, or reports, he received from the local Inspector..."¹¹⁸.

Par contre, la *Ontario High* s'est écartée de l'arrêt *Arlidge* dans *Knapman c. Board of Health*¹¹⁹. Il y avait dans cette affaire, une loi autorisant une commission locale à ordonner l'évacuation de résidences si elle est "satisfaite après examen" que l'établissement est dangereux pour la santé et sécurité de ses occupants. La commission dépêche deux inspecteurs pour vérifier et faire rapport sur l'état d'habitabilité de chalets loués par monsieur Knapman. Lors d'une réunion privée, la Commission accepte le rapport des inspecteurs et émet une ordonnance d'évacuation. Le propriétaire à qui on avait refusé l'accès à cette réunion invoque un défaut de respecter la justice naturelle.

La *Ontario High Court* retient que la Commission avait l'obligation d'agir judiciairement et, référant à la décision de la Chambre des Lords dans l'arrêt *Arlidge*, déclare que cette exigence impose à l'organisme l'obligation de donner à chaque partie une opportunité adéquate de faire valoir ses moyens¹²⁰. Puis, ignorant la divergence entre la Chambre des Lords et la Cour d'appel sur le contenu de cette obligation, le juge fait revivre la décision de la Cour d'appel et déclare que:

"In law those persons were entitled to know the contents of the report and the substance of any relevant submissions"¹²¹.

Le juge fonde son approche sur le principe énoncé par Lord Buckley de la Cour d'appel à l'effet que:

"It is not consistent with natural justice that the mind of the tribunal should be swayed by statements which are not communicated to the appellant, and with which he is given no opportunity to deal, and which are either (a) a summary of, or an expression of, the result of the evidence given before the inspector, or (b) statements of fact made by the inspector as the result of his inspection. An order cannot justly be made against any man upon evidence not disclosed to him that he may rebut it if he can"¹²².

118. *Id.*, 184.

119. (1954) 3 D.L.R. 760.

120. *Id.*, 771.

121. *Id.*, 772, 770.

122. *Id.*, 772. L'italique est de nous et vise à attirer l'attention du lecteur sur le concept large de "preuve" retenu par la Cour. Les faits dont il est question au point (b) ne posent aucune difficulté et réfèrent à ce qu'on entend

Cette décision fut confirmée par la Cour d'appel d'Ontario¹²³ et par la Cour suprême du Canada¹²⁴. Cette dernière, dans une décision de deux pages, se dit essentiellement d'accord avec le juge de première instance, mais se contente d'invalider la décision au motif que la Commission a manqué à son devoir d'agir judiciairement en n'offrant en aucun temps la possibilité aux parties d'être entendues¹²⁵. On remarquera que les faits et le contexte législatif sont fort différents de ceux de l'arrêt *Arlidge*, et que la Cour suprême pouvait facilement disposer du litige sans avoir à trancher la question controversée de la divulgation du rapport soulevée dans l'arrêt *Arlidge*. On peut même douter du bien-fondé de l'analogie faite par le juge de première instance entre ces deux rapports. On se rappellera que dans *Arlidge* le "Local Government Board" exerçait une juridiction d'appel en matière d'éviction et que les parties avaient eu l'opportunité d'être entendues par l'inspecteur. Le rapport dont on exigeait la divulgation ne contenait pas de preuve au sens strict mais plutôt un résumé de la preuve et des arguments présentés devant lui ainsi que les recommandations de l'inspecteur¹²⁶. Par contre, le rapport soumis dans l'affaire *Knapman* ne fait état que des constatations et commentaires de l'inspecteur résultant de sa visite des lieux. Or, puisque dans l'affaire *Knapman* aucune audition n'avait été accordée aux parties (que ce soit par le décideur directement ou devant un délégué), et que le rapport remis au décideur constituait de la preuve au sens strict¹²⁷, faire reposer la solution de cette affaire sur la décision rendue par la Cour d'appel dans *Arlidge* équivaut à utiliser une massue pour écraser une fourmi.

généralement par preuve hors instance, les éléments indiqués sous le point (a) sont toutefois plus controversés et la jurisprudence majoritaire refuse de les considérer comme de la preuve hors instance.

123. (1955) 3 D.L.R. 248. Il s'agit d'une décision de quelques lignes où la Cour accepte en entier l'opinion du juge de première instance sur le point ici discuté.
124. (1956) S.C.R. 877.
125. *Id.*, 879.
126. *Arlidge*, (1915) A.C. 120, 144.
127. Voir à ce sujet *Local Government Board c. Arlidge*, (1951) A.C. 120, 144; *Taverne de la rue Des Ormeaux c. Ville de Montréal*, (1981) C.S. 324; *Re Saskatchewan Oil and Gas and Leach*, (1981) 117 D.L.R. (3d) 373; *Radulesco c. Canadian Human Rights Comm.*, (1985) 9 Admin. L.R. 261 (S.C.C.); *Cashin c. CBC*, (1985) 8 Admin. L.R. 166 (C.F. division d'appel); *CRTC and London Cable TV*, (1976) 2 C.F. 621.

Dans une affaire *Ville de Dolbeau c. Commission Municipale du Québec*¹²⁸, la Cour d'appel du Québec pour des raisons qu'elle n'a pas jugé utile d'expliquer s'est également prononcée en faveur de la divulgation du rapport et a annulé la décision de la Commission comme contraire aux règles de justice naturelle. La Cour déclare à cet effet:

"... la Commission, une fois saisie du rapport de l'enquêteur, avait l'obligation, non seulement d'examiner ledit rapport, mais également de convoquer les parties devant elle pour entendre leurs représentations. (...) Toute personne affectée par ledit rapport avait le droit d'être entendue et de faire ses représentations"¹²⁹.

Bien que l'opportunité de faire des représentations écrites sur le rapport pourrait dans plusieurs cas être suffisante pour respecter les règles de justice naturelle, l'exigence de représentations orales s'explique ici en raison de l'importance qu'avait l'appréciation de la crédibilité des témoins aux fins de décider.

La Cour fédérale d'appel s'est également prononcée sur la question de la divulgation du rapport de l'officier d'audience dans l'affaire *Transmountain Pipeline c. Office National de l'Énergie*¹³⁰, où elle a retenu que:

"(...) la justice naturelle n'exigeait pas que l'on accorde ... à l'appelant le droit d'exprimer ses vues sur le rapport du membre président. La rédaction de ce rapport faisait partie du processus de décision de l'Office et je ne pense pas que l'appelante avait le droit de s'ingérer dans ce processus"¹³¹.

Aucune jurisprudence ou doctrine n'est citée au soutien de la position retenue¹³². Deux autres décisions récentes de cette cour appliquent le même principe de confidentialité, au rapport post-audition effectué par le personnel d'un organisme au bénéfice du décideur¹³³. Bien que sommaire, la motivation de l'arrêt *Trans Quebec Pipeline* fait ressortir que le rapport ne devra obligatoire-

128. J.E. 84-265.

129. *Id.*, 6.

130. (1979) 2 C.F. 118.

131. *Id.*, 120.

132. On remarquera qu'il y avait en l'occurrence une disposition expresse autorisant l'office à déléguer la fonction d'entendre et sur présentation du rapport à l'adopter à titre d'ordonnance ou à statuer autrement. Cette disposition ne nous semble cependant pas explicite au point d'écarter de soi la divulgation du rapport.

133. *Toshiba Corp. c. Anti-Dumping Tribunal*, (1984) 8 Admin. L.R. 173; *Trans Quebec Pipeline c. N.E.B.*, (1984) 8 Admin. L.R. 177. Note: JANISH, (1984) 8 Admin. L.R. 188.

ment être divulgué que s'il contient des éléments additionnels de preuve que les parties n'ont pas eu l'occasion de réfuter, et qui sont susceptibles d'influencer la décision¹³⁴. Ce principe, comme nous l'avons vu précédemment, ne fait que reprendre la règle bien établie en *common law*. L'arrêt *Toshiba* innove toutefois en basant la confidentialité du rapport du personnel (contenant un résumé et commentaire sur le dossier) sur une analogie entre ce rapport et les études faites par les clerks des juges. Bien que cette analogie soit fortement discutable dans le contexte où elle est utilisée¹³⁵, elle nous apparaît encore plus inappropriée dans le cas du rapport de l'officier d'audience. En effet, comme l'officier d'audience est la seule personne à avoir entendu la cause, il semble inévitable qu'un poids beaucoup plus grand soit accordé à son rapport qu'à celui remis par un chercheur à un juge qui a personnellement entendu la preuve et les argumentations.

En résumé, en ce qui concerne la divulgation du rapport de l'officier d'audience, la jurisprudence distingue entre un rapport qui ajoute des éléments factuels pertinents et un rapport qui ne vise qu'à aider le décideur à apprécier la preuve. Le premier type est interdit à moins d'être communiqué aux parties, alors que le second fait partie du processus décisionnel et peut, à la discrétion de l'organisme, être gardé confidentiel¹³⁶.

Les principales justifications invoquées au soutien de la confidentialité des idées obtenues hors instance sont des considérations d'efficacité. On craint, par exemple, que les délais occasionnés par leur divulgation et les formalités additionnelles requises n'annulent par le fait même les bénéfices recherchés par la délégation initiale du pouvoir d'entendre, ou incitent l'organisme à se priver de ressources nécessaires à la prise des décisions éclairées¹³⁷.

134. *Trans Quebec Pipeline c. N.E.B.*, (1984) 8 Admin. L.R. 177.

135. (1979) 2 C.F. 118.

136. À notre connaissance, la Cour suprême ne s'est pas à ce jour prononcée directement sur la question. L'arrêt *Knapman*, ne permet pas pour les raisons énoncées ci-avant, de connaître la position de la cour. L'arrêt *Inuit Tapirisat c. P.G. du Canada*, (1980) 2 R.C.S. 735, n'est pas davantage pertinent puisque le principe de la confidentialité qui y fut reconnu repose sur la nature législative des fonctions exercées par le cabinet alors que nous nous préoccupons essentiellement du cas où un organisme rend des décisions quasi-judiciaires. La question de la divulgation du rapport ne s'est pas posée dans l'arrêt *CRTC c. CTV*.

137. *Transmountain Pipeline c. Office National de l'Énergie*, (1979) 2 C.F. 118; *Arlidge c. Local Government Board*, (1915) A.C. 120, 137 où Lord Shaw

Si l'on admet que le résumé et les commentaires de l'officier d'audience ne constituent pas de la preuve hors instance, est-ce qu'il y a d'autres principes sur lesquels on pourrait s'appuyer pour en exiger la divulgation? Est-ce que les considérations d'efficacité invoquées par les tribunaux et dénoncées par le professeur Schwartz sont suffisantes pour justifier leur confidentialité?

Dans un commentaire qu'il faisait de l'arrêt *Arlidge*, le professeur Dicey indiquait que, face au transfert massif de pouvoirs judiciaires vers l'administration, les tribunaux judiciaires se retrouvaient devant deux options:

"The Local Government Board, it may be said on the one hand, is called upon to exercise judicial functions, or in other words jurisdiction; and hence it follows that the local Government Board must, when acting as a judge, comply with the rules of judicial procedure. This in the case of *Local Government Board v. Arlidge* was the conclusion arrived at by the Court of Appeal. On the other hand, it may be said that the transference of jurisdiction from a Court to the Local Government Board is in itself *prima facie* evidence that Parliament intended that such jurisdiction should be exercised in accordance, not with the rules which govern judicial procedure, but with the rules which govern the fair transaction of business by the Local Government Board. This is the conclusion arrived at ... by the House of Lords"¹³⁸.

En ce qui concerne le problème de la délégation du pouvoir d'entendre, les décisions rendues depuis l'arrêt *Arlidge* démontrent que les deux facteurs identifiés par le professeur Dicey, à savoir la nature de la décision et la nature de l'organisme, n'ont pas été traités comme étant mutuellement exclusifs. La tendance de la jurisprudence a plutôt été de reconnaître un contenu flexible à la justice naturelle, et de permettre que les fonctions d'entendre oralement et de décider ne soient pas exercées par les mêmes personnes pourvu que: (1) le décideur se prononce sur la base d'un dossier complet, et (2) la nature de la question en litige permette de dissocier l'audition orale de la décision. Ce qui ne semble pas possible lorsque la crédibilité des témoins est un facteur important à la décision¹³⁹.

délare: "... if it were laid down in Courts of law that such disclosure could be compelled, a serious impediment might be placed upon that frankness which ought to obtain among a staff accustomed to elaborately detailed and often most delicate and difficult tasks". Voir aussi DAVIS, *op. cit.*, note 51, 306.

138. A.V. DICEY, (1915) *Law Quarterly Review* 148, 150-151.

139. On exige de plus dans ces cas que les personnes participent à l'audition au complet pour pouvoir participer à la décision. Voir *Mehr c. Law Society of Upper Canada*, [1955] R.C.S. 344.

Il nous semble qu'il s'agisse là d'une solution équilibrée qui démontre un souci de protéger les administrés sans paralyser les tribunaux administratifs. Ces derniers doivent faire face à des contraintes réelles dans l'exercice de leurs pouvoirs (par exemple le problème des larges quorums de décideurs, le volume de demandes à traiter, la complexité et l'ampleur des dossiers et à l'occasion l'urgence de décider), et il serait irréaliste de les obliger à fonctionner sur le modèle judiciaire.

Pour les parties qui ne peuvent exiger d'être entendues directement par le décideur, l'alternative proposée par le professeur Schwartz était de leur communiquer tout document susceptible d'influencer la décision, allant du rapport de l'officier d'audience au document "... characterized as mere staff memoranda"¹⁴⁰. Cette solution n'a pas été retenue par la jurisprudence¹⁴¹ qui, bien qu'elle insiste sur l'obligation de communiquer aux parties la preuve hors instance transmise au décideur par l'officier d'audience¹⁴², refuse d'assimiler les résumés, commentaires et recommandations à de la preuve et reconnaît aux tribunaux administratifs la discrétion d'en divulguer ou non le contenu.

Nous croyons, à l'instar de la jurisprudence majoritaire, que les résumés, commentaires et recommandations de l'officier d'audience ne constituent pas de la preuve hors instance. Cependant, le fait qu'il s'agisse ou non de preuve hors instance ne devrait pas être le seul critère pertinent aux fins de statuer sur sa divulgation. La solution retenue par les cours à l'effet de laisser au tribunal administratif l'entière discrétion de divulguer le rapport, ou à l'opposé, la solution du professeur Schwartz à l'effet de tout divulguer, nous paraissent exagérément rigides. Il nous semblerait préférable d'adopter une position plus nuancée selon laquelle on distinguerait entre les simples résumés de faits et les commentaires ou recommandations. Les premiers échapperaient à l'obligation de divulguer bien que, comme le signale le juge Speight dans *Denton c. Auckland City*¹⁴³, la divulgation serait souhaitable pour minimiser le risque d'erreurs lorsque le dossier est complexe. En ce qui concerne les commentaires et recommandations, il y aurait lieu de distinguer entre les opinions qui ne viennent qu'appuyer les arguments déjà

140. SCHWARTZ, *op. cit.*, note 87, 571.

141. *Supra*, note 113.

142. *Supra*, note 114.

143. (1969) N.Z.L.R. (256) (New Zealand Supreme Court), cité dans JANISH, 8 *Admin. L. R.* 188, 189.

soulevés lors de l'audition, et celles qui ouvrent des perspectives non encore envisagées. Les premières n'auraient pas à être divulguées puisqu'elles réfèrent à des arguments que les intéressés ont déjà eu l'occasion de réfuter. Par contre, le second type de remarques devrait être divulgué dans la mesure où elles introduisent, à l'insu des parties, des arguments susceptibles de leur être préjudiciables.

Le modèle idéal serait sans doute une procédure qui permet aux parties d'être entendues directement par le décideur et de faire des représentations sur tout élément pertinent à la prise de décision. Mais comme cela n'est pas réalisable dans tous les cas, l'alternative devrait à tout le moins leur reconnaître une audition significative où elles peuvent réfuter non seulement les nouveaux faits portés à l'attention du décideur, mais aussi les nouveaux arguments susceptibles de leur porter préjudice. Obliger l'officier d'audience à rendre compte aux parties contribuerait en outre à rehausser l'apparente intégrité du processus et à apaiser leurs craintes face au travail d'équipe.

Section 2 - La connaissance institutionnelle

Le phénomène de l'institutionnalisation se manifeste de façon marquée par l'introduction, parallèlement à l'audition, de données factuelles et d'avis juridiques et politiques, émanant du personnel du tribunal et des collègues des décideurs. Sur ces deux aspects, le rôle du personnel et celui des collègues, la jurisprudence canadienne récente contient des décisions intéressantes mais fort discutables. Aussi nous arrêterons-nous, dans chaque cas, à identifier les solutions retenues et à en faire la critique dans la perspective annoncée d'une harmonisation des objectifs louables de l'institutionnalisation et des principes traditionnels et éminemment respectables du droit administratif.

Sous-section 1 - Le rôle du personnel

Le personnel des tribunaux administratifs non engagé dans l'instruction d'une affaire est souvent appelé à participer à divers titres à son traitement. Ainsi y recourt-on pour étudier la preuve soumise afin d'en faire des résumés quand il ne s'agit pas de tirer des conclusions de faits. Un des rôles généralement confiés à des spécialistes de l'organisme consiste à apprécier la situation de certains requérants au regard des politiques dont la mise en oeuvre relève du tribunal. Dans bien des cas il s'agit alors d'établir des prédictions sur l'évolution générale d'une situation dans laquelle s'inscrira l'activité d'un requérant ou sur l'aptitude éventuelle de

celui-ci à mener à bien l'entreprise pour laquelle il sollicite un permis. Des avis juridiques sont parfois sollicités. Ces interventions posent le problème de la divulgation et du droit de réponse. Le professeur K.C. Davis a souligné quatre inconvénients de ces pratiques: la perte d'influence des procureurs, l'apparition de faits hors dossier, l'introduction d'idées nouvelles dont l'impact peut être déterminant, et la séparation entre la décision et la formulation des considérations sur lesquelles elle repose¹⁴⁴. L'on ne saurait par ailleurs taire les mérites d'un recours à l'expertise interne du tribunal. Sans oublier qu'il s'impose là où les dossiers sont trop nombreux, l'on doit admettre qu'il permet une étude par de véritables spécialistes. Son interdiction aboutit au contraire à confier la solution des questions aux quasi-profanes que demeurent les décideurs dans la plupart des cas¹⁴⁵. Le bénéfice de la spécialisation est alors perdu. La Cour fédérale d'appel a dû récemment trancher des litiges où l'on attaquait des décisions parce que l'on y avait eu recours à des travaux du personnel. C'est à la lumière des considérations évoquées par le professeur Davis qu'il convient de les étudier.

Dans la première, *Toshiba Corporation et al. c. Anti-dumping Tribunal*¹⁴⁶, deux rapports, l'un préparé avant l'audition, l'autre après, furent utilisés par le tribunal. La Cour fédérale jugea le procédé acceptable en l'espèce. À ses yeux, le premier document, bien qu'il comportât de nombreuses conclusions de faits, ne soulevait guère de difficulté. La Cour estima que son contenu était ou bien "a matter of general or public knowledge" ou bien "based upon facts and sources which were, in due course, properly brought out at the hearing in such a manner that all the parties to that hearing had a full opportunity to test them"¹⁴⁷. Le second était composé "of summary and commentary on the evidence and submissions made at the inquiry"¹⁴⁸. La Cour jugea qu'il s'agissait d'étapes du processus décisionnel interne qui n'aurait même pas dû être incluses au dossier de la Cour fédérale. Elle y voit un type d'intervention analogue à celui des clercs de juges.

Dans la seconde affaire, *Trans Quebec & Maritimes Pipeline Inc. c. National Energy Board*¹⁴⁹, on demandait à la Cour fédérale

144. K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 3, 310-311.

145. *Id.*, 277-279.

146. (1985) 8 Admin. L.R. 173.

147. *Id.*, 175.

148. *Ibid.*

149. (1985) 8 Admin. L.R. 177.

d'appel d'ordonner à l'Office national de l'énergie de déposer tous les documents préparés par son personnel en rapport avec deux décisions contre lesquelles on se pourvoyait en appel. Après avoir souligné le peu de précisions données quant au contenu des documents et avoir conclu que ceux-ci comportaient des opinions, le juge Thurlow exprimait d'abord l'avis suivant:

"As it appears to me, where the decision of a tribunal can be shown to have been based on staff reports to which the parties have not had access containing evidentiary material to which the parties have not had an opportunity to respond, it may well be possible to make out a case for requiring that they be included in the case for review"¹⁵⁰.

Toutefois, le contenu des documents réclamés n'était pas de la nature de ceux auxquels s'appliquaient ces propos. Il s'agissait d'avis. Il décida de rejeter la demande les concernant dans ces termes:

"The applicant's memorandum indicates that the principal reason for seeking the inclusion of staff memoranda in the case is to attempt to establish the Board's reasons for decision. The analysis and opinion in staff memoranda are irrelevant to the ascertainment of the Board's reasons for decision because they cannot be assumed to have been adopted by it as its reasons. The Board's reasons for decision are those which it chooses to express or which can otherwise be clearly shown from its own words or actions to have been its reasons"¹⁵¹.

On est d'abord frappé par l'imposition d'une obligation de divulgation d'éléments factuels qui n'est assortie d'aucune nuance quant à la nature de ceux-ci. Aux États-Unis, on a parfois distingué selon qu'il s'agit de faits adjudicatifs ou législatifs¹⁵². Le professeur Davis conclut que certains types de faits législatifs peuvent être utilisés par les tribunaux administratifs. Son avis est le suivant:

"When facts used in lawmaking are (1) narrow and specific, (2) central or critical, (3) controversial, (4) unmixed with judgment or policy, (5) provable, and (6) in some degree about the parties or known mainly by them, the parties clearly should have a predecision chance to challenge them, and the requirement may even be imposed in the name of due process. But when the facts are (1) broad and general, (2) background or peripheral, (3) non-controversial, (4) mixed with judgment or policy, (5) not easily provable,

150. *Id.*, 186.

151. *Ibid.*

152. Le professeur K.C. Davis en mentionne plusieurs qui s'inspirèrent plus ou moins fidèlement de cette distinction. K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 3, 207-214.

and (6) wholly unrelated to the parties, a court or agency may use them without even advertng to any possible problem of procedural fairness"¹⁵³.

Il semble bien toutefois que les cours du Commonwealth n'ont pas adopté cette position et exigent souvent divulgation "of factual knowledge of a quite general character"¹⁵⁴. Cette dernière expression que le professeur Davis juge impropre pour désigner les faits législatifs paraît bien y référer toutefois sous la plume du professeur Smillie. James R. Robertson reconnaît aussi que, bien que la justification pour la divulgation soit moins grande dans le cas des faits législatifs, "if the legislative fact is disputable, critical, or easily disclosed, it would seem better to disclose it"¹⁵⁵. Il cite quelques arrêts en ce sens. L'on peut donc conclure que la Cour fédérale d'appel adopte une position exigeante sur la divulgation des faits qui paraît en accord avec les choix des tribunaux de tradition britannique. Elle semble cependant plus stricte encore dans la mesure où elle ne paraît pas même laisser place à l'appréciation des circonstances propres à chaque cas concernant le caractère discutabile, déterminant ou aisément divulgable du fait législatif en cause, caractères que mentionne Robertson et dont il a constaté la prise en compte par certains tribunaux. Sur ce point, l'on paraît donc opter pour un contrôle non seulement plus rigoureux que celui retenu par le professeur Davis, mais plus sévère que celui appliqué dans les pays de tradition britannique.

Le juge Hugessen, dans l'affaire *Toshiba*¹⁵⁶, surprend par la facilité avec laquelle il qualifie le fait de commenter sur la preuve d'étape du processus interne. Il s'écarte ici nettement de la tendance doctrinale¹⁵⁷ et de la jurisprudence¹⁵⁸ à distinguer selon que les adjudicateurs recourent à leur propre expertise et expérience ou plutôt à l'avis d'autres sources identifiables. La citation suivante illustre bien l'importance que les cours attachent à cette distinction:

"Knowledge and experience of the field in which decisions are made are highly desirable but this must be general knowledge and distillation of a mass of experience and it is proper that these matters should be taken into account, but to do so is far removed from receiving and acting on confidential information in relation to the matter in issue given by a person whose

153. K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 3, 163.

154. J.A. SMILLIE, *loc. cit.*, note 9, 72.

155. J.R. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 3, 33.

156. *Supra*, notes 146, 176.

157. J.A. SMILLIE, *loc. cit.*, note 9, 69-70.

158. *Denton c. Auckland City*, (1969) N.Z.L.R. 256.

face is not seen and whose voice is not heard by the parties whose rights are being affected"¹⁵⁹.

J.R. Robertson mentionne de nombreuses décisions où le recours du tribunal à son expertise propre fut accepté sans besoin de divulgation¹⁶⁰. Le même auteur suggère que les commentaires du personnel devraient eux-mêmes être traités avec plus ou moins de rigueur quant à leur divulgation selon qu'il s'agit de travaux d'évaluation de la preuve au dossier ou d'études visant à expliciter les politiques de l'organisme. Située dans ce contexte, la décision de la Cour fédérale d'appel paraît d'autant plus faiblement motivée puisqu'elle ignore deux distinctions qui auraient dû la conduire à des conclusions tout à fait opposées à celles auxquelles elle parvint dans ce cas. Peut-être, toutefois, faut-il voir dans ce jugement une adhésion aux solutions du droit américain où l'analogie entre le cleric de juge et l'expert du tribunal est invoquée pour justifier la plus grande liberté des adjudicateurs dans leur recours au personnel et l'absence d'une obligation de divulgation¹⁶¹. Sans doute cette analogie est-elle contestable. Le professeur Davis lui-même rappelle à ce propos que les clerics sont généralement des néophytes alors que le personnel de l'organisme est composé d'experts qui maîtrisent mieux que les décideurs certains des aspects sur lesquels ils expriment leur avis¹⁶². Nonobstant ce fait, la pratique judiciaire américaine décrite par le professeur Davis semble bien inspirée de l'analogie évoquée par le juge Hugessen.

Ces premières réactions des cours canadiennes se caractérisent donc par leur très grande rigueur concernant les faits, et leur large face aux avis du personnel. Nous croyons que l'on a peut-être exagéré sur les deux points. L'absence de nuances quant aux faits risque d'alourdir le processus décisionnel sans raison. Il faut exiger l'introduction des faits adjudicatifs lors de l'audition en raison de leur lien immédiat avec les parties. Les faits législatifs concernent cependant le contexte factuel et leur nombre est grand. Ils participent davantage de cette expertise générale des adjudicateurs dont on reconnaît volontiers que le contenu n'a pas à être

159. *Ibid.*, tel que reproduit à *Administrative Law, Cases, Text and Materials*, EVANS, JANISCH, MULLAN, RISK, Edmond-Montgomery Limited, Toronto, 1980, p. 178.

160. *Loc. cit.*, note 3, 43-48.

161. K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 3, 304-305.

162. *Id.*, 278.

révélé lors de l'audition¹⁶³. Il nous semble qu'une approche équilibrée consisterait à en imposer la divulgation et d'accorder un droit de réponse lorsque certains de ces faits législatifs deviennent déterminants dans la décision que l'organisme entend rendre. On se trouve alors en effet dans une situation où une dimension essentielle des faits risque de surprendre complètement les parties. Cette solution aurait l'effet bénéfique d'inciter l'organisme à divulguer lors de l'audition toute information sur fait législatif qui soit susceptible de devenir une considération explicite de sa décision. Elle implique aussi une obligation de motiver qu'on ne retrouve pas souvent. Cette proposition nous paraît aussi rejoindre celle avancée dans un document de travail de la Commission de réforme du droit du Canada¹⁶⁴. Elle se lit ainsi:

"6.8 que, dans les cas appropriés, les organismes rendent publique et distribuent l'information dont ils disposent, y compris les documents de recherche, préparés par leurs employés, qui font ressortir des points litigieux et révèlent des renseignements pertinents n'apparaissant pas ailleurs dans la documentation dont disposent les participants; mais les documents de l'organisme ne devraient attribuer à l'ensemble du personnel aucune prise de position officielle à l'égard d'une question qui est soulevée".

La tolérance très grande dont la Cour fédérale fait preuve à l'endroit des commentaires paraît aussi excessive. Nous la jugeons justifiée quand elle s'applique aux analyses générales de politique sans lien direct avec l'affaire à trancher. Il s'agit alors de documents où l'on précise des positions auxquelles doit conduire une compréhension réelle des politiques que le tribunal applique. Dans ce cas la dépendance des adjudicateurs face à leur personnel ne devrait pas être si grande qu'elle impose une divulgation. Il nous semble que les textes où la preuve elle-même est analysée et commentée se rapprochent trop du rôle des procureurs pour échapper à l'obligation de divulgation dans tous les cas. D'autant plus qu'il s'agit alors de répercussions techniques ultimes des politiques géné-

163. *Toshiba Corporation et al. c. Anti-Dumping Tribunal*, (1985) 8 Admin. L.R. 173, 175; *Trans Quebec & Maritimes Pipeline Inc. c. National Energy Board*, (1985) 8 Admin. L.R. 177, 186.

164. *Les organismes administratifs autonomes*, Document de travail 25, Commission de réforme du droit du Canada, 1980, p. 149. Le rapport 26 de la même Commission, qui suivit ce document de travail, se rapproche assez des vues défendues ici et n'autorise l'organisme à ne pas divulguer "les documents préparés par son personnel au cours de la prise de décision proprement dite" que dans la mesure où elle ne permet pas l'introduction de nouvelles données ou de nouveaux points de vue": *Les organismes administratifs autonomes*, Rapport 26, Commission de réforme du droit, mars 1985, pp. 66-67.

rales et que l'expertise du personnel risque alors de dominer même les membres d'un tribunal administratif spécialisé. Le juge Speigh, dans *Denton c. Auckland City*¹⁶⁵, exprimait un avis semblable en ces termes:

"In particular, it will be observed that the comments and criticisms of the objector's arguments were received by the Committee unbeknown to the objector from a person whose expert knowledge and experience as a professional adviser would be likely to be most impressive and compelling to a committee comprised of laymen, albeit experienced laymen, and such opinions in so far as they might be adverse (as some of these were), would be devastating to the objector who had been deprived of the opportunity of answering ...".

Nous espérons que dans un avenir prochain les cours canadiennes sauront raffiner leur attitude face aux rapports du personnel. C'est dans cette direction qu'elles trouveront une solution également respectueuse des exigences de l'efficacité et de la justice naturelle. Jusqu'ici elles semblent plutôt opter trop exclusivement pour la première en ce qui a trait aux avis et pour la seconde en ce qui concerne les faits.

Sous-section 2 - La participation des collègues

Il existe, enfin, une dernière modalité d'institutionnalisation marquée par l'éclatement signalé plus haut. Il s'agit de la participation plus ou moins systématique de collègues juges administratifs à l'étude d'une affaire dont ils ne sont pas saisis. Leur rôle consultatif apparaît alors à la fin du processus et s'exerce généralement à partir d'un projet de décision. Deux décisions judiciaires canadiennes récentes¹⁶⁶ ont porté sur ce procédé. Dans les deux cas, il fut jugé illégal. Un rappel des circonstances et des motifs pertinents à chaque décision est opportun avant d'en évaluer le bien-fondé.

Dans *Noémie Tremblay c. La Commission des affaires sociales*, il s'agissait d'une action en nullité d'une décision en raison des circonstances dans lesquelles le président avait tranché un litige. Les règlements sous la *Loi sur la commission des affaires sociales*¹⁶⁷ offrent un exemple du cas où une décision personnelle ou collégiale est imputée à l'organisme. L'article 2 de la *Loi sur la commission des affaires sociales* se lit en effet comme suit:

165. *Supra*, notes 158, 177.

166. *Supra*, note 38.

167. L.R.Q., c. C-34.

“Les décisions sont prises à la majorité des membres et des assesseurs ayant entendu une affaire”.

Par ailleurs, l'article 30 des règlements précise:

“La décision des membres et assesseurs de la Commission qui entendent l'appel, la demande ou la requête, constitue la décision de la Commission”¹⁶⁸.

Cette institutionnalisation formelle s'accompagne toutefois d'un pouvoir limité d'intervention du président. L'article 10 de la loi, après avoir précisé que les décisions se prennent à la majorité des personnes ayant entendu une affaire, prévoit que:

“Lorsque les opinions se partagent également sur une question, celle-ci est tranchée par le président ou le vice-président qu'il désigne”.

Voilà une disposition qui ouvre la porte à un contrôle institutionnel réel. Tout dépendra de la pratique suivie quant à la constitution des quorum appelés à décider. Si celle-ci consiste à composer des groupes pairs l'on haussera le risque d'égalité et, partant, l'on favorisera l'évolution vers une institutionnalisation réelle. Mais un tel mouvement demeurera soumis à une condition importante, celle de l'émergence d'une impasse. Nous serons alors devant une institutionnalisation réelle mais exceptionnelle. La décision personnelle ou collégiale demeurera la règle.

La loi¹⁶⁹ contient toutefois une disposition d'habilitation qui permet de pousser davantage l'institutionnalisation. Son article 17 se lit comme suit:

“Les membres et assesseurs de la Commission sont soumis à la surveillance, aux ordres et au contrôle du président pour la distribution des causes, la tenue des séances et généralement l'exercice de leurs devoirs et pouvoirs”.

Le président de la Commission a adopté des directives prévoyant un mécanisme de consultation. On y a prévu les cas où cette consultation a lieu dans les termes suivants que nous reproduisons à la décision:

“3. Sont soumis en réunion générale les cas où le quorum demeure divisé sur une question que le membre ou l'assesseur du quorum veut amener en réunion.

Pour éviter des indus, il y aurait lieu de s'entendre pour prévenir le président qu'un différend subsiste s'il n'est pas réglé au plus tard dans les trois (3) mois suivant la préparation d'un premier projet de décision.

168. *Règles de preuve, de procédure et de pratique de la Commission des affaires sociales*, R.R.Q., c. C-34, R.1, 30.

169. L.R.Q., c. C-34, a. 17.

4. Un quorum unanime peut également suggérer qu'il y ait discussion en réunion générale d'un problème donné, et ce, que la décision ait déjà été expédiée ou non.

5. Le président peut suggérer qu'il y ait discussion en réunion générale d'une décision unanime, dans le cas où:

a) les principes énoncés dans cette décision ou sa portée contreviennent ou s'écartent d'un consensus ou d'une jurisprudence établie de la Commission

b) la décision en cause se prononce en principe sur un point nouveau, ou développe une interprétation nouvelle d'une portée jurisprudentielle importante pour la Commission".

Ces directives exigent aussi qu'une discussion ait lieu en présence des membres du quorum, sauf autorisation expresse des personnes impliquées. Elles mentionnent qu'un vote peut être tenu si l'on a réussi à dégager les questions et si "un nombre suffisant de participants s'estiment assez éclairés pour se prononcer". Le quorum demeure maître de sa décision. Ces textes poussent beaucoup plus loin que la loi elle-même l'institutionnalisation du processus. Il ne s'agit plus en particulier de rompre les impasses. L'objectif est d'assurer une cohérence réelle entre les décisions et d'éviter qu'un quorum s'engage seul dans une direction nouvelle sans discussion générale préalable.

Les faits particuliers à l'affaire sont complexes. Dans un premier temps, un quorum de deux était parvenu à une conclusion unanime. Le président prit connaissance de celle-ci. Comme il était d'opinion différente il en informa les membres du quorum. Il suggéra une réunion générale à laquelle consentirent ceux-ci. L'un d'entre eux changea d'avis. On se retrouva dans la situation prévue à l'article 10 de la loi. Le président trancha dans le sens qui lui paraissait préférable. La Cour supérieure souligne que les cinq derniers paragraphes de l'opinion majoritaire consécutive à l'intervention du président constituent la répétition intégrale d'une lettre envoyée par le président aux membres du quorum.

La Cour a d'abord rejeté la prétention selon laquelle les premières conclusions du quorum constituaient une décision. Elle s'appuie essentiellement sur la perception que les membres du quorum avaient à ce sujet. Celle-ci ressort à son avis du fait qu'ils consentirent à l'étude de leurs conclusions en assemblée générale, ce qui révèle qu'ils n'estimaient pas avoir déjà rendu une décision finale. Une fois cette prétention écartée, la Cour a jugé de la légalité de la décision à la lumière de l'article 23 de la *Charte des droits et*

*libertés de la personne*¹⁷⁰. Le premier de ses paragraphes se lit comme suit:

“Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu’il s’agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre lui”.

C’est l’indépendance du tribunal qui a surtout justifié la décision de la Cour. Elle écrit à ce sujet:

“Dans la mesure où la pratique établie impose aux décideurs de soumettre leurs opinions à l’examen systématique du conseiller juridique et, dans certains cas, à l’approbation de leurs collègues, la procédure suivie établit une pression systémique sur les décideurs et porte atteinte à leur indépendance”.

À ses yeux, la consultation caractéristique du processus décisionnel mis en place à la Commission des affaires sociales se distingue de celle que l’on retrouve dans tous les tribunaux et organismes collégiaux car dans ces cas “la consultation n’est pas imposée et demeure facultative”¹⁷¹. Ici l’obligation de soumettre la décision au conseiller juridique afin qu’il vérifie sa compatibilité avec la jurisprudence de la commission et suggère aux décideurs les correctifs appropriés déclenche, aux yeux de la Cour, un mécanisme de contrainte nonobstant le fait que les décideurs demeurent libres d’accepter ou non les recommandations. Comme le président n’a juridiction pour trancher qu’au cas d’égalité il “était sans juridiction pour trancher, faute d’un désaccord librement établi”¹⁷².

À ce motif central, la Cour ajoute deux considérations importantes. Elle estime que le président était préjugé contrairement à l’article 23 de la *Charte des droits et libertés des personnes* car il avait déjà signifié son désaccord au quorum et tenté d’obtenir un changement d’avis de sa part. Elle conclut aussi que le président “a tranché dans le désaccord des décideurs sans entendre les parties”¹⁷³.

La Supreme Court d’Ontario a elle aussi été saisie d’une affaire analogue concernant le Ontario Labour Relations Board¹⁷⁴. Elle a conclu qu’un processus de consultation en place depuis plus

170. L.Q. 1975, c. 6; L.R.Q., c. C-12.

171. *Supra*, note 38, p. 14 du jugement dans *Tremblay c. Commission des Affaires sociales*.

172. *Ibid.*

173. *Ibid.*

174. *Consolidated Bathurst Packaging Ltd. and Int. Woodworkers of America, Local 2-69*, 85 C.L.L.C. 12-177.

de vingt-cinq ans était illégal. Il s'agissait, comme pour la Commission des affaires sociales, d'une consultation entre décideurs sur des affaires que quelques-uns d'entre eux seulement devaient décider et avaient entendues. Il est utile de décrire le système en vigueur. Les décisions du Ontario Labour Relations Board sont prises par des quorum d'au moins trois personnes. Au cas d'égalité, le président du quorum tranche. Tout quorum peut requérir une réunion du "Full Board" lorsqu'il envisage une décision soulevant d'importantes questions de politique. Ce "Full Board" est composé des présidents, vice-présidents, et membres de la Commission. Certains hauts fonctionnaires assistent aussi à ces rencontres au cours desquelles certaines questions d'administration courante sont aussi abordées. Le seul sujet de discussion admissible à propos d'une décision est son impact sur la politique générale de la Commission, les faits tels que constatés au projet de décision étant considérés avérés. Aucun vote n'est pris lors de ces échanges. Le quorum demeure maître de la décision.

L'Ontario Labour Relations Board eut d'abord à juger, dans le contexte d'une demande de révision, de la légalité de la procédure de consultation à laquelle il avait eu recours. Il s'agissait d'une affaire relative à la bonne foi d'un employeur ayant négligé, dans le cours d'une négociation, de divulguer son intention de fermer une usine. Il jugea que sa procédure s'inscrivait parfaitement dans la philosophie ayant présidé à l'établissement de la commission. Après avoir souligné qu'une large discrétion caractérisait ses fonctions, et que celle-ci était de nature politique¹⁷⁵, il insista sur son souci de ne pas fonder ses décisions sur la qualité souvent inégale des représentations des parties. À son avis, dans cette perspective, les discussions du "Full Board" jouaient un rôle analogue à la consultation d'articles de revue ou de monographies et à celle de décisions antérieures¹⁷⁶. Il estimait que la systématisation était d'ailleurs préférable à une consultation informelle laissée aux préférences et affinités interpersonnelles. À ses yeux, "The 'Full Board' meetings are merely reflective of the institutional setting in which these individual decisions are made"¹⁷⁷. Après avoir rappelé que les faits n'étaient pas objet de cette consultation, il concluait que le processus satisfaisait aux exigences des principes de la justice naturelle "as they are understood in a modern administrative law

175. (1984) 5 C.L.R.B. (N.B.) 79, 86 [Ontario Labour Relations Board].

176. *Id.*, 88.

177. *Id.*, 89.

context¹⁷⁸. D'autant plus qu'une disposition du Labour Relations Act confère une large compétence à la commission sur sa procédure à condition de donner aux parties l'occasion "to present their evidence and to make their submissions"¹⁷⁹. Il achevait ses propos d'une manière peut-être maladroite en invoquant l'équité:

"We, therefore, cannot accept that natural justice, sensibly applied, demands more than the fairness accorded to the respondent in this case"¹⁸⁰.

La Cour suprême ontarienne¹⁸¹ conclut à la majorité, que le processus était illégal. À l'unanimité cependant les trois juges rejetèrent une requête par laquelle on réclamait le dépôt du projet de décision soumis au "Full Board" lors de la consultation. Ils étaient d'avis que la procédure seule était en cause et que la solution du litige ne saurait dépendre de l'existence ou non de modifications apportées au projet de décision. On ne saurait en effet déterminer si de tels changements étaient le résultat de la consultation ou de la délibération du quorum lui-même. Le juge Osler ajoutait que le dossier admissible dans le cadre de recours de la nature du *certiorari* était traditionnellement très limité¹⁸².

Sur le fond de la question la majorité rappelle que la Royal Commission Inquiry into Civil Rights, communément désignée la Commission McRuer, aborda explicitement le cas du processus décisionnel de l'Ontario Labour Relations Board et le jugea illégal dans les termes suivants:

"To take a matter before the full Board for a discussion and obtain the views of others who have not participated in the hearing and without the parties affected having an opportunity to present their views is a violation of the principle that he who decides must hear"¹⁸³.

Elle fait sienne cette proposition qu'elle juge parfaitement applicable en l'espèce. Pour y parvenir elle doit d'abord assimiler le

178. *Id.*, 91.

179. Le texte de la disposition invoquée se lisait comme suit: "The Board shall determine its own practice and procedure but shall give full opportunity to the parties to any proceedings to present their evidence and to make submissions, and The Board may, subject to the approval of the Lieutenant Governor in Council, make rules governing its practice and procedure and the exercise of its powers and prescribing such forms as are considered advisable".

180. (1984) 5 C.L.R.B.R. 79, 92.

181. 85 C.L.L.C. 12-177.

182. *Id.*, 12-185.

183. *Royal Commission Inquiry into Civil Rights (Rapport McRuer)*, Toronto, Queen's Printer, 1971, volume 5, Report no 3.

rôle dévolu au "Full Board" à celui de décideur. Elle estime y réussir en faisant appel, en particulier, à de nombreuses décisions¹⁸⁴ où le seul risque d'influence de la part de gens n'ayant pas entendu fut jugé suffisant pour entraîner la nullité d'une décision. Ainsi dans *Rex c. Huntingdon Confirming Authority*¹⁸⁵, relative au processus suivi concernant la réémission d'un permis d'hôtellerie, le juge Romer écrivait:

"The resolution in favour of confirmation was carried by eight to two, and it is a least possible that majority was induced to vote in the way it did by the eloquence of those members who had not been present on April 25, to whom the facts were entirely unknown".

Dans *Regina c. Committee on Works of Halifax City Council*¹⁸⁶, on jugea de même que l'absence d'une personne lors d'une séance "at which important aspect of a matter involved in the adjudication have been presented or discussed" la rendait inapte non seulement à participer à la décision mais aux délibérations y conduisant. L'on y précisait que le tribunal entier perdait alors juridiction. Cette conclusion comporte deux aspects essentiels. D'une part, le risque seul suffit. D'autre part, l'on n'exige pas pour sa présence que la source du risque émane de personnes exerçant un droit de voter pour trancher une affaire. Cette attitude repose sur une analogie établie expressément entre l'ignorance et la partialité. Aussi, dans *Regina c. Committee on Works of Halifax City Council*¹⁸⁷ le juge MacDonald écrivait-il:

"I reached this conclusion first upon the basis of the close analogy between the situation in question and that of a member disqualified by bias, for bias and ignorance alike preclude fair judgment upon the merits of a case and affect the exercise of proper influence upon others".

Cette analogie qui autorise ceux qui la préconisent à conclure à la nullité d'une décision sur la seule présence d'un risque d'influence justifie de même d'écarter la prétention des décideurs à l'effet qu'ils ne furent nullement influencés par la consultation à laquelle ils se livrèrent¹⁸⁸.

184. *Rex c. Huntingdon Confirming Authority*, (1929) 1 K.B. 698; *Regina c. Committee on Works of Halifax City Council*, (1962) 34 D.L.R. (2d) 45 (N.S.S.C.); *Re Rodgers*, (1978) 20 Nfld & P.E.I.R. 485. *Regina c. Broker-Dealers' Association of Ontario*, (1975) 15 D.L.R. (3d) 385.

185. (1929) 1 K.B. 698.

186. (1962) 34 D.L.R. (2d) 45 (N.S.S.C.).

187. *Id.*, 57.

188. *Consolidated Bathurst Packaging Ltd. c. Int. Woodworkers, Local 2-69 et al.*, 85 C.L.L.C. 12-177, 12-183.

Un dernier point de la démarche majoritaire consiste à répondre aux vues selon lesquelles une consultation limitée à des questions de *policy* ne saurait être assimilée à celle qui concerne les faits d'une affaire. Aux yeux de la majorité, les conclusions de faits dépendent de choix sur les principes de droit et de politique:

"... it is not practical to have all of the facts decided except against a background of determination of the principles of law involved. For example, a finding that consolidated Bathurst was seriously considering closing the Hamilton plant is of no significance if the requirement is that the failure to bargain in good faith must be a *de facto* decision to close. Accordingly, until the Board decides what the test is the findings of fact cannot be finalized"¹⁸⁹.

Le juge Osler, dissident, se fait fort de situer ses considérations dans le contexte d'un choix législatif ferme en faveur du remplacement des tribunaux de droit commun par un organisme expert et représentatif des employeurs et des employés. Ses termes paraissent bien choisis pour manifester une option favorable à l'institutionnalisation du processus:

"The Legislature has obviously decided that *such a body*, bringing to its works the background and experience of individuals representative of employers and employees, and sworn to carry out their duties under the Act, constitutes a *body* which can more appropriately administer the Act than can the courts"¹⁹⁰.

Dans la même veine il rappelle que, nonobstant le jugement sévère émis par la Commission McRuer sur le processus de consultation en vigueur à l'Ontario Labour Relations Board, la législature ontarienne n'a pas jugé bon de restreindre les pouvoirs de celui-ci concernant sa procédure¹⁹¹.

Les autorités jurisprudentielles desquelles s'est inspirée la majorité ne lui paraissent pas applicables. À ses yeux, elles ne concernent que les cas où des gens qui n'avaient pas entendu la preuve ou les représentations "were present on the occasion when the decision was made and did participate in the decision, or may have done so"¹⁹². À son avis aussi longtemps que les collègues consultés "do not participate in the actual decision" le processus en cause ne heurte aucune des autorités qui lui furent présentées. L'"actual decision" dont il traite comprend la seule présence lors de celle-ci.

189. *Ibid.*

190. *Id.*, 12-187.

191. *Id.*, 12-189.

192. *Ibid.*

Sur ce point il se fonde sur la décision de la Commission pour conclure qu'il n'y avait pas de collègues lors de la prise de décision.

Enfin il juge que la consultation n'a pas à être divulguée ni l'occasion accordée d'intervenir aussi longtemps que des idées nouvelles ou de la preuve nouvelle ne sont pas introduites lors de la consultation¹⁹³. Il ajoute: "not only is there nothing to suggest that this occurred, but there is intrinsic evidence in the reasons of the Board that it did not"¹⁹⁴.

Nous pouvons identifier trois courants principaux auxquels rattacher les motifs invoqués par les juges, dans ces affaires, pour conclure à l'illégalité des processus consultatifs soumis à leur attention. Le juge Dugas a principalement appuyé ses conclusions sur un souci de protection de l'indépendance du tribunal administratif que constitue un quorum sous la *Loi de la Commission des affaires sociales*. La majorité de la Cour suprême ontarienne a plutôt justifié ses vues sur un droit du justiciable à n'être jugé que par des gens compétents en l'espèce, établissant d'ailleurs une analogie entre le droit à la compétence et le droit à l'impartialité. Enfin, le juge Osler, minoritaire en Cour suprême d'Ontario, a quand même reconnu que la pratique en cause pourrait imposer la divulgation et le droit de réponse si de nouvelles idées ou des preuves nouvelles avaient effectivement fait surface à l'étape de la consultation. Nous croyons pouvoir établir un ordre de fermeté entre ces trois attitudes, la première paraissant l'expression du rejet le plus radical pour les raisons que nous mentionnerons ci-après, et la dernière témoignant de la plus grande tolérance parmi les trois. Voyons brièvement sur quoi repose cette échelle.

Dans le premier cas, l'opposition à la consultation n'origine pas immédiatement d'un souci de protéger le justiciable de l'influence indue, effective ou raisonnablement probable¹⁹⁵, qu'exerceraient des gens non suffisamment au fait d'une affaire. Elle repose d'abord sur le souci d'assurer le plus strict respect de l'indépendance du tribunal. Cette valeur acquiert en quelque sorte une prééminence telle qu'aucune prise en considération ne subsiste de l'expertise des collègues dont la consultation systématique est demandée ou imposée. De même ne s'interroge-t-on pas sur l'identification

193. *Id.*, 12-191.

194. *Ibid.*

195. Conformément aux principes applicables au cas de partialité. Voir à ce sujet: Patrice GARANT, *Droit administratif*, 2e édition, Yvon Blais, 1985, pp. 754 à 764.

du tribunal dont l'indépendance devrait être protégée. Il paraît pourtant légitime de se demander s'il convient de réserver tout le bénéfice de cette indépendance au quorum alors que la logique de l'institution suggère peut-être d'étendre cette indépendance à la Commission des affaires sociales elle-même. Si l'on s'arrête au test appliqué pour déterminer si l'indépendance du quorum était atteinte, la fermeté devient encore plus évidente. Ainsi, entre trois tests a-t-on retenu le plus léger. Il ne s'agit pas, en effet, de vérifier si le quorum demeure maître de sa décision, ni même de s'assurer qu'il conserve l'initiative ou le contrôle du recours à la consultation des collègues. Sur ces deux points, en effet, l'on devait constater que l'autonomie du quorum demeurerait entière en l'espèce. La cour use plutôt d'une mesure moins exigeante, celle de la contrainte systématique. Le juge Dugas écrit:

"Dans la mesure où la pratique établie impose aux décideurs de soumettre leurs opinions à l'examen systématique du conseiller juridique et, dans certains cas, à l'approbation de leurs collègues, la procédure suivie établit une pression systématique sur les décisions et porte atteinte à leur indépendance" (p. 13).

Il avait noté précédemment:

"L'encadrement des décideurs par le conseiller juridique laisse songeur. Ce n'est pas qu'on reconnaisse au décideur la liberté de résister aux suggestions du conseiller juridique qui enlève au procédé son effet de contrainte. Ce n'est pas non plus que le décideur peut exiger que la question soit amenée devant l'assemblée générale" (pp. 9 et 10).

On demeure surpris du recours à une protection si poussée dans un tel contexte. On a l'impression d'une importation sans nuances du concept d'indépendance propre au monde des tribunaux judiciaires. Nous pensons que l'application du concept d'indépendance aux tribunaux administratifs ne doit pas entraîner le transfert pur et simple des modalités selon lesquelles cette indépendance est mise en oeuvre dans le domaine judiciaire¹⁹⁶. L'ignorance

196. Notre point de vue sur ce point est confirmé par la décision de la Cour suprême du Canada dans *Valente c. La Reine*. Dans le contexte d'une affaire pénale, la Cour suprême, par la plume du juge Ledain, tenait les propos suivants concernant l'application du concept d'indépendance judiciaire sous l'article 11 d) de la Charte canadienne des droits et libertés: "Il ne serait cependant pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance judiciaire à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'alinéa 11 d) de la Charte, qui peut devoir s'appliquer à différents tribunaux. Les dispositions législatives et constitutionnelles qui, au Canada, régissent les questions ayant une portée sur l'indépendance judiciaire des tribunaux qui jugent les personnes accusées d'une infraction sont fort diverses et variées. Les conditions

de l'expertise institutionnelle qu'entraîne une telle attitude nous paraît contraire au sens profond des choix législatifs qui conduisirent à l'établissement des tribunaux administratifs. Cette ignorance nous rappelle aussi la tendance initiale des tribunaux de droit commun à imposer aux actes judiciaires de l'administration des procédures trop servilement inspirées de celles suivies devant les tribunaux judiciaires. Aussi croyons-nous que l'on a fait preuve dans *Noémie Tremblay c. La Commission des affaires sociales* d'une trop grande rigidité dans l'application du concept d'indépendance judiciaire.

La majorité en Cour supérieure d'Ontario axa ses considérations sur le droit à des décideurs éclairés peu importe l'impact réel de l'intervention d'ignorants dans un dossier. C'était faire sienne le principe invoqué par la Commission McRuer à ce sujet et selon lequel "he who decides must hear". Les conséquences les plus marquantes de ce choix découlent de l'analogie que le tribunal a établi entre l'ignorance et la partialité. Les principes admis dans l'application de la règle d'impartialité sont à l'effet que la seule vraisemblance de partialité suffit à vicier la décision de l'organisme¹⁹⁷. La justice doit non seulement être impartiale mais le paraître. Il s'ensuit que la rigueur de la règle est très grande. Procédant selon une analogie avec celle-ci, la cour ontarienne a d'abord écarté la nécessité de démonstration d'un impact quelconque de la participation

essentielles de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'alinéa 11 d), doivent avoir un lien raisonnable avec cette diversité. De plus, c'est l'essence de la garantie fournie par les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire qu'il convient d'appliquer en vertu de l'alinéa 11 d), et non pas quelque formule législative ou constitutionnelle particulière qui peut l'offrir ou l'assurer" (*Valente c. La Reine*, décision non rapportée de la Cour suprême du Canada, rendue le 19 décembre 1985, pp. 23-24 de la version française).

On voit mal en quoi une exigence supérieure devrait résulter de l'article 23 de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne. Il s'ensuit que l'application d'un concept d'indépendance judiciaire très rigoureux paraît, en l'espèce, encore moins justifiée. En effet, d'une part, nous ne sommes pas dans le domaine pénal comme l'était la Cour suprême. D'autre part, il ne s'agit pas non plus du rapport du tribunal ou du juge avec le pouvoir exécutif, zone névralgique où il importe d'abord de sauvegarder l'indépendance, mais des relations internes entre membres d'un quorum et leurs collègues. Dans de telles circonstances, ne s'impose-t-il pas encore plus de recourir à "l'essence de la garantie", pour reprendre l'expression du juge Ledain, et d'en faire une application adaptée aux circonstances, en particulier à la philosophie inspiratrice de la constitution de la Commission des affaires sociales?"

197. Patrice GARANT, *op. cit.*, note 195, 754-764.

d'ignorants au processus. Ainsi n'a-t-on pas exigé que ceux-ci décident du litige. Il suffit qu'ils soient associés au processus décisionnel à titre consultatif. De même ne fut-il pas question de comparer le projet de décision et la décision finale afin de déceler un impact de la consultation.

D'autre part, et c'est la seconde répercussion de la démarche analogique adoptée, la cour s'est refusée à distinguer selon que la consultation portait sur des questions de *policy*, des questions de droit ou des questions de fait, encore plus à nuancer selon que des faits seraient "adjudicative" ou "legislative" pour reprendre les distinctions introduites par K.C. Davis et évoquées plus haut¹⁹⁸. Ici encore, dans la logique d'une très grande rigueur inspirée de la règle d'impartialité, l'on s'interdit des nuances par souci de convaincre l'individu-type: raisonnable et bien informé¹⁹⁹.

Nous estimons que l'analogie établie par la cour ontarienne fut étendue inconsidérément. Sans doute sommes-nous disposés à traiter sur un pied d'égalité la partialité et l'ignorance et, donc, à en inférer une identité générale de régime juridique. Mais il nous paraît toutefois exagéré de prétendre que les collègues du même tribunal administratif sont affligés d'ignorance quelque soit l'objet de la consultation. S'il est possible de les juger tels en ce qui regarde les faits d'une affaire il ne s'ensuit pas qu'ils soient également incompétents sur les questions de droit et d'opportunité ou de "*policy*" que pose un cas d'espèce. À ce sujet, la cour a fondé ses conclusions sur le caractère inextricable des rapports entre les faits, la politique, et le droit. Les deux extraits qui suivent révèlent comment elle a établi cette relation:

"Surely, the discussion would involve policy reasons why s. 15 should be given either a broad or narrow interpretation. Members or support staff might relate matters from their own practical experience which might be tantamount to giving evidence.

Also without in any way doubting the sincerity and integrity of the Chairman in making such a statement, it is not practical to have all of the facts decided except against a background of determination of the principles of law involved. For example, a finding that Consolidated-Bathurst was seriously considering closing the Hamilton plant is of no significance if the requirement is that the failure to bargain in good faith must be a *de*

198. *Supra*, note 11.

199. On trouve ce principe particulièrement bien exprimé dans *Committee for Justice and Liberty c. Office National de l'énergie*, (1978) 1 R.C.S. 369, 394.

facto decision to close. Accordingly, until the Board decides what the test is the findings of fact cannot be finalized”²⁰⁰.

Dans le premier cas on juge que les collègues consultés en viendront pratiquement, peut-être, à rendre témoignage s'ils tirent de leur expérience concrète des considérations politiques en faveur d'une interprétation large ou étroite. Dans le second cas on rappelle que la portée des conclusions de fait est fonction des principes de droit en cause d'où le rapport étroit entre ces deux aspects. Dans ce dernier cas il me paraît clair que la cour conclut à l'inextricable sans justification. On voit mal comment invoquer le fait que les collègues n'ont pas participé à l'audition en l'espèce, pour les empêcher de donner un avis sur le droit ou la politique à partir des faits présentés précisément par ceux qui en furent instruits par l'audition, en prétendant qu'ils interviennent aussi dans les conclusions de fait. Que les conclusions de faits ultimes puissent prendre un sens différent selon les choix faits quant au droit ou à la politique ne permet pas d'inférer une intrusion d'ignorants dans ces conclusions elles-mêmes. Il s'agit seulement d'une répercussion d'une intervention dans un domaine distinct de celui des faits. L'autonomie de chaque sphère paraît suffisante pour interdire l'inférence d'une ingérence indue dans les constatations de faits à partir d'avis sur la politique et le droit. Le premier extrait tend à présenter les collègues comme des témoins sur faits parce que leurs vues sur l'opportunité et le droit comporteraient peut-être le rappel de souvenirs tirés de leur expérience. On ne leur reproche pas de juger des faits de l'espèce, mais le lien entre leurs opinions sur le droit et sur l'opportunité et leur connaissance de faits acquise au cours de leur travail. L'on conclut que c'est "tantamount to giving evidence". S'il s'agit presque de preuve elle ne concerne pas immédiatement les parties²⁰¹. Mais il y a plus. Elle ne constitue pas l'objet de la consultation qui porte sur le droit et l'opportunité. Les faits alors rappelés servent à illustrer un avis ou à rappeler ce qui a mené un collègue à une opinion, celle-ci constituant la matière même de la consultation. Nous croyons que ce rôle restreint justifie de ne pas assimiler l'avis juridique ou d'opportunité au témoignage. L'on ne saurait s'opposer au rôle des collègues en ces domaines à partir d'une analogie exagérée entre les principes applicables à la partialité et à l'ignorance. Une telle analogie n'est valable qu'en ce qui a trait aux faits adjudicatifs.

200. 85 C.L.R.B.R. 12-177, 12-183.

201. Elle a trait à d'autres affaires dont ils furent saisis.

La dernière prise de position, celle du juge Osler, est plus généreuse. Il paraît exiger une preuve que la consultation fut l'occasion de soumettre des faits et des idées aux décideurs. Cette exigence s'écarte de l'attitude de la majorité qui juge le procédé illégal en lui-même, au cas de non-divulgation, sans exiger d'être convaincue davantage. Aux yeux du juge Osler, ce n'est que si la décision révèle l'introduction de faits et d'idées nouvelles que le devoir de divulgation et l'octroi d'un droit de réponse s'imposeront. Il ne nous instruit pas davantage sur la mécanique applicable. Il semble bien signifier que les décideurs qui s'appêtent à justifier en partie une décision sur des faits ou des avis juridiques ou de politique introduits lors de la consultation, devront préalablement les divulguer aux parties. Nous estimons que c'est excessif. À notre avis, plusieurs distinctions permettraient ici d'assouplir la solution. Quant aux faits, seuls les faits adjudicatifs nous semblent justifier divulgation. Sur le droit, il y aurait lieu de distinguer selon qu'il s'agit de questions juridiques nouvelles ou simplement d'arguments sur une question. Et la politique ne devrait faire l'objet d'aucune obligation de divulgation. Ainsi seuls des faits adjudicatifs et des questions de droit déterminants seraient soumis à divulgation. Les premiers parce qu'ils concernent directement les parties. Les seconds parce qu'elles surprennent les parties car elles n'ont pas été soulevées lors de l'audition. Il faudrait d'ailleurs établir deux modalités de divulgation. S'il convient de divulguer ces faits en audition, les questions de droit n'auraient à être révélées que dans les motifs d'une décision appealable ou un avant-projet de décision non appealable.

Nous estimons que la position du juge Osler, à condition de la nuancer selon les suggestions que nous avons formulées, satisfait au souci d'équilibrer le respect des objectifs de l'institutionnalisation du processus et celui des principes de la justice naturelle. Parce qu'elle exige le rôle décisionnel déterminant de l'usage de certaines données, qu'elle assure l'immunité des faits législatifs, des considérations politiques et des nouveaux arguments de droit, et prévoit des modalités variables de divulgation, elle témoigne d'un souci équilibré de la régularité du processus, de son efficacité, et de la qualité intrinsèque des décisions.

CONCLUSION

L'institutionnalisation du processus décisionnel présente des avantages et des inconvénients. Les principaux avantages qui lui sont imputés sont d'accroître l'efficacité de l'organisme ainsi que la

cohérence et la qualité des décisions. La décision institutionnelle est, croit-on, susceptible de favoriser l'égalité de traitement d'individus se trouvant dans des situations similaires, de maximiser la possibilité de rendre des décisions d'une qualité supérieure²⁰², et de favoriser une meilleure affectation des ressources. On craint par contre que l'institutionnalisation ne risque d'encourager l'introduction, à l'insu des parties, de preuve et d'idées obtenues hors instance et d'entraîner la diminution de la responsabilité personnelle du décideur face à la décision à rendre.

Le phénomène d'institutionnalisation de la décision existe dans notre droit et il semble qu'il y soit pour rester. Le problème qui se pose n'est donc pas de savoir si la décision institutionnelle devrait ou non être autorisée, mais d'articuler des modalités de mise en oeuvre qui permettent d'en limiter les risques. Il s'agit là d'une approche qui n'a rien de révolutionnaire et s'inscrit dans la tradition jurisprudentielle anglaise et canadienne selon laquelle il faut interpréter avec flexibilité les règles de justice naturelle.

À ce sujet, certains principes se dégagent de la jurisprudence examinée. Premièrement, mises à part certaines exceptions, le décideur peut déléguer la fonction d'entendre oralement pourvu qu'il se prononce sur la base d'un dossier complet et soit en mesure de prendre une décision personnelle. Sous réserve d'y apporter un tempérament aux fins d'obliger la divulgation des nouveaux arguments soumis au décideur par l'officier d'audience, la position des tribunaux semble appropriée, et réconcilie les impératifs d'équité et d'efficacité.

En second lieu, en ce qui concerne les consultations internes, la Cour fédérale a donné le feu vert aux organismes. Elle leur a permis de consulter le personnel pour filtrer, résumer et apprécier la preuve et les représentations soumises par les parties et ce, sans obligation de communiquer les rapports aux parties. Cette position repose sur une analogie entre les rapports du personnel et les études effectuées par les clerks des juges. Les tribunaux de droit commun se sont par contre objectés aux mécanismes de consultations institutionnalisées (visant à favoriser la cohérence des décisions) permettant aux collègues qui n'ont pas assisté à l'audition et ne sont pas expressément autorisés à décider, à prendre part au délibéré. De telles consultations, dit-on, menacent l'indépendance

202. Comme le signale le professeur Davis, le travail d'équipe offre un système de "check and balance" qui permet à l'organisme de corriger ses erreurs à l'interne. Voir DAVIS, *op. cit.*, note 51, 277-278.

des membres des tribunaux administratifs et font échec au principe de la prééminence du dossier.

L'approche des tribunaux sur la consultation du personnel et des collègues est décevante et apparaît exagérément rigide. Il s'agit de problèmes, qui bien que connexes, ont donné lieu à des solutions extrêmes, et opposées. On autorise la consultation du personnel sans obligation de divulguer le rapport aux parties, alors qu'on interdit la consultation concertée des collègues. Une façon d'expliquer la divergence des résultats serait de soutenir que la consultation du personnel ne vicie pas le processus décisionnel puisqu'il existe un lien hiérarchique entre le personnel et le décideur, et que ce dernier conserve, sans s'exposer à des sanctions, sa faculté de tirer ses propres conclusions. L'on dirait par contre que la consultation concertée de collègues est plus menaçante puisque, même si en théorie le décideur légalement autorisé demeure maître de sa décision, son refus de se conformer à la position majoritaire de l'organisme l'expose à des sanctions telles le non-renouvellement de son mandat. Ce qui le place dans une situation de conflit d'intérêt et annule ou réduit l'influence que les représentations des parties sont susceptibles d'avoir sur la décision.

Il s'agit d'un argument plausible mais qui à lui seul ne devrait pas conduire aux solutions extrêmes et contraires qui ont été retenues, à savoir le laxisme face aux consultations du personnel et l'intolérance dans le cas des collègues. D'une part, il n'est pas évident que l'existence d'un lien hiérarchique soit synonyme d'absence d'influence. Il se peut, par exemple, qu'en raison du caractère spécialisé des décisions à rendre, il existe dans certains organismes un écart significatif entre le pouvoir formel et le pouvoir réel de sorte que, dans les faits, le personnel joue un rôle important dans la prise de décisions. D'autre part, on risque de se priver de bénéfices importants en prohibant les consultations concertées de collègues. Il pourrait donc être intéressant de soupeser les coûts et bénéfices susceptibles de résulter des consultations concertées de collègues (par exemple la cohérence et la qualité supérieure des décisions contre les délais et la dilution de l'influence des procureurs), et de reconnaître que les choix qui s'offrent ne se limitent pas à autoriser ou prohiber ces consultations. De plus, dans la mesure où l'incohérence des décisions d'un organisme ne constitue pas un cas d'ouverture au contrôle judiciaire²⁰³, l'apport que peuvent avoir les

203. Sur cette question voir notamment: D.J. MULLAN, "Natural Justice and Fairness - Substantive as Well as Procedural Standards for the Review of Administrative Decision-Making?", (1982) 27 *McGill L.J.* 250; H.W. MAC-

consultations entre collègues sur la réalisation de l'objectif d'égalité de traitement des administrés devant la Loi n'est pas négligable, et pourrait nous amener à les autoriser à la condition qu'elles soient assorties de garanties procédurales permettant aux parties d'être informées et de réfuter les faits ou arguments nouveaux soulevés lors des consultations. Cette approche aurait le mérite de concilier davantage l'efficacité et la justice administrative.

LAUGHLIN, "Some Problems with Judicial Review of Administrative Inconsistency", (1984) 8 *Dal. L.J.* 435; et l'article de Y.-M. Morissette contenu dans ce recueil.