

Processus décisionnels, justice naturelle et équité procédurale dans la jurisprudence comparée de la Cour fédérale et des cours ontariennes et québécoises

Patrick Robardet

Volume 23, Number 3, 1982

La protection de l'administré

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042512ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042512ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Robardet, P. (1982). Processus décisionnels, justice naturelle et équité procédurale dans la jurisprudence comparée de la Cour fédérale et des cours ontariennes et québécoises. *Les Cahiers de droit*, 23(3), 687–771. <https://doi.org/10.7202/042512ar>

Article abstract

Natural justice and fairness (the « new natural justice ») are well known notions of administrative law. They constitute traditional and newer limits on administrative action. This article analyses these two principles, both as to their nature and the extent to which they are respected by administrative bodies and by government (the Crown and central departments). This latter aspect is illustrated by cases pertaining to the judicial control exercised by the Federal Court of Canada and the Ontario and Quebec superior courts.

The approach followed is a comparative one. The paper attempts to identify those judicial trends within the three systems studied which [emphasize] [differences and similarities] in their responses to the various practical issues raised by natural justice and fairness and their respect in administrative decision-making processes. Thus, the study attempts to retrieve from the case law considered those notional and methodological elements, or principles, which structure judicial control and judicial reasoning in solving the issues raised by the processes in motion.

Processus décisionnels, justice naturelle et équité procédurale dans la jurisprudence comparée de la Cour fédérale et des cours ontariennes et québécoises

Patrick ROBARDET*

Natural justice and fairness (the «new natural justice») are well known notions of administrative law. They constitute traditional and newer limits on administrative action. This article analyses these two principles, both as to their nature and the extent to which they are respected by administrative bodies and by government (the Crown and central departments). This latter aspect is illustrated by cases pertaining to the judicial control exercised by the Federal Court of Canada and the Ontario and Quebec superior courts.

The approach followed is a comparative one. The paper attempts to identify those judicial trends within the three systems studied which [emphasize] [differences and similarities] in their responses to the various practical issues raised by natural justice and fairness and their respect in administrative decision-making processes. Thus, the study attempts to retrieve from the case law considered those notional and methodological elements, or principles, which structure judicial control and judicial reasoning in solving the issues raised by the processes in motion.

| | <i>Pages</i> |
|--|--------------|
| Introduction..... | 689 |
| 1. La règle <i>audi alteram partem</i> | 690 |
| 1.1. Les conditions d'application de la règle..... | 690 |
| 1.1.1. Les éléments de nature matérielle..... | 691 |
| 1.1.1.1. La notion d'atteinte aux droits..... | 691 |
| 1.1.1.2. La qualification de la nature des fonctions..... | 695 |
| 1.1.2. Les éléments de nature formelle..... | 697 |
| 1.1.2.1. L'obligation formelle de respecter la règle..... | 697 |
| 1.1.2.2. La structure formelle du processus de décision..... | 699 |
| 1.1.3. L'exercice d'un <i>statutory power of decision</i> en droit ontarien..... | 701 |

* Lors de la rédaction de ce texte, l'auteur était chargé de recherche au Laboratoire de recherche sur la justice administrative. Il veut remercier Me Marise Visocchi, étudiante de maîtrise en droit et assistante de recherche, pour son travail de compilation et d'analyse de la jurisprudence québécoise pertinente.

| | <i>Pages</i> |
|---|--------------|
| 1.2. Le contrôle de l'application de la règle <i>audi alteram partem</i> | 704 |
| 1.2.1. L'objet du droit d'être entendu et sa finalité | 704 |
| 1.2.1.1. L'objet matériel du droit d'être entendu | 704 |
| 1.2.1.2. Les éléments téléologiques du droit d'être entendu | 705 |
| 1.2.2. Le contrôle des modalités d'application de la règle | 708 |
| 1.2.2.1. Audition et avis | 708 |
| 1.2.2.1.1. La tenue d'une audition | 709 |
| 1.2.2.1.2. La régularité de l'avis | 710 |
| 1.2.2.1.2.1. La régularité formelle de l'avis ... | 711 |
| 1.2.2.1.2.2. La régularité matérielle de l'avis.. | 711 |
| 1.2.2.2. La conduite de l'audition ou la mise en œuvre du droit d'être entendu | 715 |
| 1.2.2.2.1. L'ajournement préventif de l'audition | 716 |
| 1.2.2.2.2. Le droit de faire valoir des moyens | 718 |
| 1.2.2.2.3. La communication du dossier | 725 |
| 1.2.2.2.4. Le droit d'être représenté par un avocat | 727 |
| 1.2.2.3. La correction des violations de la règle | 729 |
| 1.2.2.3.1. La correction de l'avis initial d'audition | 730 |
| 1.2.2.3.2. La disponibilité d'une seconde audition | 730 |
| 1.2.2.3.3. La disponibilité d'un recours administratif ... | 731 |
| 2. L'équité procédurale | 733 |
| 2.1. Les fondements de l'équité procédurale | 733 |
| 2.1.1. Les fondements formels | 734 |
| 2.1.2. Les fondements matériels | 734 |
| 2.1.2.1. Équité procédurale et justice naturelle | 734 |
| 2.1.2.2. Équité procédurale et qualification des fonctions | 736 |
| 2.2. Les formes procédurales de l'équité | 739 |
| 2.2.1. Équité procédurale et devoir d'entendre | 739 |
| 2.2.2. Les caractères de la mise en œuvre de l'équité procédurale | 742 |
| 3. La règle <i>nemo judex</i> | 744 |
| 3.1. La notion de crainte raisonnable de préjugé | 746 |
| 3.1.1. Les conditions d'application de la notion | 746 |
| 3.1.2. Les situations impliquant une crainte raisonnable de préjugé | 748 |
| 3.1.2.1. La confusion des fonctions d'accusateur et de juge | 749 |
| 3.1.2.2. Les conflits d'intérêts et le désintéressement | 751 |
| 3.1.2.3. Le fait de siéger en appel de sa propre décision | 753 |
| 3.1.2.4. Les idées préconçues et les comportements passés | 754 |
| 3.2. L'autorisation de situations donnant lieu à crainte de préjugé | 758 |
| 3.2.1. Les fondements de l'autorisation | 759 |
| 3.2.1.1. La nature des fonctions et les qualités du décideur | 759 |
| 3.2.1.2. L'interprétation de textes législatifs ou réglementaires ... | 759 |
| 3.2.2. Les conséquences de l'autorisation | 761 |
| 3.3. Les rapports de la règle et de notions autres de droit administratif | 763 |
| 3.3.1. Règle <i>nemo judex</i> et règle <i>audi alteram partem</i> | 763 |
| 3.3.2. Règle <i>nemo judex</i> et équité procédurale | 767 |
| Conclusion | 770 |

Introduction

Les règles de la justice naturelle sont comptées au nombre des principes qui encadrent l'exercice des compétences de l'Administration. Cet article se propose d'en présenter une étude dans les systèmes juridiques fédéral, ontarien et québécois.

Les organismes et institutions dont les actes et les décisions constituent l'objet du contentieux analysé, sont, d'une part, la couronne, les ministères et les organismes fédéraux, et d'autre part, au niveau provincial ontarien et québécois, la couronne, les organes centraux et les organes de la décentralisation fonctionnelle provinciaux, à l'exclusion des collectivités territoriales.

La jurisprudence considérée a été limitée aux décisions rapportées de la Cour fédérale (Division de première instance et Cour fédérale d'appel), des juridictions ontariennes (*High Court*, *Divisional Court* et Cour d'appel), de la Cour supérieure et de la Cour d'appel québécoises. Elle inclura occasionnellement un certain nombre de décisions et d'arrêts québécois non publiés afin de donner le suivi de décisions rapportées de la Cour supérieure. Dans le temps, la jurisprudence considérée couvre une période s'étendant de 1971, pour les jugements fédéraux et ontariens, et de 1974, pour les jugements québécois, jusqu'en 1981¹. Pour ce qui a trait à la nature des recours impliqués, les instances d'appel à une cour de justice ont été écartées; des renvois à des décisions impliquant un appel sur des questions de droit ou de compétence ont parfois été effectués, cependant. L'étude couvre donc, principalement, les recours ressortissant aux modes de contrôle judiciaire². En ce qui concerne les cas d'ouverture du contrôle judiciaire, ce sont ceux

-
1. L'année 1971 correspond à l'entrée en vigueur de la *Loi sur la Cour fédérale* (S.R.C. 1970, c. 10 (2^e Supp.)) et à l'adoption des lois ontariennes portant réforme du contrôle judiciaire dans cette province, dont le *Judicial Review Procedure Act* (S.O. 1971, c. 48) et le *Statutory Powers Procedure Act* (S.O. 1971, c. 47). L'année 1971 fut celle de la création de la Cour fédérale et de la *Divisional Court* en Ontario. Pour le droit québécois, l'année 1974 fut retenue pour des raisons de pure commodité afin de maintenir le volume des décisions étudiées dans des limites raisonnables et dans la mesure où la jurisprudence québécoise des années 1974 à 1981 nous parût couvrir adéquatement les développements du droit administratif.
 2. Il s'agit, en droit fédéral, des recours visés dans l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, *supra*, note 1, de l'examen visé dans son article 28(1) et du renvoi énoncé dans son article 28(4); en droit québécois, des recours extraordinaires des articles 837 et suivants du *Code de procédure civile*, de l'action directe en nullité, de l'injonction (art. 752 à 761 C.P.C.) et du jugement déclaratoire (art. 453 et 462 C.P.C.); et enfin, en droit ontarien, de l'*application for judicial review* (*Judicial Review Procedure Act*, *supra*, note 1, art. 2) qui regroupe les anciens brevets de *mandamus*, de *prohibition* et de *certiorari*, de la *declaration*, de l'injonction et du référé (*stated case*). L'on y ajoutera le recours d'*habeas corpus* en droit ontarien (*Habeas Corpus Act*, R.S.O. 1970, c. 197) et en droit québécois (art. 851 à 861 C.P.C.).

que définissent les hypothèses classiques réunies sous la notion large de l'*ultra vires* ainsi que les textes applicables³.

Enfin, la jurisprudence étudiée exclut les arrêts de la Cour suprême du Canada rendus sur appel des décisions des cours provinciales et fédérale, en raison de la nature de droit comparé de l'étude.

Cette étude traite des règles de la justice naturelle et de l'équité procédurale afférentes à l'action administrative. Elle a pour objet de mettre en parallèle les solutions définies par les juges des trois systèmes de droit, quant aux principes et aux modalités de leur mise en œuvre. Cette mise en parallèle cherche à identifier des points de convergence ou de divergence en rapprochant les trois ensembles jurisprudentiels.

L'objectif de l'étude est de présenter, à la lumière des démarches empruntées par les juges, les éléments structurels du contrôle de l'application des règles, les préoccupations judiciaires et les fins recherchées par rapport au besoin de protection ressenti par l'administré. L'étude privilégie donc la structure de la démarche judiciaire par rapport à l'action administrative, pour déboucher, en dernière analyse, sur l'identification des principes d'unité ou des constantes du contrôle judiciaire dans les trois systèmes juridiques étudiés.

1. La règle *audi alteram partem*

1.1. Les conditions d'application de la règle

La première question qui se pose est celle des conditions d'application de la règle⁴. De façon générale, ces conditions renferment plusieurs objets : tout d'abord, des conditions de nature matérielle, puis des conditions de

3. Cf. l'article 28(1)(a) à (c) de la *Loi sur la Cour fédérale*, *supra*, note 1, les articles 453, 838, 844, 846 et 851 du *Code de procédure civile* québécois, et l'article 2 du *Judicial Review Procedure Act* ontarien, *supra*, note 1.

4. La question posée peut appeler une réponse pour exclure certaines décisions du champ d'application de la règle. Notamment, en ce qui concerne les décisions d'ordre procédural, les juges ontariens et québécois font dépendre leurs solutions de ce que la question procédurale tranchée par un organe de décision atteint ou n'atteint pas les droits d'un administré. En Ontario, voir : *Re International Brotherhood of Electrical Workers and Electrical Construction Association of Hamilton*, [1973] 2 O.R. 657 (D.C.), p. 667 (renvoi à l'arrêt *R. v. Electricity Commissioners*, (1924) 1 K.B. 171), sur la question de savoir si la décision conférant à un premier groupement patronal la qualité d'intervenant entraîne qu'un second groupement ne pourra pas faire valoir son point de vue sur l'accréditation du premier. Au Québec, voir : *Guay c. Lalancette*, [1977] C.S. 725 (l'intervenant en cause possédait un intérêt actuel dans le litige et devait pouvoir intervenir à l'arbitrage). Voir pour une solution identique, *Procureur général du Québec c. C.E.G.E.P. de Gaspésie*, [1975] C.S. 477, concernant le ministre de l'éducation (sur la base de l'arrêt *Alliance des*

nature formelle, enfin le cas particulier du *statutory power of decision* ontarien. Les éléments matériels comprennent les critères de l'atteinte aux droits et de la nature des fonctions. Le critérium de l'atteinte aux droits inclut lui-même la notion de *lis inter partes* et celle du caractère final d'une décision. Les éléments formels comprennent les formes procédurales et l'obligation de respecter la règle imposée par une loi ou un règlement.

1.1.1. Les éléments de nature matérielle

1.1.1.1. La notion d'atteinte aux droits

Si l'atteinte aux droits constitue un critérium d'identification *a contrario* d'une décision de pur ordre procédural^{4a}, elle demeure toutefois un critérium premier d'application de la règle *audi alteram partem*, que les juges conjuguent souvent à la qualification de la fonction. À cet égard, la diversité des solutions rend difficile la systématisation de la jurisprudence. Deux interrogations peuvent être posées. L'atteinte aux droits constitue-t-elle un critère unique de l'application de la règle *audi*? Quand l'application de ce critère est-elle conjuguée à la qualification de la fonction exercée?

En Ontario, les premières décisions rendues par la *Divisional Court* mettent en relief non pas des divergences de solution, mais une alternance entre des solutions traditionnelles et d'autres plus nouvelles.

Le principe du critère unique a été suivi pour caractériser l'approbation donnée par un ministre à l'exercice d'un droit de retrait d'un immeuble après que l'intéressé eut acquitté des impôts locaux. La *Divisional Court* a jugé, sur

professeurs catholiques de Montréal c. C.R.O., [1953] 2 R.C.S. 140) avant même qu'une décision finale ne soit rendue par l'organisme, comme dans l'affaire *Guay, ante*; ou après qu'une décision finale l'ait été, voir *Syndicat des employés du Centre hospitalier Robert-Giffard c. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers du Québec*, [1979] C.A. 323 (opposition de deux syndicats sur un grief relatif à un affichage de poste, où l'intérêt a été fondé sur la perte possible d'un emploi — p. 326 — même si la décision arbitrale n'était pas opposable au défendeur). Simultanément, une interprétation libérale de l'application de la règle *audi alteram partem* a pu conduire la Cour d'appel du Québec à affirmer qu'une obligation formelle s'impose aux tribunaux inférieurs d'entendre les tiers touchés identifiés, à qui avis doit être donné, bien qu'ils n'aient pas demandé formellement à être entendus; voir l'affaire *Centre hospitalier Robert-Giffard, ante*. Cette décision de la Cour d'appel québécoise renforce le caractère formel de la règle *audi alteram partem* et de son respect; elle confirme aussi une décision antérieure: *Blanchette c. Beaubien*, [1975] R.D.T. 43 (C.A., 1974), p. 49, où une stricte observation de la règle a été suivie. Enfin, sur l'obligation d'entendre quand une personne revendique le statut de partie intéressée, selon que le prévoit un texte de loi, voir: *B.C. Hydro and Power Authority c. Westcoast Transmission Co. Ltd.*, [1981] 2 C.F. 646, pp. 684-685 (l'organisme ne peut à l'avance restreindre la reconnaissance de ce statut).

4^a. *Supra*.

le fondement de l'arrêt *Alliance des professeurs de Montréal*⁵, que le ministre était dans l'obligation d'agir « judiciairement » et devait entendre avant de décider⁶. La fonction avait donc été caractérisée. Une solution identique a été retenue dans une autre espèce portant sur l'exercice ministériel, par substitution, d'une compétence locale en matière d'aménagement du territoire⁷.

L'atteinte aux droits a été retenue dans l'affaire *Re Cardinal*⁸, pour décider qu'un policier, dont le congédiement était recherché, devait être entendu. La *Divisional Court* n'a pas, dans cette espèce, caractérisé la fonction impliquée mais elle a néanmoins précisé que, l'eût-elle entrepris, la fonction aurait été qualifiée comme « quasi judiciaire ».

De ces premières constatations, il ressort que seule l'affaire *Re Orangeville*⁹ témoigne de l'appel à un critère unique, sans qualification de la fonction exercée. Dans l'espèce *Cardinal*¹⁰, où la qualification n'a pas été formellement énoncée, la Cour a également retenu l'existence d'un appel sur dossier pour fonder l'application de la règle. Ailleurs, la *Divisional Court* a souligné le caractère final de la décision¹¹. Elle a aussi assimilé à un *lis inter partes* un processus de décision conduisant à une interdiction d'accomplir certains actes, au motif qu'il fallait supposer que l'organisme n'agissait qu'après le dépôt d'une plainte¹².

Enfin, dans l'affaire *Nicholson*¹³, en matière de renvoi de policiers et en l'absence d'obligation expresse d'entendre, l'application de la règle fut fondée sur le fait que l'on reprochait à l'officier sa mauvaise conduite. En s'appuyant sur sa décision *Re Hershoran*¹⁴, la *Divisional Court* réintroduisait toutefois, par le biais du critère de l'atteinte aux droits, la question de la qualification de la fonction.

Les décisions ontariennes plus récentes montrent que les cours n'ont pas définitivement renoncé à qualifier les fonctions. Elles opposent, par exemple,

5. *Supra*, note 4.

6. *Re Hershoran and City of Windsor*, (1974) 1 O.R. (2d) 291 (D.C.), p. 315.

7. *Re Orangeville Highlands and Attorney General of Ontario*, (1975) 8 O.R. (2d) 97, qui suit une décision antérieure: *Re Zadavec and Town of Brampton*, (1972) 3 O.R. 514 (D.C.).

8. *Re Cardinal and Board of Commissioners of Police of City of Cornwall*, (1974) 2 O.R. (2d) 183 (D.C.).

9. *Supra*, note 7.

10. *Supra*, note 8. Comparer *Re Canada Metal Co. Ltd and MacFarlane*, (1974) 1 O.R. (2d) 577 (Ont. H.C.), où la qualification a été entreprise sur le fondement, *inter alia*, de la présence d'un appel sur le droit à la *County Court* et sur toute autre question, au ministre (p. 588).

11. *Re Wakil and Medical Review Committee*, (1977) 15 O.R. (2d) 157 (D.C.).

12. *Re Liquor Control Board of Ontario and Keupfer*, (1974) 4 O.R. (2d) 138 (D.C.). Dans la mesure où la décision renvoie à une limitation de la liberté du particulier visé par une ordonnance interdisant d'acheter des spiritueux, elle laisse supposer, incidemment, qu'il existerait un « droit de boire »!

un *lis inter partes* et la détermination de droits à une fonction « administrative » dans le contexte de l'application du *Statutory Powers Procedure Act*¹⁵, lors même que ces notions sont étrangères à cette application¹⁶.

Dans le même temps, le fait que le rapport d'un organe consultatif puisse avoir des conséquences sur la liberté de l'administré, comme en matière d'internement au bon vouloir du lieutenant-gouverneur en conseil, entraînera l'application de la règle au motif qu'il s'agit en fait d'une décision quand le rapport est ordinairement suivi¹⁷.

En droit fédéral, le recours au critère unique est largement accepté. La Cour fédérale a imposé de suivre la règle quand des intérêts ou des droits sont menacés¹⁸.

Que ceux-ci doivent être sérieusement menacés, apparaît à la lumière des décisions rejetant la mise en œuvre de la règle quand il y a absence de décision au cas d'enquête¹⁹, absence de décision sur un droit quelconque²⁰, ou encore en cas de doute, malgré l'identité d'effets entre une décision privant de moyens de transport, par exemple, et l'atteinte à des intérêts qui résulte d'une obligation légale²¹.

Ainsi l'application du critère unique requiert une appréciation des intérêts atteints ou des droits menacés et elle est parfois conditionnée par le recours à des critères autres (absence de décision, tenue d'une simple enquête). Pour cette raison, la qualification de la nature des fonctions demeure présente. Cette opération n'interdit pas que la règle s'applique à la formulation d'une décision administrative touchant des droits²². Elle entraîne

13. *Re Nicholson and Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, (1975) 9 O.R. (2d) 481 (D.C.), p. 490. L'appui sur *Re Hershoran*, *supra*, note 6, contredit la référence à l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, (1964) A.C. 40, pour affirmer que la qualification n'est plus nécessaire. En outre, l'arrêt *Ridge* introduit un concept général d'équité (*duty to act fairly*) que la *Divisional Court* a rattaché en l'espèce, à la justice naturelle, sauf à donner à l'équité une extension variable.

14. *Supra*, note 6.

15. *Supra*, note 1; voir aussi: *Re Dagg and Ontario Human Rights Commission*, (1980) 102 D.L.R. (3d) 155 (Ont. D.C.), p. 158.

16. Voir *infra*, 1.1.3.

17. *Re Abel and Director, Penetanguishene Mental Health Centre*, (1981) 31 O.R. (2d) 520 (C.A.), conf. (1979) 24 O.R. (2d) 279 (D.C.).

18. Sur la modification ou l'annulation d'un permis, voir: *In Re North Coast Air Services Ltd*, [1972] C.F. 390 (C.A.), p. 404; *Creative Shoes Ltd c. M.R.N.*, [1972] C.F. 115, pp. 138-139; sur les effets d'un rapport d'enquête en matière de révocation de pardon, voir: *Desjardins c. Commission des libérations conditionnelles*, [1976] 2 C.F. 539.

19. *Canadian Javelin Ltd c. Sparling*, [1979] 1 C.F. 334, p. 338.

20. *Kedward c. La Reine*, [1973] C.F. 1142, pp. 1149-1150 (décisions du Commissaire de la G.R.C.).

21. *Gateway Packers 1968 Ltd c. Burlington North (Man.) Ltd*, [1971] C.F. 359 (C.A.), p. 372.

22. *Creative Shoes Ltd*, *supra*, note 18, pp. 138-139.

aussi que l'absence d'atteinte détermine la nature « administrative » de la fonction et que cette nature exclut en retour l'application de la règle *audi alteram partem*²³. Comme cela est le cas en droit ontarien, la Cour fédérale soumet aussi l'application de la règle à la présence nécessaire de certains éléments. L'absence de décision touchant un droit a pu être conjuguée à l'absence d'obligation de suivre, en vertu de textes législatifs, une procédure de nature « judiciaire » : la fonction est alors qualifiée « administrative » et l'application de l'arrêt *Ridge v. Baldwin*²⁴ écartée²⁵. Malgré l'atteinte à des droits, une décision fédérale récente a écarté l'application de la règle et le droit de contre-interroger au motif que l'on était en présence d'une enquête et non point d'un *lis inter partes*²⁶. Par contraste, quand une décision qualifiée « administrative » affecte des droits, la cour fédérale a aussi admis que le devoir d'entendre s'appliquait afin d'éviter que ne soit rendue une décision arbitraire²⁷.

De ces premiers éléments d'analyse, il ressort, d'une part, que les juges ontariens et fédéraux n'ont définitivement ni renoncé à qualifier les fonctions exercées par rapport aux catégories traditionnelles du contrôle judiciaire, malgré la particularité des changements conceptuels introduits par l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et le *Statutory Powers Procedure Act* ontarien, ni renoncé à prendre en considération la présence d'éléments formels afin de conclure à l'application de la règle. Il ressort, d'autre part, que l'atteinte aux droits ou à des intérêts importants ne constitue pas un critère opératoire susceptible de fonder une systématisation des solutions. L'application de la règle demeure, en son principe et pour une large part, tributaire des circonstances de chaque espèce. Sur ce point, il y a accord des jurisprudences fédérale²⁸ et ontarienne²⁹.

23. *Kosobook c. Le Solliciteur général du Canada*, [1976] 1 C.F. 540.

24. *Supra*, note 13.

25. *Supra*, note 20, *eod. loc.*

26. *Taiwan Footwear Manufacturers Assoc. c. Le Tribunal anti-dumping*, [1981] 1 C.F. 575, p. 577.

27. *Creative Shoes*, *supra*, note 18, p. 143.

28. Ainsi, sur l'obligation d'informer de la demande de permis temporaire présentée par un concurrent, alors que celui-ci dénigre l'intéressé, la Cour fédérale a repoussé l'idée de l'intérêt à être informé de la demande et de répliquer. La cour affirmait qu'il faut apprécier les intérêts en jeu, les circonstances et les effets pratiques des demandes, en l'absence d'obligation légale ou réglementaire d'informer : *Okanagan Helicopters Ltd c. Commission Canadienne des Transports*, [1975] C.F. 396, (C.A.), p. 406.

29. Voir : *Re Nicholson*, *supra*, note 13, p. 490 (« That the principles of natural justice must be considered even in the most unpromising circumstances is demonstrated by the decision of this Court in *Re Hershonan...* »); *Re S and M Laboratories Ltd and the Queen in right of Ontario*, (1978) 21 O.R. (2d) 777 (D.C.), p. 779 (« That is trite law »); *Re Dick and Attorney general for Ontario*, (1973) 2 O.R. (2d) 313 (D.C.).

La jurisprudence québécoise n'échappe pas à la relative incertitude relevée dans les décisions ontariennes et fédérales quant à la solution à adopter. Si certaines décisions fondent l'application de la règle sur le seul critère de l'atteinte aux droits, la démarche courante y associe souvent la caractérisation des fonctions. La prise d'une décision de type « quasi judiciaire » ou « administratif » peut conduire à son application³⁰. Cette application a été écartée, par exemple, au motif qu'un rapport d'enquête ne porte pas atteinte à des droits³¹, ou à celui voulant que le respect des règles de la justice naturelle requiert la présence d'une décision et non pas celle d'une simple recommandation³². Les décisions formant la tendance du critère unique de l'atteinte aux droits suivent les arrêts *Alliance des professeurs* et *Ridge v. Baldwin*. Une décision plus récente de la Cour supérieure du Québec, qui se situe dans le prolongement direct de la jurisprudence anglaise, de l'arrêt *Ridge* notamment, et de son influence³³, laisse penser que l'atteinte aux droits constituerait un critère opératoire suffisant de la règle, à l'exclusion de toute qualification superflue des fonctions exercées³⁴. Cette position fut adoptée lors de la censure d'une décision de renvoi d'un élève par une commission scolaire.

Si l'atteinte aux droits ne constitue pas, à l'évidence, le seul critérium d'application de la règle, quels autres éléments faut-il considérer ?

1.1.1.2. La qualification de la nature des fonctions

La nature d'une fonction particulière exercée par l'Administration constitue l'un des critères d'application de la règle selon les distinctions jurisprudentielles traditionnelles.

Premièrement, comme l'indique le droit fédéral, l'exclusion de l'application de la règle est tirée de l'exercice d'une fonction de nature « administrative »³⁵ et l'épithète « non judiciaire » attachée, par exemple, à la révocation

30. *Rachel Automobiles Inc. c. Directeur général du Bureau des véhicules automobiles*, [1977] C.S. 674, *ibid.*; *C.S.N. c. Office de la construction du Québec*, [1976] C.A. 321; *Ateliers d'ingénierie Dominion Ltée c. C.D.P.Q.*, [1978] C.S. 370, p. 374 (sur le respect de la règle pour trancher une question de compétence).

31. *Fraternité interprovinciale des ouvriers en électricité c. Office de la construction du Québec*, [1980] C.S. 35.

32. *Les ateliers d'ingénierie Dominion Ltée c. C.D.P.Q.*, *supra*, note 30, p. 374. La décision a été confirmée, sur un autre point, par [1980] R.P. 209 (C.A., 1978).

33. Voir : *C.S.N. c. O.C.Q.*, *supra*, note 30.

34. *Courcelles c. Dionne et Commission scolaire de St-Jérôme*, [1978] C.S. 172, p. 176.

35. Voir : *S.E.A.P. c. Commission de contrôle de l'énergie atomique*, [1977] 2 C.F. 473 (C.A.); *McCann c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 570 (dans la lignée des arrêts *Howarth c. Commission Nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453, et *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570). Il en va ainsi également de l'application de la notion d'équité, voir : *Service Canadien des Pénitenciers c. Marcotte*, [1977] 1 C.F. 297 (C.A.) (appel d'une ordonnance de la Division de la première instance).

de mesures de surveillance obligatoire, a entraîné l'irrecevabilité d'une requête de *certiorari* en Cour fédérale de première instance³⁶; son impact est donc grave.

Mais comment s'opère la qualification?

La nature de la fonction peut être définie par renvoi aux catégories traditionnelles de la common law. La décision de type « quasi judiciaire » est associée, en droit ontarien et québécois³⁷, à l'atteinte aux droits. Inversement, la fonction de type « administratif » en est dissociée, comme en droit fédéral³⁸. La notion de fonction « administrative » recouvre, en droit ontarien et fédéral, la fonction réglementaire³⁹ et des fonctions impliquant la protection de l'intérêt public ou l'élaboration de politiques publiques⁴⁰. Considérée sous cet angle, la qualification est centrée autour de l'objet de la fonction ou du pouvoir de décision. Ont ainsi été déclarées « administratives », la surveillance et l'organisation d'un scrutin⁴¹ et la conduite d'une enquête⁴². Dans ce dernier cas, la qualification associe déjà la nature « administrative » de la fonction à l'absence d'obligation, prescrite par une loi ou un règlement, de suivre la règle *audi alteram partem*, ou à l'absence de décision. Cette association se retrouve lorsqu'il s'agit de savoir, en droit québécois, si un organisme constitue un tribunal au sens de l'article 846 du *Code de procédure civile*⁴³.

36. In *Re Nicholson*, [1975] C.F. 478, p. 481.

37. Voir : *Ateliers d'ingénierie Dominion Ltée c. C.D.P.Q.*, *supra*, note 32, [1980] R.P. 209 (C.A. 1978) (Sur le pouvoir d'assigner des témoins); *Re Brown and Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1981) 31 O.R. (2d) 417 (C.A.), p. 431, (Lacourcière, J.A.), conf. (1980) 28 O.R. (2d) 737 (D.C.).

38. *Supra*, note 36, p. 481; *contra* : *Auger c. Service Canadien des Pénitenciers*, [1975] C.F. 330 (ces deux décisions portent sur des libérations conditionnelles).

39. *Braeside Farms Ltd v. Treasurer of Ontario*, (1978) 5 M.P.L.R. 181 (D.C.), p. 189 (puisque le règlement est d'application générale, l'hypothèse présentée par l'affaire *Wiswell v. Metro Corp. of Greater Winnipeg*, [1965] R.C.S. 512 est écartée); voir aussi : *Administration de pilotage du Pacifique c. Alaska Trainship Corp.*, [1980] 2 C.F. 54 (C.A.), p. 82.

40. Sur la définition de politiques publiques, voir : *Re Bedesky and Farm Products Marketing Board of Ontario*, (1975) 8 O.R. (2d) 516 (D.C.) (fixation de quotas de production) où la cour a, en outre, relevé l'absence d'atteinte à des droits; *Braeside Farms*, *supra*, note 39, p. 189 (le caractère subjectif des critères de décision est relié à la mission d'intérêt public de l'organisme); et sur la protection de l'intérêt public par des mesures de saisie, voir : *Lambert c. La Reine*, [1975] C.F. 548, conf. par [1977] 1 C.F. 199. Voir aussi : *La Cie Rothmans de Pall Mall Canada Ltée c. M.R.N. (n° 1)*, [1976] 2 C.F. 500 (C.A.).

41. *C.S.N. c. O.C.Q.*, *supra*, note 30.

42. Sur la nature d'une enquête préliminaire définie par la loi comme étant une « audition », en matière de droit d'interroger, voir : *Canadian Javelin Ltd c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce*, [1981] 2 C.F. 86, pp. 87, 88; sur la notion d'enquête, voir : *Fraternité interprovinciale*, *supra*, note 31.

43. *Fraternité interprovinciale*, *supra*, note 31.

Un approfondissement du problème de la nature de la fonction ressort de décisions relatives à la qualification d'un recours au Cabinet fédéral dans l'affaire *Inuit Tapirisat* où, contrairement à l'arrêt de la Cour fédérale d'appel, la Division de première instance a jugé que le recours n'était pas un appel et qu'il était incompatible avec l'application de la règle *audi alteram partem*⁴⁴. Pour en décider, le critérium du caractère discrétionnaire de la décision fut pris en considération. Il fut d'un poids déterminant dans la caractérisation de la fonction comme « administrative »⁴⁵ et dans le rejet concomitant de l'application de la règle. Ce faisant, la démarche introduisait un nouvel élément : la nature du fondement de la décision impliquée. Une décision isolée de la Cour fédérale d'appel a cependant imposé le respect de la règle à propos d'une décision ministérielle discrétionnaire en matière de citoyenneté, qui mettait en jeu des documents confidentiels détenus par la G.R.C.⁴⁶

Au demeurant, si la qualification des fonctions fait principalement appel, dans les trois systèmes de droit, au critérium de l'atteinte aux droits, elle s'appuie cependant sur une pluralité d'éléments.

1.1.2. Les éléments de nature formelle

Cette catégorie s'intéresse aux formes procédurales et, en premier lieu, à la présence ou à l'absence d'une obligation, imposée par un texte législatif ou réglementaire, de respecter la règle *audi alteram partem*.

1.1.2.1. L'obligation formelle de respecter la règle

L'identification de cette obligation repose sur une démarche à deux volets. Ou bien le juge s'assure de l'inclusion de l'obligation, ou bien il recherche les indices de son exclusion.

L'inclusion de l'obligation par voie expresse présente peu de difficultés. Ainsi en va-t-il de l'obligation de donner avis quand un texte l'impose clairement, qu'il s'agisse d'une loi particulière, du *Statutory Powers Procedure Act* ontarien⁴⁷ ou de la *Charte des droits et libertés de la personne québécoise*⁴⁸. Dans les deux derniers cas, l'organe de décision doit être un

44. *Inuit Tapirisat c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 C.F. 213, inf. par [1979] 1 C.F. 710 (C.A.).

45. Voir les arrêts cités *supra*, notes 38 et 40.

46. *Lazarof c. Secrétaire d'État du Canada*, [1973] C.F. 927.

47. *Supra*, note 1 ; *Re Cardinal and Minister of Community and Social Services*, (1981) 32 O.R. (2d) 65 (D.C.), p. 68 ; *Re Aamco Automatic Transmissions Inc. et al. and Simpson*, (1981) 29 O.R. (2d) 565, (D.C.), pp. 581-582 (application de l'art. 8, *S.P.P. Act*).

48. L.R.Q. 1977, c. C-12 ; voir : *Théorêt c. Cholette et Conseil de la sécurité publique de la C.U.M.*, [1980] C.S. 643, p. 648 (application de l'art. 34 de la *Charte*, sur le droit à la représentation par avocat).

organe soumis par le texte à cette obligation. Cette question peut alors soulever un problème de qualification : est-on en présence, en Ontario, d'un *statutory power of decision* et, au Québec, d'un tribunal au sens de la *Charte*? En droit fédéral, la présence d'indices procéduraux de nature « quasi judiciaire » ou « judiciaire », permet de conclure positivement qu'une obligation formelle est imposée par un texte⁴⁹.

L'analyse des textes n'exclut cependant pas que les juges aient également recours à d'autres modes d'identification de l'obligation. Ainsi, en matière d'avis, l'obligation a été fondée à titre implicite sur l'objet de la fonction dans le cas d'une enquête, dans deux décisions fédérales⁵⁰, alors qu'une autre décision fédérale plus récente repousse le recours à l'implication soit pour retenir, soit pour rejeter la présence de l'obligation⁵¹.

Au Québec, une décision a retenu l'analogie de fonction entre un appel et une décision de type « administratif » portant sur un même objet et prise par substitution de plein droit, pour imposer à la formulation de la seconde le régime procédural du premier⁵².

Enfin, en Ontario, l'obligation formelle de respecter la règle, imposée dans un premier cas, a été étendue à un second cas au motif que l'interprétation du texte pertinent ne conduisait pas à une exclusion explicite de l'application de la règle dans ce second cas⁵³.

Ces quelques exemples soulignent une diversité profonde dans les démarches prétorienne. De manière générale, l'on constate qu'un accent particulier est mis sur l'exclusion de la règle. Mais comment cette exclusion est-elle caractérisée par le juge?

Premièrement, l'absence d'imposition expresse de l'obligation de respecter la règle a, en droit fédéral et québécois, été tenue pour équivaloir à une exclusion expresse⁵⁴.

49. *Nunn c. La Reine*, [1979] 2 C.F. 778, (C.A.), p. 781.

50. *Crabbe c. Ministère des Transports*, [1972] C.F. 863, (C.A.), pp. 885 et 887-888 (J. Collier) (appel d'une ordonnance d'enquête); *W.E. Bickle Ltd c. M.R.N.*, [1979] 2 C.F. 448, (C.A.), p. 455.

51. *McCarthy c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 C.F. 22, pp. 31-32, 34.

52. *Moreau c. C.M.Q. et Ville de Dolbeau*, [1978] C.S. 761, pp. 763, 764; voir aussi le jugement au fond: [1980] C.S. 1018.

53. *Re Brown and Waterloo Regional Board of Commissioners of police*, *supra*, note 37, p. 433 (J. Lacourcière).

54. *Petrofina Canada Ltée c. Le Président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce*, [1980] 2 C.F. 386; *Kosobook c. Le Solliciteur général du Canada*, *supra*, note 23 (matière disciplinaire); *Sicotte c. Le Directeur des S.P.E.*, J.E. 81-622 (C.S., 7 avril 1980). Sur l'application du devoir d'entendre en matière de permission d'appeler, voir *Président de la Commission d'appel de permissions c. Matte et la Régie des rentes du Québec*, [1974] C.A. 252. Sous l'article 28 L.C.F., voir: *Kedward c. La Reine*, *supra*, note 20, pp. 1149-1150 (rejet de l'application de *Ridge v. Baldwin*, *supra*, note 13.)

Deuxièmement, l'absence d'obligation formelle a, en droit fédéral et ontarien, été considérée équivaloir à une exclusion voulue par le législateur, dont la volonté est scrutée par le juge à la lumière des textes⁵⁵.

Troisièmement, l'exclusion peut être expresse et le juge pourra s'estimer lié par la volonté du législateur⁵⁶.

Quatrièmement, le juge peut recourir à la solution traditionnelle de la qualification de la fonction en l'absence d'exclusion expresse de l'application de la règle. Cette démarche fut adoptée en Ontario à propos d'une enquête⁵⁷.

Enfin, comme dans le cas où l'absence d'obligation formelle édictée par un texte fut tenue pour équivaloir à une exclusion expresse, une décision fédérale a pu faire application d'une solution par analogie. Ainsi l'absence d'obligation formelle de respecter la règle pour prononcer l'annulation d'un brevet, a été étendue à l'annulation d'un permis grâce à un argument d'interprétation⁵⁸.

En conclusion, la multiplicité des voies empruntées pour décider de la présence d'une obligation formelle de suivre la règle, ou de son absence, écarte toute systématisation des solutions jurisprudentielles, sauf à souligner la diversité et la richesse des démarches prétoriennes. L'application de la règle demeure ainsi tributaire des textes et de leur interprétation, ainsi que des solutions traditionnelles de qualification.

1.1.2.2. La structure formelle du processus de décision

La structure formelle des processus de décision soulève plusieurs interrogations en matière d'application de la règle *audi alteram partem*. Une première question se pose de savoir quand la règle sera suivie lorsque le processus de décision est divisé en plusieurs étapes.

55. Cette démarche a conduit, notamment, à écarter le jeu de l'implication : *supra*, note 51 *eod. loc.* Elle a conduit aussi à écarter la possibilité de fonder l'obligation sur une politique publique : *Danch c. Nadon*, [1978] 2 C.F. 484 (C.A.), pp. 495-496 (J. Urie) (régie interne de la G.R.C.). Ce fut aussi la démarche de la Cour d'appel ontarienne dans l'affaire *Nicholson*, (1976) 12 O.R. (2d) 337. Sur un refus de l'implication, par rapport à l'application de la règle afin de statuer sur un moyen déclinatoire, voir : *Latif c. Commission Canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687 (C.A.), pp. 697-698.
56. *Rayonier Québec Inc. c. Tribunal du travail et Lorrain*, [1976] C.S. 238, inf. par [1976] C.A. 748. Voir l'article 19 du *Code du travail* du Québec, dans la rédaction de 1976.
57. La décision d'un conseil d'administration d'accorder une audition (« hearing ») à des créanciers fut jugée ne pas instituer une procédure de type « quasi judiciaire » selon le *S.P.P. Act*, inapplicable suivant une loi particulière, mais plutôt constituer un moyen d'obtenir des renseignements, voir : *Re Carrington's Building Centre Ltd and Ontario Housing Corp.*, (1974) 2 O.R. (2d) 434 (D.C.), p. 437. L'exclusion de l'audition peut aussi dépendre du caractère discrétionnaire de la décision procédurale s'y rapportant : *Dorval c. C.S.S.S. de Montréal Métropolitain*, J.E. 80-575 (C.A.), p. 3 (notes de M. le J. Paré).
58. *Champoux c. L'administration de pilotage des Grands Lacs Ltée*, [1976] 2 C.F. 399.

La jurisprudence ontarienne oppose sur cette question deux solutions. La première se rapporte à la situation suivante. En matière d'aménagement du territoire, la loi ne prévoyait pas que les personnes intéressées fussent être entendues lors du stade de la formulation d'un règlement. La *Divisional Court* décida que le mécanisme de « protection » des intéressés consistait dans l'audition devant être tenue lors d'un second stade de décision : celui de l'attribution de permis de développement, accordés sur demande et par dérogation au règlement⁵⁹. Ce mécanisme incluait la tenue d'une audition et un appel en cas de refus des permis. Un arrêt antérieur de la Cour d'appel de l'Ontario⁶⁰ avait tiré de l'institution d'une structure de décision comparable, que l'intention du législateur était de ne pas imposer le respect de la règle lors de la prise du règlement. Il avait été jugé que la tenue d'une audition par l'*Ontario Municipal Board* en vue d'approuver un règlement assurait une protection adéquate des droits des particuliers. En conséquence, suivant cet arrêt dont la *Divisional Court* fit application, la règle *audi alteram partem* ne devait pas être suivie au premier stade du processus de décision, lors de la formulation du règlement par le conseil local.

La seconde solution se rapporte aux faits suivants. Un ministre avait donné des assurances qu'il n'approuverait pas un plan d'aménagement sans que les modifications demandées par un particulier ne soient considérées, à moins qu'il ne référer le plan non modifié à l'*Ontario Municipal Board* pour que des auditions soient tenues. Le ministre approuva le plan sans le modifier ni le référer au *Board*. Sa décision fut cassée au motif pris, *inter alia*, de ce que les intéressés ne pouvaient plus faire valoir leur point de vue en demandant au ministre soit de modifier le plan approuvé, soit de référer à l'organisme leur proposition de modification de celui-ci⁶¹. Selon cette seconde solution, l'administré ne pouvait plus faire valoir son point de vue lors d'un second stade du processus de décision, aussi la règle devait-elle être observée lors du premier stade. L'observation des règles de la justice naturelle doit donc être envisagée au stade premier de la formulation de la décision sans avoir à tenir compte de l'existence d'étapes ultérieures ou de processus concomitants de décision.

La seconde solution complète celle qu'a définie la Cour d'appel ontarienne dans son arrêt *Re Zadrevac*⁶³. L'existence d'un second stade de

59. *Braeside Farms*, *supra*, note 39.

60. *Re Zadrevac and Town of Brampton*, (1973) 3 O.R. 498 (C.A.), inf. (1972) 3 O.R. 514 (D.C.).

61. *Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation*, (1976) 14 O.R. (2d) 49 (C.A.), p. 66.

62. Ou du *duty to act fairly*, selon le cas : l'arrêt *Multi-Malls*, *supra*, note 61, suit à cet égard l'arrêt anglais *Re Liverpool Taxi Owner's Association*, (1972) 2 All. E.R. 589, qui impose un devoir d'équité (*duty to act fairly*) en raison des assurances données, dès la première étape du processus de décision.

63. *Supra*, note 60.

décision où le droit d'être entendu sera exercé, peut emporter que la règle ne doive pas être suivie lors d'un premier stade si le juge infère de l'économie du processus de décision, que le « mécanisme de protection » réside au second stade du processus. Sauf à considérer, bien évidemment, que la common law ou un texte législatif ou réglementaire imposent de suivre la règle dès le premier stade du processus de décision. Cette seconde solution renvoie donc à la question de la qualification de la fonction, d'une part, mais elle met en relief, d'autre part, que le juge ontarien articule une compréhension finaliste des structures administratives de décision, axée autour de l'idée voulant que le respect de la règle vise à protéger l'administré en assurant sa participation à la prise de décision.

La structure formelle de la prise de décision soulève un second problème, apparenté au précédent; celui de l'existence de recours, en particulier d'un droit d'appel. Comme le montre une décision ontarienne⁶⁴ relative à un appel sur dossier à l'*Ontario Police Commission*, d'une décision de renvoi d'un policier, l'existence d'un recours en appel permet d'inférer le respect de la règle, d'un élément purement formel: un appel sur dossier suppose qu'il y ait eu une instance antérieure, donc une audition. Cette analyse contribue à l'étude de l'appel. Dans les faits, le renvoi du policier devait être fondé sur une preuve médicale. L'on peut dès lors se demander si la recherche de l'élément formel ne servait qu'à préciser une exigence de fond — l'existence d'une preuve — dont découlait le droit d'être entendu. En effet, l'idée même de preuve suggère une audition, sinon un débat contradictoire, ce que l'existence d'un appel sur dossier viendrait confirmer. Considéré sous cet angle, l'élément de forme sert à appuyer l'inférence tirée par le juge de l'élément de fond qui, à lui seul, peut-on conclure, conduit à poser que la règle doit être suivie. Mais c'est là réintroduire un critérium qui fait partie intégrante de la démarche traditionnelle de qualification d'une décision « judiciaire »: le fondement objectif de la décision⁶⁵. Une fois encore, l'analyse met en évidence la nature complexe de la qualification, tâche dévolue au juge, et celle, variée, des démarches qui y président.

1.1.3. L'exercice d'un *statutory power of decision* en droit ontarien

Finalement, si les décisions étudiées reproduisent dans leur ensemble les contours de la problématique « classique » de la classification des fonctions administratives, il faut souligner que l'opération oblitère dans une très large

64. *Supra*, note 8.

65. Voir, sur une démarche identique en droit fédéral: *Commission de la Capitale nationale c. Lapointe*, [1972] C.F. 568, p. 571, où le juge souligne la portée du recours en Cour fédérale qui suit l'expropriation.

mesure une dimension de la question : celle de la recevabilité de recours définie selon des données nouvelles. Que la qualification d'une fonction demeure nécessaire pour décider de l'accueil d'une requête en *certiorari* en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*⁶⁶ et suivant la voie tracée par la common law, il s'agit là d'une question qui devrait être dissociée de celle de savoir si la qualification doit être opérée quand un texte introduit des conditions nouvelles d'ouverture de recours nouveaux, comme cela est le cas en Ontario. Si la question se présente sous un jour différent au Québec, où le juge doit qualifier la fonction exercée pour décider de la disponibilité de l'évocation sous l'empire de l'article 846 C.P.C., il en va autrement en Ontario où le *Statutory Powers Procedure Act*⁶⁷ évacue les notions traditionnelles.

La question de savoir si un pouvoir donné constitue un *statutory power of decision* selon la définition qu'en donne la loi, fait apparaître la spécificité de l'état du contrôle judiciaire ontarien. Un *statutory power of decision* consiste en un pouvoir conféré par une loi (*statute*), de prendre une décision portant sur, ou prescrivant, les droits d'une personne, son admissibilité à des prestations ou la continuation de celles-ci⁶⁸. Le *S.P.P. Act* de 1971 constitue un code minimal de procédure administrative applicable à l'exercice des pouvoirs entrant dans la catégorie du *statutory power of decision*, dévolus à un *tribunal* soumis au respect des formes prescrites. Chaque situation exige de décider, premièrement, si l'organe de décision doit tenir une audition, soit en vertu d'une loi, soit en vertu du droit (*law*)⁶⁹. Quand l'organe de décision n'exerce pas un *statutory power of decision*, les règles définies par le *S.P.P. Act* sont écartées mais les règles traditionnelles de la common law, notamment en matière de caractérisation des fonctions, demeurent applicables. En outre, quand est impliqué un *statutory power of decision*, si la loi organique du décideur ne prévoit pas la tenue d'une audition, celle-ci pourra découler

66. *Supra*, note 1.

67. *Supra*, note 1.

68. *Statutory Powers Procedure Act, supra*, note 1, art. 1(1):

« (d) "statutory power of decision" means a power or right, conferred by or under a statute, to make a decision deciding or prescribing,
 (i) the legal rights, powers, privileges, immunities, duties or liabilities of any person or party, or
 (ii) the eligibility of any person or party to receive, or to the continuation of, a benefit or licence, whether he is legally entitled thereto or not; »

Voir aussi: *Judicial Review Procedure Act, supra*, note 1, art. 1(f).

69. *Statutory Powers Procedure Act, supra*, note 1, art. 3(1):

« Subject to subsection 2, this Part applies to proceedings by a tribunal in the exercise of a statutory power of decision conferred by or under an Act of the Legislature, where the tribunal is required by or under such Act or otherwise by law to hold or to afford to the parties to the proceedings an opportunity for a hearing before making a decision. »

de la common law⁷⁰ : le *S.P.P. Act* déterminera alors la nature de l'audition requise par le droit commun.

Que la common law ne soit pas exclue de la mise en œuvre de la loi de 1971 ne doit pas étonner : les règles formelles attachées à l'exercice d'un *statutory power of decision* ne constituent en effet qu'un « minimum » de formes destiné à assurer le maintien des droits procéduraux des particuliers, qui existaient en vertu de la common law lors de la réforme législative⁷¹. Ainsi la question de l'étendue de l'obligation de respecter certaines formes procédurales peut sembler être demeurée entière, même si un minimum a été établi en la matière par la voie législative, car la question de la caractérisation des fonctions persiste en raison de la nécessité d'identifier l'exercice d'un *statutory power of decision*.

Certaines décisions ontariennes maintiennent la démarche traditionnelle de caractérisation en appliquant à l'identification de ce pouvoir, dont l'objet consiste principalement à définir des droits ou à imposer des obligations, les critères de l'identification d'une fonction « judiciaire » ou « quasi judiciaire »⁷².

Simultanément, se trouve ainsi soulevé le problème de la nécessité de qualifier les fonctions par rapport aux conditions d'ouverture des recours judiciaires. Les premières décisions ontariennes témoignaient sur le fond, dès les débuts de la réforme, d'une alternance entre des solutions plus traditionnelles et d'autres plus nouvelles. Nous avons souligné le fait que les juges n'avaient pas renoncé à entreprendre de caractériser les fonctions plutôt que de retenir un critérium unique d'application de la règle *audi alteram partem*. C'est encore le cas en droit fédéral. Dans ces deux systèmes, une qualification indirecte des pouvoirs est maintenue. Cette tendance est présente dans des

70. *Re Wakil*, *supra*, note 11, p. 171 ; *Statutory Powers Procedure Act*, art. 3, *supra*, note 69.

71. *Re Hershoran*, *supra*, note 6, p. 311.

72. *Re Dagg and Ontario Human Rights Commission*, *supra*, note 15, p. 158 (la décision suit la logique de l'arrêt *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12, et retient l'absence de *lis inter partes*) ; *Re S and M Laboratories and the Queen*, (1979) 24 O.R. (2d) 732 (C.A.), p. 736 (la décision suit l'approche de l'arrêt *Nicholson*, [1979] 1 R.C.S. 311) ; *Re Weston and Chiroprody (Podiatry) Review Committee*, (1981) 29 O.R. (2d) 129 (C.A.), p. 141 (l'arrêt énonce que l'atteinte aux droits est un critérium trop large de l'application de la justice naturelle ou de définition d'un *statutory power of decision* selon le *S.P.P. Act*). Pour une approche plus conforme au *Statutory Powers Procedure Act*, *supra*, note 1, collant au texte de la loi, voir : *Re All Ontario Transport and O.H.T.B.*, (1980) 26 O.R. (2d) 202 (D.C.), pp. 205-206 (à propos d'une intervention, la cour s'est demandé si l'intervenant voit ses droits atteints selon les conditions que donne l'article 1(1)(d) du *S.P.P. Act*, *supra*, note 68, pour décider si la procédure définie par ce dernier doit être suivie, mais la cour ne renvoyait pas aux notions traditionnelles). *Comp. Re Grant Bus Lines and Ontario Pension Commission*, (1981) 30 O.R. (2d) 180 (D.C., en appel), pp. 188-189.

décisions plus récentes⁷³. Elle encombre encore l'identification de la nature des pouvoirs selon les définitions nouvelles contenues dans le *S.P.P. Act* ontarien. Et nous verrons plus loin comment le juge fait parfois appel aux distinctions traditionnelles de nature des fonctions, pour opposer le respect de la règle à celui de l'équité procédurale définie par l'arrêt *Nicholson* de la Cour suprême⁷⁴, alors même que le *S.P.P. Act* écarte les notions de fonction « administrative », « judiciaire » ou « quasi judiciaire ». Toutefois un courant récent semble vouloir emporter que la caractérisation n'est plus nécessaire en droit commun en Ontario, depuis l'arrêt *Nicholson*. Ce courant marquerait l'aboutissement de l'évolution du droit jurisprudentiel ontarien amorcée par la réforme de 1971⁷⁵. Cette tendance contraste avec le maintien de la qualification en droit fédéral en raison de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*⁷⁶, et en droit québécois en raison de l'article 846 *C.P.C.*

1.2. Le contrôle de l'application de la règle *audi alteram partem*

L'analyse des décisions se rapportant à cette application permet, à partir des modalités d'application de la règle définies par le juge, de préciser la portée de la règle et son objet.

1.2.1. L'objet du droit d'être entendu et sa finalité

Préciser l'objet de la règle conduit dans un premier temps à préciser la finalité de son application et du droit de s'en prévaloir. L'objet de la règle peut être défini, premièrement, au sens matériel du terme et, deuxièmement, selon une perspective téléologique.

1.2.1.1. L'objet matériel du droit d'être entendu

Si le droit d'être entendu rend compte, en tant qu'expression, de la maxime *audi alteram partem*, il doit être considéré non pas *in abstracto* sur un plan de pure forme, mais en rapport étroit avec un objet : faire des représentations sur un sujet donné quand des droits ou des intérêts sont ou

73. Voir : *Re Downing and Graydon*, (1978) 21 O.R. (2d) 292 (C.A.), inf. (1977) 17 O.R. (2d) 26 (D.C.).

74. *Supra*, note 72.

75. *Re Abel and Director, Penetanguishene Mental Health Centre*, *supra*, note 17, pp. 529, 531-532; *All Ontario Transport and O.H.T.B.*, *supra*, note 72; *Re Grant Bus Lines and Ontario Pension Commission*, *supra*, note 72.

76. *Celovsky c. Newcombe*, [1980] 2 C.F. 692, p. 697 (une enquête est de nature « administrative »). Le maintien de la qualification s'explique en grande partie par la rédaction de l'article 28 L.C.F. qui vise une procédure de nature « judiciaire » ou « quasi judiciaire ».

peuvent être atteints. Tel est l'objet matériel du droit selon la jurisprudence des trois systèmes⁷⁷.

Les représentations dont il s'agit peuvent viser des objectifs variés mais, à travers les diverses manifestations de son exercice et les solutions de la jurisprudence, le droit d'être entendu reflète une unicité d'objet. Ceci vaut pour toutes ses variantes : droit de répondre à une preuve⁷⁸ ou à une argumentation juridique sur l'interprétation d'un bail⁷⁹ ; droit de contester, de répliquer ou de réfuter⁸⁰, ou enfin, droit de présenter une défense⁸¹. À cette unicité d'objet correspond cependant une pluralité de finalités.

1.2.1.2. Les éléments téléologiques du droit d'être entendu

Une première finalité dégagée par les solutions ontariennes et fédérales consiste dans le maintien des participants à un processus de décision, sur un pied d'égalité d'un point de vue tactique⁸². Ainsi la *Divisional Court* a-t-elle pu valider un élargissement du champ des preuves recevables dans le cadre d'une enquête, par rapport à la nature des faits allégués dans l'avis initial de la tenue de cette enquête, au motif suivant : les preuves supplémentaires que des intervenants cherchaient à présenter, étaient à la disposition de l'intéressé et il y avait lieu de croire que l'organisme sursoierait à siéger afin d'en permettre l'étude⁸³. Ce souci de veiller à ce qu'un participant à une enquête ne soit pas placé en situation d'infériorité quant au débat sur le fond de l'enquête, car c'est bien de cela qu'il s'agit, reflète une appréciation d'ensemble et nuancée de la situation et annonce un second élément.

La seconde finalité identifiée est traduite par le respect de l'équité dans le processus de décision. Une décision fédérale précise que cette équité sera

77. Voir, à titre d'exemples : *Jordan c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1980] 1 C.F. 809 (C.A.) ; *Re Domtar Packaging Ltd and United Paperworkers International Union*, (1974) 1 O.R. (2d) 45 (H.C.) ; *Commission de contrôle des permis d'alcool du Québec c. Muro*, [1976] C.A. 297.

78. *Ville de Montréal c. Commission canadienne des transports*, [1972] C.F. 1287 (C.A.), p. 1295 ; *In Re North Coast Air Services Ltd*, *supra*, note 18, p. 419.

79. *Dufour c. Commission des loyers*, [1976] C.S. 1624, p. 1625.

80. Sur le droit de contester l'analyse d'une situation pouvant conduire à l'annulation d'un permis, voir : *In Re Worldways Airlines Ltd*, [1974] 2 C.F. 597 (C.A.), pp. 613-614. Sur les notions de droit de réfuter ou de répliquer, voir : *La Reine c. Gunn*, [1977] 1 C.F. 125, p. 127 (réfutation du contenu de communications entre une partie et un enquêteur, en l'absence de l'autre partie) ; *Okanagan Helicopters Ltd c. Commission canadienne des transports*, *supra*, note 28, p. 405.

81. *Magrath c. La Reine*, [1978] 2 C.F. 232 ; *C.C.P.A.Q. c. Muro*, *supra*, note 77, p. 299 (sur la présence d'un avocat quand menace l'annulation d'un permis).

82. *Procureur général du Canada c. Leclerc*, [1979] 2 C.F. 365 (C.A.), p. 366 ; *Re Horan and Minister of Natural Resources*, (1974) 3 O.R. (2d) 533 (D.C., en référé).

83. *Re Horan*, *supra*, note 82, p. 537.

renforcée par l'impartialité et la bonne foi qui résulteront du respect de la règle⁸⁴. L'élément d'équité fonde également deux solutions ontariennes portant sur la réouverture d'un dossier. Dans un premier cas⁸⁵, il fut jugé qu'un organisme devait entendre des témoins retardataires afin de décider d'une éventuelle réouverture de l'instance. La démarche du juge conduit à l'interrogation suivante : n'aboutit-on pas ainsi à ce que le droit de faire des représentations se trouve réalisé par le biais d'une audition sur la réouverture de l'instance, laquelle permet d'aborder le fond du dossier? Une telle démarche associe intimement les questions de forme et de fond et porte à croire que la protection visée par le devoir d'entendre se situe davantage au plan du contenu du droit qu'à celui du droit formel de participer à un processus de décision, droit formel que peut par exemple garantir l'envoi d'un avis initial d'intervention.

Dans un second cas⁸⁶, où une audition aurait dû être initialement tenue et un avis envoyé, il fut jugé que la tenue d'une audition sur une demande de réouverture de dossier, corrigeait le vice initial. L'organisme avait l'obligation d'entendre la demande de réouverture et il avait exercé sa discrétion de manière appropriée en refusant de réentendre au motif que tenir une seconde audition serait inutile, vu l'absence de preuves nouvelles à apporter sur les moyens invoqués. Tout en situant l'exercice de son contrôle sur le terrain de la discrétion procédurale exercée par l'administration, la *Divisional Court* préservait la faculté de casser la décision inférieure au cas où la demande de ré-audition aurait été justifiée eu égard aux arguments de fond avancés. En ce sens, le respect de la forme cédait le pas, dans une perspective finaliste, au contenu du droit de participer à la décision et d'avancer un point de vue.

La démarche mise en évidence par ce second exemple associe comme le précédent, le fond et la forme dans le contrôle de la réalisation du droit d'être entendu et du respect de l'équité procédurale. Elle veut, implicitement, que le droit d'être entendu soit subordonné au caractère pertinent des arguments que l'on cherche à avancer. La finalité de la participation demeure en cause : faire valoir des moyens, mais l'idée de participation ne doit pas conduire à la présentation de demandes frivoles d'audition ou de ré-audition. C'est ajouter un élément nouveau à l'appréciation du respect de la règle : l'utilité de la participation de l'intéressé. Si cet élément introduit la définition d'un équilibre nouveau entre les parties et l'organe de décision et tend à souligner le caractère relatif du droit d'être entendu, il met en évidence la préoccupation des juges de préserver l'efficacité du processus administratif de décision. Cette préoccupation transparaît de la troisième finalité identifiée.

84. *Sheehan c. Syndicat des marins du Canada, Local 401*, [1978] 1 C.F. 847 (C.A.), p. 854.

85. *Re Domtar Packaging Ltd*, *supra*, note 77, pp. 52-53.

86. *Focal Properties v. Town of Halton Hills*, (1977) 4 M.P.L.R. 9 (Ont. D.C., appel sur le droit), p. 16.

En effet, un troisième élément téléologique imprègne la vision que peuvent avoir les juges du rôle des participants à un processus de décision. Une espèce ontarienne se rapportant à une obligation, imposée par une loi, de communiquer les documents qu'un ministre se propose de verser à un dossier et d'utiliser comme preuves, permet de mesurer, à travers l'approche prétorienne de la nature et de l'objet d'une audition, la sensibilité du juge et sa compréhension profonde d'un mécanisme de décision⁸⁷. Dans cette affaire, le ministre avait décidé, à l'ouverture de l'audition, de s'appuyer sur un document non communiqué. Il fut jugé que le ministre ayant produit le document et un renvoi ayant été accordé afin que la partie pût l'étudier, l'audition avait été conduite de manière équitable : tout effet de surprise avait été éliminé. Se fondant sur l'objet de l'audition précédant l'expropriation, qui est de permettre à l'intéressé concerné de contester le projet de l'organe expropriant et de proposer des solutions de rechange, le juge construisit sa solution autour de l'idée de l'efficacité du processus de décision. Mais sans que celle-ci entraîne que le droit d'être entendu doive être sacrifié sur l'autel d'une efficacité faite d'expédients. Bien au contraire, le renvoi à l'efficacité est ancré à la proposition voulant que le droit de faire valoir des moyens trouve sa justification dans le fait que les parties concourent à la formulation de la décision finale de par les arguments qu'ils avancent. À l'instar du cadre processuel judiciaire, les parties à un processus administratif formalisé concourraient à la manifestation de la vérité ou de la « justice administrative ». Le droit d'être entendu est ainsi réalisé par le truchement du droit à l'accès à certains documents et il rétablit la position d'égalité des parties sur le plan formel de la capacité d'argumenter, égalité sans laquelle un véritable débat sur le fond ne saurait être envisagé. La décision *Re Parkins* expose ainsi en filigrane, une théorie de la décision tout en éclairant d'un jour nouveau le rôle de parties à un processus décisionnel de type contradictoire.

Le droit d'être entendu fonderait également une obligation de participation effective à la formulation de la décision finale et il est permis de penser que, par le biais de la finalité de la participation, la défense des intérêts et des droits particuliers passe en quelque sorte par l'explicitation d'une « bonne » décision administrative. C'est cette troisième finalité qu'à l'instar de la solution précédente, une décision fédérale exprime en affirmant que l'exercice du droit d'être entendu a pour justification d'aider à la prise d'une bonne décision⁸⁸.

De ces solutions se dégagent les premiers éléments d'une théorie prétorienne du processus administratif de décision de type contradictoire. Il

87. *Re Parkins and the Queen*, (1977) 13 L.C.R. 306 (Ont. H.C.).

88. *In Re Capital Cable Co-operative*, [1976] 2 C.F. 627, inf. par [1976] 2 C.F. 633 (C.A.).

ressort finalement de la dissociation de l'objet de la règle (faire valoir un point de vue ou une défense) saisi dans son contenu matériel, de la forme pratique de réalisation du droit d'être entendu, que ce droit doit être appréhendé à titre premier, dans une perspective finaliste. Non seulement le respect de la forme peut céder devant celui du contenu du droit de participer à un processus de décision⁸⁹, mais encore le droit d'être entendu n'implique pas de pouvoir exiger la tenue d'un type particulier d'audition, par exemple, comme le souligne la jurisprudence de la Cour fédérale⁹⁰.

Il convient donc à présent, après avoir défini l'objet matériel et la finalité de la règle, d'examiner l'ensemble des modalités de son application et les lignes de force de la jurisprudence.

1.2.2. Le contrôle des modalités d'application de la règle

La première modalité d'application de la règle est qu'une personne soit tenue informée de la mise en œuvre d'un processus de décision la concernant et de l'objet de la décision à intervenir. Ce sera le premier élément à considérer : la tenue d'une audition et la régularité de l'avis.

1.2.2.1. Audition et avis

La dissociation de l'objet du droit d'être entendu, de la forme de sa réalisation voudrait que les modalités pratiques retenues soient théoriquement considérées indifférentes. Or ce n'est toutefois pas le cas.

La tenue d'une audition formelle peut être imposée par le législateur. L'article 28 L.C.F.⁹¹ y réfère directement sous la notion de « processus judiciaire ou quasi judiciaire » ; le *S.P.P. Act* ontarien l'impose pour l'exercice d'un *statutory power of decision* au sens de la loi⁹² ; enfin le législateur peut en prévoir la tenue dans diverses lois organiques. Au Québec, en outre, la *Charte des droits et libertés de la personne*⁹³ énonce en son article 23, le droit à « une audition publique et impartiale de sa

89. Voir : *Focal Properties v. Town of Halton Hills*, *supra*, note 86.

90. *Trans Mountain Pipe Line Co. Ltd c. Office national de l'énergie*, [1979] 2 C.F. 118 (C.A.), p. 120. Similairement, le droit de questionner n'implique pas celui de demander la tenue d'une enquête : *Magrath c. La Reine*, *supra*, note 81. Sur la distinction à opérer entre la mise en œuvre du droit d'être entendu et le droit de se prévaloir de la totalité des formes contenues dans les règles de la justice naturelle, voir la dissidence de M. le juge Pratte dans *Danch c. Nadon*, *supra*, note 55, pp. 486-487. Selon celui-ci, il faut distinguer les règles de la justice naturelle du minimum de formes garanti par le droit d'être entendu édicté, en l'occurrence, par les Règlements et Ordres permanents de la G.R.C.

91. *Supra*, note 1.

92. *Supra*, note 1.

93. *Supra*, note 48.

cause... » pour toute personne. Ces exemples n'épuisent toutefois pas les situations où la tenue d'une audition formelle est imposée, ainsi que le montrent plusieurs questions particulières tirées des décisions québécoises.

1.2.2.1.1. La tenue d'une audition

Les tribunaux québécois ont eu à se pencher sur une première hypothèse : la tenue d'une audition a fait l'objet d'une promesse. La Cour supérieure a cassé une décision finale rendue après que l'organisme eût suspendu la procédure afin de statuer sur un moyen préliminaire, mais sans qu'il eût tenu sa promesse de faire tenir aux parties une nouvelle convocation⁹⁴. Les parties avaient été induites en erreur et la requérante s'était ainsi trouvée dans l'impossibilité d'avancer ses arguments.

Une seconde espèce⁹⁵ se rapporte également à la prise d'une décision après que l'arbitre eût imparti aux parties un délai destiné à leur permettre de régler leur différend à l'amiable. La violation de la règle *audi alteram partem* fut écartée aux motifs qu'il n'apparaissait pas au dossier qu'une seconde audition avait été promise et que les parties avaient terminé le rapport complet de leurs preuves.

Dans les deux cas cités, la solution se fonde sur le motif pris de la faculté pour les parties d'avancer leur point de vue, compte tenu de l'existence ou de l'absence de promesse qu'une audition sera tenue. Il y a, sur ce point, accord avec la démarche suivie en droit ontarien dans l'arrêt *Re Multi-Malls*⁹⁶.

Une seconde hypothèse concerne l'absence d'accord ou un désaccord sur la tenue d'une audition, à partir des faits suivants⁹⁷. Suite à une entente avec un syndicat, la partie patronale obtient un renvoi de l'audition, mais elle néglige d'informer le commissaire-enquêteur de son absence à la date de l'audition. Ce dernier procède néanmoins à entendre l'affaire. La Cour supérieure refusa de casser la décision rendue, au motif que, les avis imposés par la loi ayant été adressés, la partie patronale n'avait pas vérifié si un second renvoi était accepté par le commissaire. La cour ajoutait que l'article applicable du *Code du travail* portait « clause privative » et autorisait le commissaire à procéder en l'absence d'une partie. Cette décision fut cassée par la Cour d'appel au motif que « ... le commissaire-enquêteur (avait) agi de façon non judicieuse et arbitraire... et qu'il (avait) ainsi de façon flagrante violé la règle *audi alteram partem*. »⁹⁸ Le souci de préserver le droit d'avancer

94. *C.E.C.M. c. Syndicat national des employés de la C.E.C.M.*, [1974] C.S. 428.

95. *Syndicat des employés de l'Université Laval (S.C.F.P.) c. Lessard et l'Université Laval*, [1974] C.S. 34.

96. *Supra*, note 61.

97. *Rayonier Québec Inc. c. Tribunal du travail*, *supra*, note 56, [1976] C.S. 238.

98. *Id.*, [1976] C.A. 748, p. 748.

un point de vue ressort ainsi clairement d'un arrêt qui, au demeurant, fait violence au texte législatif et à la volonté du législateur en contournant la « clause privative »⁹⁹.

1.2.2.1.2. La régularité de l'avis

Dans les trois systèmes étudiés, l'obligation de donner avis peut découler de sources multiples. Tout d'abord, elle peut découler de lois organiques ou de textes législatifs ou réglementaires ; ensuite, de la common law en l'absence d'obligation imposée par une loi ou un règlement ; enfin, dans le système ontarien, du *Statutory Powers Procedure Act* dans le cas d'un *statutory power of decision*¹⁰⁰. Le contrôle judiciaire de la régularité de l'avis, envisagé à la lumière des seuls jugements ontariens et fédéraux en raison de l'absence d'espèces québécoises sur le sujet, porte sur les points suivants : l'absence d'avis, la régularité formelle de l'avis et sa régularité matérielle.

L'absence d'avis entraîne une violation de la règle quand est exercée une compétence de nature « judiciaire » ou « quasi judiciaire ». Cette proposition suppose la caractérisation de la fonction selon la démarche de la common law et elle a été appliquée à une compétence ministérielle en matière de zonage¹⁰¹. À l'absence d'avis a été assimilé l'envoi erroné de l'avis : l'erreur conduit alors à ce que le destinataire soit privé de la faculté d'exercer, par exemple, un recours¹⁰².

99. D'une manière similaire, la Cour supérieure du Québec put-elle créer de toutes pièces (ou suppléer à la défaillance du législateur, c'est selon) un devoir d'entendre s'imposant à la Commission municipale du Québec quand, dans le cadre de la tutelle d'une collectivité locale, elle décide de destituer un officier municipal, et que celui-ci est ainsi privé du droit d'en appeler à la Commission puisque la décision de destitution n'émane plus de la municipalité. Dans l'espèce *Moreau c. C.M.Q. et Ville de Dolbeau*, *supra*, note 52, la cour a décidé que la Commission ne pouvait pas décider, par la voie d'une décision administrative, de faits formant un litige destiné à être vidé par un appel soumis à la règle *audi alteram partem*, et ainsi « simuler dans le temps l'effet qu'aurait l'appel... » (p. 763). Au vrai, il s'agissait d'une situation paradoxale : la solution prétorienne, si elle a créé du droit nouveau, dépasse fort heureusement le juridisme strict et emprunte largement à la rationalité administrative.
100. *Re Aamco Automatic Transmissions Inc. and Simpson*, *supra*, note 47, pp. 581-582, sur l'obligation de donner avis en vertu de l'article 8 du *S.P.P. Act*, *supra*, note 1. L'avis doit être suffisamment détaillé quant à l'objet de l'audition.
101. *Re Multi-Malls Inc. and Attorney General for Ontario*, (1975) 5 O.R. (2d) 248 (D.C.) : la qualification suit les arrêts *Wiswell*, *supra*, note 39, *Re Zadrevac*, *supra*, note 7 (mais voir note 60), et *Re Birnamwood Investments Ltd v. Town of Mississauga*, (1974) 2 O.R. (2d) 421 (H.C.). L'action du ministre fut en outre jugée arbitraire et hâtive (de mauvaise foi?) par la *Divisional Court* (p. 258).
102. Ce fut la solution retenue en Ontario à l'égard d'une cour de révision de l'évaluation foncière : *Re Loch-Sloy Holding Ltd and Mallory*, [1973] 2 O.R. 524, p. 527. Dans un tel cas, l'organe de décision doit surseoir à procéder et faire parvenir un avis à la personne intéressée.

1.2.2.1.2.1. La régularité formelle de l'avis

La jurisprudence admet la forme écrite ou orale¹⁰³ et, en cas de doute sur l'existence de l'avis, celui-ci peut être tiré, par exemple, du contenu d'un ensemble de lettres afin de vérifier si une mention a bien été faite de l'objet d'une décision à venir¹⁰⁴.

Ensuite, se pose le problème de la réception de l'avis. Supposons qu'un avis a été régulièrement adressé mais que l'intéressé ne l'ait pas reçu. Soulevé en matière disciplinaire, ce problème fut réglé en Ontario de la manière suivante¹⁰⁵. Un avis d'audition fut réexpédié au Barreau, après que l'avocat poursuivi eût évité de répondre au facteur venu lui remettre un avis sous pli recommandé. Mais l'avis ne parvint au Barreau qu'après la tenue de l'audition qui déboucha sur la radiation de l'intéressé. La solution ne dépend pas de la réponse donnée à la question de savoir si l'intéressé était au courant de l'objet de l'audition, mais plutôt du fait que le Barreau ne savait pas, lors de l'audition disciplinaire, que l'avis n'avait pas été reçu. La tenue de l'audition fut jugée régulière¹⁰⁶.

1.2.2.1.2.2. La régularité matérielle de l'avis

De manière générale, l'obligation d'aviser a pour fonction de prévenir l'administré ou tout intéressé, de la tenue d'une audition, de l'objet d'une décision à venir ou de faits relatifs à une prise de décision. Ainsi la régularité de l'avis conditionne-t-elle, au plan matériel, l'intégrité d'un processus administratif de décision. La question peut être envisagée sous trois angles, comme l'indiquent les décisions étudiées.

103. Voir : *CTV c. CRTC*, [1981] 2 C.F. 248, où il fut jugé qu'un échange verbal à l'audience, entre le président de l'audition et un intéressé, sur un sujet donné, ne constituait pas un avis régulier de questions de fond que l'organisme entendait décider (pp. 264-265).

104. *Re Mady and Royal College of Dental Surgeons*, (1974) 5 O.R. (2d) 414 (D.C.), pp. 423-424; *Re Roy and College of Nurses of Ontario*, (1979) 27 O.R. (2d) 661 (H.C.), p. 666 (sur la question de savoir si une lettre satisfaisait à l'obligation d'aviser).

105. *Re French and Law Society of Upper Canada (No 4)*, (1976) 12 O.R. (2d) 361 (D.C.).

106. Un problème identique a été réglé par une décision anglaise, *R. v. County of London Quarter Sessions Appeal Committee*, [1956] Q.B. 682. Il y est affirmé que si l'avis de l'audition a été réexpédié et reçu par l'expéditeur avant l'audition, tenir celle-ci constitue une violation de la justice naturelle. La décision anglaise précise que si l'envoi est régulier, la procédure à suivre serait de demander à l'organisme de reconsidérer sa décision et de réentendre. Parallèlement le *Statutory Powers Procedure Act*, supra, note 1, règle un cas particulier. L'avis peut indiquer que si l'intéressé ne comparait pas, l'organe de décision pourra néanmoins, comme le prévoit l'article 7 du *S.P.P. Act*, procéder en son absence. Dans l'espèce *Re Grenoble Apartments (Toronto) Ltd and Residential Premises Rent Review Board*, (1977) 16 O.R. (2d) 40 (D.C.), il fut précisé à cet égard, que l'incompétence de l'organe de décision ne pourra pas être soulevée sur ce point, sans oublier les conséquences que peut entraîner l'absence de l'intéressé sur le plan des preuves.

En premier lieu, la question de la régularité matérielle de l'avis peut être posée par rapport à son contenu afin de déterminer la régularité de la saisine d'un organe de décision. C'est le cas de la saisine d'un comité de discipline en l'absence de mention des plaintes qui lui sont référées¹⁰⁷. Cette hypothèse met en évidence, en outre, que le rapport réciproque de l'avis et de la saisine régit également la légalité de la décision qui résulte de la mise en œuvre du processus décisionnel. Comme le montrent les décisions ontariennes et fédérales, le juge porte une attention particulière au contenu de l'avis quand des décisions défavorables à l'administré peuvent s'ensuivre. Ce constat vaut, notamment, en matière de libellé de plaintes disciplinaires¹⁰⁸, quand une ordonnance de ne pas faire peut être rendue¹⁰⁹, quand une condition contraignante peut être imposée à l'exercice d'un permis¹¹⁰ ou quand celui-ci risque d'être annulé¹¹¹. Au plan de principe, les juges ontariens et fédéraux s'accordent à imposer un degré élevé de détail et de spécification dans la rédaction de l'avis¹¹². Ainsi la Cour fédérale refusa de tirer des termes d'un mandat d'enquête, un avis implicite que l'on reprochait à l'intéressé de s'être parjuré¹¹³. Si des faits incorrects doivent être corrigés par un second avis¹¹⁴, la vigilance du juge s'accommode toutefois d'un avis complémentaire quand

107. Voir : *Re Mady and Royal College of Dental Surgeons*, *supra*, note 104 ; *Re Roy and College of Nurses of Ontario*, *supra*, note 104, p. 665 (sur l'avis à donner de la décision d'un comité des plaintes sur le sort réservé aux plaintes reçues par lui).

108. Voir, par exemple, *Re Golomb and College of Physicians and Surgeons of Ontario*, (1976) 12 O.R. (2d) (D.C., en appel), p. 85 : un comité de discipline ne peut prononcer une sanction pour fraude quand l'avis d'audition ou de plainte n'indique pas que l'ordre professionnel cherche à prouver la fraude, car l'intéressé n'a pas été averti. Ainsi, la fraude ne peut être retenue sans allégations précises et sans avoir été plaidée spécifiquement : ces deux conditions sont tirées de l'obligation d'aviser. Dans le même sens, voir : *Re Takahashi and College of Physicians and Surgeons of Ontario*, (1979) 26 O.R. (2d) 353 (D.C., en appel) ; et les décisions citées *supra*, note 104.

109. *Re Aamco Automatic Transmissions Inc. and Simpson*, *supra*, note 47.

110. *C.T.V. c. C.R.T.C.*, *supra*, note 103, p. 266 (J. Thurlow).

111. *In Re Worldways Airlines Ltd*, *supra*, note 80, pp. 613-614.

112. Voir : *Re Aamco Automatic Transmissions Inc. and Simpson*, *supra*, note 47, p. 581 (l'avis doit notamment permettre à l'intéressé de décider s'il va demander la tenue d'une audition, quand cela est prévu) ; *Frias c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] 2 C.F. 306 (C.A.), p. 309 ; *Saskatchewan Tele-communications c. C.R.T.C.*, [1980] 1 C.F. 505, p. 509 (un intervenant ne peut soulever l'imprécision de l'avis quand celui-ci articule des faits pertinents qu'il ne conteste pas et quand il appuie la demande principale) ; *Landreville c. La Reine*, [1977] 2 C.F. 726, p. 758 (la lecture d'une question générale ne répond pas à l'obligation de donner un avis détaillé de faits reprochés, en particulier, de s'être parjuré). Mais un avis du dépôt de plaintes est jugé suffisant quand un comité de plaintes doit mener une enquête, à la différence de l'obligation de donner avis des plaintes et de leur objet quand il y a renvoi devant le comité de discipline proprement dit : *Re Baldry and College of Nurses of Ontario*, (1981) 30 O.R. (2d) 313 (H.C.).

113. *Landreville c. La Reine*, *supra*, note 112, p. 757.

114. *Danch c. Nadon*, *supra*, note 55.

aucune disposition ne l'interdit et à condition de respecter un délai suffisant pour que l'intéressé puisse préparer son dossier¹¹⁵.

Deuxièmement, le droit d'être avisé rejait sur la légalité de la décision en régissant l'objet des preuves qui peuvent être rapportées. Cet aspect du problème conduit à des solutions empreintes d'équité. En matière disciplinaire, l'absence de mention d'allégations précises entraîne, en droit ontarien, l'irrecevabilité de preuves s'y rapportant¹¹⁶. Selon une décision fédérale, l'administré n'aurait pas l'obligation de réfuter, par une preuve contraire, des faits dont il n'a pas été avisé¹¹⁷. La jurisprudence admet-elle que le champ matériel des preuves puisse être élargi par rapport au contenu de l'avis? Une réponse positive peut être avancée en précisant les conditions imposées par les juges à cet élargissement. En Ontario, cet élargissement pourrait être permis dans le cas d'une enquête conclue par un simple rapport et non par une décision¹¹⁸. La *Divisional Court* l'autorise quand des intervenants ou des parties participent à une enquête, mais à condition que le rapport élargi des preuves demeure dans les limites posées par l'objet de l'enquête¹¹⁹. À cette proposition, une décision fédérale ajoute que, si l'objet d'une enquête est défini par la loi et que celle-ci énumère certains facteurs à considérer lors de l'enquête, l'organisme peut étendre cette dernière à des facteurs jugés pertinents¹²⁰. Ces solutions font ressortir l'impact profond de l'élément de fond conjugué à la nature de la fonction. Une très grande souplesse acceptée au plan du rapport des preuves favorise un contrôle en équité fondé sur une appréciation globale et nuancée du déroulement des processus. Le juge autorise un rapport élargi de la preuve mais il se réserve de censurer les « effets de surprise » préjudiciables à l'administré quand, par exemple, le délai nécessaire à l'examen des preuves inattendues n'a pas été accordé¹²¹. L'adoption d'un contrôle circonstanciel en Ontario s'explique également par le fait que, de manière générale, le droit de connaître des faits

115. *Re Herman Motors and Registrar of Motor Vehicle Dealers*, (1981) 29 O.R. (2d) 431 (D.C., en appel), p. 432.

116. *Re Golomb and College of Physicians and Surgeons of Ontario*, *supra*, note 108, pp. 82-83.

117. *Koo Shew Wan c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1973] C.F. 578 (C.A.), pp. 584-585.

118. *Re Horan*, *supra*, note 82, p. 537.

119. *Id.*, eod. loc., *Re Royal Commission on Conduct of Waste Management Ltd*, (1977) 17 O.R. (2d) 207 (D.C.), p. 209.

120. *Canadien Pacifique Ltée c. B.C. Forest Products Ltd*, [1981] 2 C.F. 745 (C.A.), pp. 753-754.

121. *Re Horan*, *supra*, note 118. Dans la même optique, la *Divisional Court* ontarienne admet que des preuves non pertinentes eu égard aux faits allégués dans une plainte puissent être présentées à l'audition disciplinaire dans la mesure où l'intéressé a eu communication préalable de toute la preuve que l'ordre professionnel rapportait, y compris les preuves non pertinentes. Voir : *Re Cwinn and L.S.U.C.*, (1980) 28 O.R. (2d) 61 (D.C., permission d'appeler refusée par la Cour d'appel et la C.S.C., 61n) : l'élément de surprise constitue un élément clé de l'appréciation prétorienne de la procédure, voir p. 70. Voir aussi note 108.

ou la nature d'une décision à venir n'emporte pas celui de connaître les éléments de preuve s'y rapportant¹²². Enfin, l'appréciation de la régularité de l'avis tient compte en matière de preuves, dans les jugements ontariens et fédéraux, d'un dernier élément : la connaissance préalable que peut avoir l'intéressé des faits ou de l'objet de la décision. Cette connaissance préalable peut être opposée à l'invocation d'une violation de la règle, notamment en matière disciplinaire où les juges font preuve d'une grande vigilance¹²³. Et une décision fédérale¹²⁴ semble admettre l'existence d'une « présomption » de connaissance des faits de la part des spécialistes ou des personnes couramment engagées dans certaines activités : cette « présomption » est définie comme étant une question de probabilité.

Troisièmement, enfin, le respect de la règle impose que le processus de décision ne débouche pas sur une décision autre que celle dont avis a été donné. Une audition ayant pour objet une révision de certificats ne peut ainsi permettre à un organisme de révoquer ces certificats¹²⁵. Une enquête interne ne devant déboucher sur aucune recommandation sera jugée régulière si, malgré la recommandation de renvoi de l'intéressé contenue dans le rapport, celui-ci a eu l'occasion de repousser les faits soulevés contre lui¹²⁶. Ici encore,

122. Ainsi la *Divisional Court* affirme que le droit de prendre connaissance de la preuve documentaire, ne peut être exercé que dans les cas où existe une obligation légale ou réglementaire de permettre à une partie autre de consulter les pièces à être versées, sous réserve que les documents que l'on cherche à examiner rentrent effectivement dans la catégorie prévue par la loi. Voir : *Re Kellar and College of Physicians and Surgeons*, (1977) 17 O.R. (2d) 516 (D.C., *prohibition*), p. 517. Il s'agissait en l'occurrence de trois dépositions faites à l'*Ontario Provincial Police* que la *Divisional Court* jugea non recevables et ne pas constituer un « report » au sens de la loi, et donc exclues de l'obligation légale de communication préalable à la tenue d'une audition disciplinaire.

123. En matière disciplinaire, voir : *Koenig c. Le ministre des Transports*, [1971] C.F. 190, pp. 206-207 ; *Re Metro Toronto Board of Police Commissioners and Toronto Police Association*, (1981) 29 O.R. (2d) 95 (D.C.), pp. 99-100 (cette décision énonce que le critère de l'équité procédurale définie par l'arrêt *Nicholson* de la Cour suprême n'exclut pas que l'on puisse opposer à l'intéressé qu'il connaissait les motifs de son renvoi). En matière d'annulation de permis, voir : *In Re Worldways Airlines Ltd*, *supra*, note 80, pp. 613-614 (inf. par [1976] 1 R.C.S. 751, où la Cour suprême a jugé que l'intéressé était averti des faits). Sur le principe voulant qu'une personne au courant des faits ne peut opposer que la règle a été violée, voir : *Desjardins c. Commission Nationale des Libérations conditionnelles*, *supra*, note 18.

124. *In Re North Coast Air Services Ltd*, *supra*, note 18, p. 408 (J. Jackett) (l'énoncé se rapporte à la connaissance que peut avoir une personne versée dans le domaine des transports, des conditions d'exploitation de certaines lignes).

125. *Re Parent Cartage Ltd and O.H.T.B.*, (1976) 11 O.R. (2d) 689 (D.C.), p. 696 : la *Divisional Court* a cassé la décision au motif de l'absence de compétence mais elle a précisé, *obiter*, que la justice naturelle aurait été violée si l'organisme avait été compétent à révoquer.

126. *Re Dick and Attorney General for Ontario*, *supra*, note 29. (Les faits n'étaient pas contestés et la violation de la loi était claire).

le caractère circonstanciel de l'irrégularité soulevée constitue un critérium de la légalité de la décision finale par rapport à l'avis initialement donné. Néanmoins, quand une décision défavorable peut être rendue, comme l'indique une décision fédérale, alors que l'étendue de la mesure décidée est laissée à la discrétion du décideur, l'obligation d'aviser ne souffre pas de tempérament : l'intéressé doit être averti de la décision qui l'attend et pouvoir contester la mesure qui sera éventuellement prise contre lui¹²⁷.

1.2.2.2. La conduite de l'audition ou la mise en œuvre du droit d'être entendu

La conception matérielle du droit d'être entendu entraîne que l'analyse mette l'accent sur la réalisation concrète et effective du droit de faire valoir des moyens ou un point de vue. Cette perspective conduit à poser la question de savoir si les aspects formels de la tenue de l'audition sont indifférents et dans quelle mesure ils le sont. Ainsi, sur la question du droit d'être présent à une audition, deux propositions peuvent être comparées qui sont tirées de la jurisprudence québécoise. Une première décision a dissocié la tenue d'une audition orale du respect de la règle, en opposant la notion d'organe administratif à celle de « tribunal » et en réservant au cas de ce dernier le respect d'un certain formalisme¹²⁸. Par ailleurs, l'énoncé, dans une loi, du droit d'être présent à une enquête d'accréditation syndicale, a permis d'imposer la présence physique de certaines parties énumérées et d'en exclure les parties non visées¹²⁹.

Au vrai, la mise en œuvre du droit d'être entendu comporte trois volets essentiels : la possibilité de faire valoir des moyens, qui inclut à la fois la présentation de preuves et le contre-interrogatoire de témoins, la communication du dossier et le droit à la représentation par avocat.

Comment ces facultés garantissent-elles la réalisation du droit d'être entendu dans le cadre du déroulement d'un processus de décision ? Comment l'exercice même de ces facultés est-il garanti ? Le droit d'exiger un ajournement ou un renvoi de l'ouverture du processus décisionnel constitue le

127. *C.T.V. c. C.R.T.C.*, *supra*, note 103, p. 265 (J. Thurlow).

128. *Courcelles c. Dionne et Commission scolaire de St-Jérôme*, *supra*, note 34, pp. 176-178. Cette décision fait application de la notion d'équité procédurale générale définie par la jurisprudence anglaise, dont l'arrêt *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179, pour juger du respect de la règle *audi alteram partem*.

129. Voir : *Travailleurs unis de l'alimentation et d'autres industries, local P-405 c. McCaffrey*, [1981] C.A. 406, p. 408 ; *Carrier c. Vassart*, [1981] C.S. 80, p. 82. L'on doit noter en outre, que le droit d'être entendu ne comporte pas le droit d'exiger la tenue de l'audition dans une localité que l'intéressé juge plus commode pour lui, si l'on en croit la décision suivante : *Laplante c. Rainville*, (1980) C.S. 32, p. 33.

point de départ de l'exercice des droits procéduraux contenus dans le droit d'être entendu.

1.2.2.2.1. L'ajournement préventif de l'audition

La censure d'une décision procédurale peut, en premier lieu, être prononcée au motif qu'un droit contenu dans une loi ou un règlement a été violé. Ainsi, en droit fédéral, en alla-t-il de la violation du droit d'être informé de pouvoir retenir un avocat, commise par un arbitre de l'immigration qui omit d'en aviser un administré tout en lui donnant l'impression qu'il ne disposera que de trente minutes pour retenir un conseil¹³⁰.

De manière générale, des exemples tirés des décisions ontariennes et fédérales indiquent que le contrôle judiciaire de la validité de la décision d'ajourner ou de ne pas ajourner une audition est articulé autour de deux critères d'appréciation.

Premièrement, deux décisions de la *Divisional Court* ontarienne, relatives à l'absence de témoins en dépit des assurances données par une partie, permettent d'illustrer comment le contrôle du juge garantit l'intégrité formelle du processus de décision. Dans une première espèce¹³¹, la cour censura un refus d'ajourner au lendemain pour permettre le retour des témoins d'une partie après que l'autre partie eut terminé sa preuve et conclu. En effet, cette partie avait indiqué que dix-sept témoins seraient appelés à témoigner. Elle omit de prévenir l'autre partie qu'elle avait changé d'avis. L'assurance donnée concernait la durée de l'instance. Dans la seconde espèce, impliquant un seul témoin et des faits similaires, la cour censura un refus d'ajourner afin que le témoin pût être présent à l'audience, au motif que le demandeur était en droit de s'attendre à ce que le témoin soit appelé à témoigner même s'il ne désirait pas le contre-interroger¹³². L'assurance donnée concernait le témoignage d'une personne. Dans les deux cas, le juge s'est intéressé à l'intégrité formelle du processus. Cette conclusion découle notamment du second exemple étudié : l'absence du témoin et de son témoignage était jugée irrégulière sans que le juge ne la rapportât à l'exercice du droit de contre-interroger, c'est-à-dire, sans la rapporter à son utilité ou à la position de la partie adverse. La solution est d'autant plus remarquable que le témoin en question était un témoin à charge dans une instance disciplinaire et que le demandeur était en possession d'un résumé du témoignage qu'il devait présenter et qui lui était défavorable.

130. *Sew-Jattan c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 2 C.F. 256 (C.A.), p. 257.

131. *Re Gasparetto and City of Sault Sainte-Marie*, [1973] 2 O.R. 847 (D.C.).

132. *Re Mady and Royal College of Dental Surgeons*, *supra*, note 104, p. 423.

Le second critérium est celui du caractère raisonnable de l'opportunité qui a été donnée de faire valoir des moyens. De prime abord, ce critérium laisse entrevoir que le droit d'obtenir un ajournement ne serait pas absolu. Retenir un tel critérium d'appréciation conduit en effet le juge, ainsi que le montrent principalement les décisions fédérales, à exercer un contrôle circonstanciel des décisions procédurales.

D'une part, le caractère raisonnable de l'opportunité peut être apprécié en se plaçant du point de vue de l'organe de décision ou de celui de l'administré. D'autre part, il peut être apprécié par rapport à des objets précis : élément de temps, absence de préjudice ou violation d'un droit matériel.

Quant à la première dimension, l'optique de la position de l'organe de décision situe le contrôle sur le terrain de l'exercice d'une discrétion procédurale. Elle conduit à déterminer si la décision a ou n'a pas entraîné une impossibilité de faire valoir des moyens. Il peut s'agir d'une impossibilité première : c'est le cas du refus d'ajourner alors que l'administré désire pouvoir examiner des pièces qui n'ont pas été communiquées au préalable¹³³. Ou bien l'impossibilité peut se présenter à un stade quelconque du processus de décision. Ainsi, tenant compte des pratiques courantes suivies en matière de suspension d'audition, la *Divisional Court* ontarienne a-t-elle censuré un refus de suspendre afin d'attendre l'arrivée éventuelle d'une partie en retard à l'audience¹³⁴. La Cour fédérale d'appel¹³⁵ a validé un refus d'ajourner au motif que l'intéressé avait eu une occasion raisonnable de répondre aux allégations portées contre lui, sur la base suivante : les points de droit avaient été épuisés, aucune nouvelle preuve n'était présentée et l'enquête avait duré un temps jugé suffisant. Dans ce dernier cas, le contrôle visait l'exercice d'une discrétion procédurale mais il permet de voir comment le juge quitte l'optique de la position de l'organisme pour se placer dans celle de l'administré.

Dans l'optique de la position de l'administré, le contrôle est axé sur l'exercice des droits de l'administré et mesure le degré de réalisation effective du droit d'être entendu. Ainsi sera censuré l'octroi d'un délai jugé trop court pour retenir un avocat et être capable de pouvoir répondre à des allégations¹³⁶.

Par ailleurs, la conjugaison des deux optiques, donc des positions respectives du décideur et de l'administré, a pu, dans un cas particulier,

133. *Sarco Canada Ltd c. Tribunal anti-dumping*, [1979] 1 C.F. 247 (C.A.), p. 265.

134. *Re Domtar Packaging Ltd*, *supra*, note 77, p. 52.

135. *Pierre c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, (1978) 2 C.F. 849 (C.A.), p. 851.

136. *McCarthy c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 121 (C.A.), p. 127 ; voir également la démarche suivie dans *Pierre c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, *supra*.

permettre de fonder une solution à la fois sur la nécessité d'agir rapidement et sur la possibilité pour l'administré d'obtenir un ajournement ultérieur¹³⁷.

Les solutions avancées par les juges tiennent donc compte, premièrement, du caractère adéquat des délais accordés¹³⁸; deuxièmement, de la diligence de l'administré¹³⁹ et, troisièmement, de l'absence de préjudice causé¹⁴⁰. En outre, la dimension qui consiste en ce que la décision relative à l'ajournement soit appréciée sur le terrain de la discrétion procédurale pour juger du caractère raisonnable du déroulement de l'audition, permet de mieux cerner l'office du juge en la matière. Comme l'a précisé une décision fédérale rendue sous l'empire de l'article 28 *L.C.F.*¹⁴¹, si le rôle du juge est d'apprécier le caractère raisonnable d'une décision procédurale, ce rôle implique que le juge se substitue dans une large mesure à l'organe de décision pour apprécier la nature des circonstances et les mesures obligées qu'elles emportent. La portée du contrôle dépasse ainsi le simple constat des violations flagrantes de la justice naturelle¹⁴².

1.2.2.2.2. Le droit de faire valoir des moyens

Deux éléments sont ici à considérer : la présentation de preuves et, généralement, le contre-interrogatoire de témoins.

La présentation de preuves rapproche les éléments suivants : d'une part, la nature de la participation de l'administré au processus et la nature de celui-ci, et d'autre part, l'étendue de la preuve et les modalités de son rapport. Ces éléments définissent notamment les rôles respectifs de l'organe de décision et des participants au processus administratif.

137. *Re Windsor Airline Limousine and Ontario Taxi Association*, (1981) 30 O.R. (2d) 732 (D.C.), pp. 739-740 : il s'agissait en l'espèce de prendre une décision rapide sur une demande d'accréditation en raison d'un état de violence latente. Comparer, sur l'idée d'agir sans délai, le cas où la rapidité est imposée par la loi et où un organisme peut refuser de permettre à l'intéressé de présenter un nouvel avis d'appel subséquent à sa déclaration initiale : *Woldu c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 C.F., 216 (C.A.), pp. 219, 220-221 (J. Le Dain).

138. Voir : *McCarthy c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, *supra*, note 136, *eod. loc.*; *Krebs c. M.R.N.*, [1978] 1 C.F., 205 (C.A.), p. 206; *Burnbrae Farms Ltd c. Office Canadien de Commercialisation des œufs*, [1976] 2 (C.F.) 217 (C.A.), p. 227.

139. *Krebs c. M.R.N.*, *supra*, note 138, p. 207.

140. *Re Windsor Airline Limousine*, *supra*, note 137; *Ruiz c. M.M.I.*, [1977] 2 C.F. 311 (C.A.) (refus d'ajourner jugé valide au motif qu'une seconde enquête, dont on soulève la tenue, est sans rapport avec l'objet de celle dont la suspension est demandée).

141. *Supra*, note 135.

142. Voir : *Pierre c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, *supra*, note 135, p. 855 (J. Jackett) (et *contra*, p. 872, J. Collier).

Si la participation de l'administré à un processus suppose parfois qu'il doive démontrer la possession d'un intérêt suffisant¹⁴³, sa nature peut déterminer l'étendue de la preuve qu'il présentera ou la nature des moyens qu'il soulèvera. Ainsi un opposant sera, selon plusieurs décisions de la Cour fédérale, entendu sur son opposition seulement¹⁴⁴. Conjugée à ce premier élément, la nature du processus vient elle-même poser des limites au rapport de la preuve, soit que cette nature limite la nature des moyens invoqués, soit qu'elle implique une forme variable de participation. Des décisions fédérales montrent, sur le premier point, que le régime procédural applicable lors d'un appel a un impact direct sur la présentation d'arguments nouveaux¹⁴⁵ et, sur le second, que le juge oppose une simple enquête à la tenue d'une véritable audition pour définir l'étendue de la participation. Ainsi, une première décision subordonne le droit d'interroger à la tenue d'une audition ou à la présence d'une prescription légale ou réglementaire¹⁴⁶. *A contrario*, le droit d'interroger est exclus dans le cas d'une enquête tenue sous la forme d'une investigation limitée. Par contraste, une autre décision fédérale admet une participation très large dans le cadre d'une audition que le juge définit comme un *quasi-lis inter quasi-partes*¹⁴⁷. La caractérisation de la nature du processus intervient donc dans un premier temps. Mais quelle est l'étendue de la preuve autorisée?

La présentation de preuves peut paraître garantie par la proposition, relevée dans la jurisprudence fédérale et québécoise¹⁴⁸, qui veut que décider

143. Cette hypothèse a donné lieu, en Ontario, à une décision paradoxale de la *Divisional Court*: *Re Township of Hamilton and Rito Investments Ltd*, [1973] 1 O.R. 246 (D.C.). Une municipalité, à qui un avis d'audition avait été adressé, s'était vue refuser la possibilité de faire des représentations devant un *committee of adjustment*, en matière d'aménagement du territoire. La *Divisional Court* jugea que la justice naturelle avait été violée, de même que le *Planning Act* ontarien et le *S.P.P. Act*, tout en concluant que la municipalité n'avait pas l'intérêt suffisant à être partie à l'audition, malgré la réception de l'avis. La décision est d'autant plus paradoxale que, pour reconnaître que le *S.P.P. Act* avait été violé sur le fondement des obligations procédurales y décrites, celui-ci devait recevoir application.
144. *Gateway Packers (1968) Ltd c. Burlington North (Man.) Ltd*, *supra*, note 21, p. 377; *Syndicat International des Marins Canadiens c. C.N.*, [1976] 2 C.F. 369 (C.A.): dans le cas d'une enquête, l'opposant n'a pas le droit de réclamer communication de tout renseignement obtenu par l'organisme, même lors d'auditions publiques, puisqu'il ne participe ni à un débat contradictoire, ni à un *lis inter partes* (p. 375).
145. *National Aviation Consultants Ltd c. Starline Aviation Ltd*, [1973] C.F. 571, (C.A.), p. 576: dans le cas où des règles de pratique ne prévoient ni une nouvelle audition en appel, ni la présentation d'arguments nouveaux, la justice naturelle n'oblige pas à permettre, en appel, que soient soulevés des moyens nouveaux.
146. *Canadian Javelin Ltd c. Commission des pratiques restrictives du commerce*, *supra*, note 42, pp. 87-88.
147. *Procureur général du Manitoba c. Office National de l'énergie*, [1979] 2 C.F. 502, p. 518.
148. *In Re le Tribunal anti-dumping et le verre à vitre transparent*, [1972] C.F. 1078, p. 1109; *In Re North Coast Air Services Ltd*, *supra*, note 18, p. 415; *Bell Canada c. Challenge Communications Ltd*, [1979] 1 C.F. 857 (C.A.), pp. 874-875; *Fédération des CEGEP c.*

sans entendre la preuve viole la règle *audi alteram partem*. La jurisprudence a néanmoins défini les rôles respectifs des organes de décision et des participants au processus pour mesurer l'étendue de la présentation des preuves.

En ce qui concerne le rôle des organes de décision, les jugements font ressortir que la légalité du contrôle exercé par ces organes sur le déroulement des processus, constitue l'objet premier du contrôle judiciaire. Ainsi, comme le rappelle un arrêt de la Cour d'appel du Québec, la règle impose l'exercice du droit de se défendre contre des plaintes¹⁴⁹. Plusieurs décisions fédérales ont censuré des refus irréguliers d'enquêter sur les faits ou sur une plainte¹⁵⁰, ou des restrictions apportées à l'objet d'une audition de type contradictoire¹⁵¹, en particulier quand elles emportent la violation d'une obligation procédurale imposée par un texte de loi¹⁵².

Une décision ontarienne éclaire de manière intéressante, par ailleurs, les rôles respectifs des organes administratifs et des parties¹⁵³. Relativement à une enquête menée en vertu de la législation de l'aménagement du territoire et préalable à l'approbation d'une demande de permis d'aménagement concerté, il était allégué que l'*Ontario Municipal Board* n'avait pas pris en considération l'ensemble des faits pertinents pour fonder sa décision d'approbation. La décision de la *Divisional Court* mit en relief deux idées. Premièrement, si l'interprétation de l'étendue de la compétence d'un organisme permet de conclure que celui-ci est en droit de soulever des questions autres que celles soulevées par les participants, dans la mesure où l'organisme mène l'enquête, il n'en a pas nécessairement l'obligation. En conséquence, deuxièmement, les participants au processus ne peuvent lui reprocher de ne pas soulever *proprio motu* certaines questions de fond quand il leur appartient de faire valoir leur point de vue. Ainsi l'obligation de soulever les questions de fond lors d'une enquête peut incomber à titre principal aux participants, malgré la discrétion procédurale dévolue à l'organisme concerné¹⁵⁴.

Morin, J.E. 81-1035 (C.S., 1^{er} oct. 1981); *Ligne de Taxis de Montréal Inc. c. Commission des transports du Québec*, J.E. 81-382 (C.S., 4 mars 1981).

149. *Comité d'appel du Bureau Provincial de médecine c. Chèvrefils*, [1974] C.A. 123.

150. *Gateways Packers (1968) Ltd, supra*, note 144, p. 379; *Sheehan c. Syndicat des Marins du Canada, Local 401, supra*, note 84; *Canadien Pacifique Ltée c. B.C. Forest Products Ltd, supra*, note 120, pp. 756-757.

151. *Procureur général du Manitoba c. Office National de l'énergie, supra*, note 147, p. 518. Le contrôle de la discrétion procédurale exercée par un tribunal administratif a également permis de valider la recherche de renseignements effectuée par un enquêteur spécial en dehors du cadre d'une enquête, au sujet de démarches entreprises par un administré; voir la décision suivante, non motivée sur ce point, de la Cour fédérale d'appel: *Ruiz c. M.M.I., supra*, note 140.

152. *Canadien Pacifique Ltée c. B.C. Forest Products Ltd, supra*, note 120, p. 757.

153. *Re Pugliese and Borough of North York*, (1978) 24 O.R. (2d) 532 (D.C., demande de permission d'appeler, appel sur une question de droit ou de compétence).

154. *Id.*, pp. 533-534.

Le rôle des participants, ou des parties, est ainsi précisé. Il revient à l'administré de se prévaloir de l'exercice des droits garantis par la règle *audi alteram partem* ou des règles de procédure établies par des règles de pratique, par exemple¹⁵⁵.

Au demeurant, le contrôle judiciaire porte avant tout sur le rôle des organes de décision ou d'enquête et sur la conduite des auditions en particulier. L'idée fondamentale vers laquelle convergent les solutions pratiques de la jurisprudence veut que l'audition soit totale et complète. En particulier, une attention spéciale est portée à l'étendue de la preuve rapportée et aux modalités du rapport lui-même. L'obligation de permettre un rapport complet des preuves des parties, rappelée dans certaines décisions fédérales¹⁵⁶, conduit le juge à décider si un préjudice a pu être causé par l'absence de rapport complet des preuves¹⁵⁷. L'appréciation du préjudice pourra, comme l'indique une décision fédérale récente, dépendre du caractère définitif de la décision, de la possibilité qu'elle soit révisée ou de la possibilité pour l'intéressé de continuer ses représentations lors de phases ultérieures du processus¹⁵⁸. En cas de refus de permettre la production des preuves afin de réfuter des faits préjudiciables, le juge scrutera le caractère légitime des motifs du refus ou de la décision sur la recevabilité des preuves¹⁵⁹. Le maintien du caractère contradictoire de la procédure est assuré par le juge. En droit québécois, une décision rendue en l'absence

155. *Gateway Packers (1968) Ltd c. Burlington North (Man.) Ltd*, *supra*, note 144, p. 376. De la même façon qu'il lui incombe de faire valoir ses moyens, voir *supra*, il appartient à l'administré de veiller à ce que sa défense soit présentée de manière complète. Ainsi une faute pourra lui être opposée quand, par exemple, l'intéressé tolérera que son avocat soit remplacé par un assistant non juriste: *Man Yee So c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 C.F. 453 (C.A.), p. 455.

156. *Sheehan c. Syndicat des Marins du Canada, Local 401*, *supra*, note 84, pp. 853-854; *Association des Consommateurs du Canada c. B.C. Telephone Co.*, [1981] 2 C.F. 461 (C.A.), p. 469 (J. Heald); *Cheung c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 2 C.F. 764 (C.A.), p. 767 (J. Thurlow), p. 770 (J. Heald).

157. Voir: *C.E.C.M. c. Syndicat National des employés de la C.E.C.M.*, *supra*, note 94; *Syndicat des employés de l'Université Laval*, *supra*, note 95; *Re Brown and Waterloo Regional Board of Commissioners of Police*, (1981) 33 O.R. (2d) 593 (Ont. C.A.), inf. (1979) 26 O.R. (2d) 746 (D.C.): il fut jugé qu'à l'occasion d'une décision de renvoi d'un chef de police, qualifiée « quasi judiciaire » (cf. 26 O.R. (2d), p. 756) et requérant un « formal Hearing », la justice naturelle était violée si l'organisme refusait de présenter des documents permettant au « tribunal » de bien mener son enquête et si le procureur de ce dernier refusait de présenter la preuve permettant d'éclairer le rôle joué par le décideur. La violation de la justice naturelle fut clairement reliée à un défaut de présenter toute la preuve pertinente: il y a accord des deux cours sur ce point, cf. 26 O.R. (2d), pp. 752-753 et 33 O.R. (2d), p. 594 (la décision de la *Divisional Court* fut renversée sur un autre point).

158. *B.C. Hydro and Power Authority c. Westcoast Transmission Co. Ltd*, *supra*, note 4, pp. 666-667, 667-668.

159. *Cheung c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, *supra*, note 156, p. 767 (J. Thurlow).

d'une partie peut être cassée selon qu'elle est favorable ou défavorable à la partie absente¹⁶⁰. Les modalités du rapport de la preuve offrent d'autres exemples de la censure des irrégularités procédurales et de la sanction du caractère contradictoire de processus de décision, qu'il s'agisse de la traduction et de l'interprétation de dépositions ou de la forme écrite ou orale de l'argumentation¹⁶¹. Rappelons que sur la question des preuves, la présence des témoins constitue un objet important du contrôle judiciaire¹⁶² : cette présence fait partie intégrante des modalités de réalisation du droit d'être entendu. Une partie doit pouvoir compter sur cette présence et pourra exiger que l'organe de décision qui en est pourvu, exerce son pouvoir de sommer à comparaître. Pour en décider, l'utilité du témoignage recherché conditionne, selon le droit ontarien, la réponse donnée à la question de savoir si l'exercice du pouvoir de sommer peut être ordonné par le juge¹⁶³.

En second lieu, le droit d'être entendu peut impliquer un droit de contre-interroger des témoins. Ce droit a été intégré aux obligations procédurales imposées par la jurisprudence à des titres divers. Non seulement ce droit peut-il être énoncé par une disposition législative¹⁶⁴, la jurisprudence

160. *Fédération des CEGEP c. Morin*, *supra*, note 148. La légalité de la décision est alors fonction de son caractère favorable ou défavorable. Une décision défavorable à la partie absente sera facilement censurée. Mais lorsque la décision est favorable à celle-ci, la partie « perdante » ne peut tirer de l'absence du « gagnant » un motif de nullité si elle a été régulièrement entendue : *Bey c. Laliberté et Blanchet*, [1976] C.A. 142, p. 143.

161. Ainsi peut être exercé un contrôle de la traduction ou de l'interprétation de dépositions ou de témoignages : *Canadian Javelin Ltd c. Commission des pratiques restrictives du commerce*, *supra*, note 42 (distinction d'une demande de traduction simultanée et d'une demande d'assistance d'un interprète) ; *Weber c. M.M.I.*, [1977] 1 C.F. 750 (C.A.) (censure du défaut de traduire en totalité la déposition d'un témoin quand est ainsi écartée, sous la forme d'un simple résumé, une partie essentielle du témoignage). Si la présentation d'arguments écrits est permise, le dossier doit démontrer qu'à l'audience, il en a été débattu : *North Canada Air Ltd c. C.C.R.T.*, [1981] 2 C.F. 407 (C.A.), p. 410. Puisque le rapport de la preuve doit être complet, une partie ne peut invoquer la justice naturelle pour forcer un enquêteur à écarter des preuves considérées « vieilles » : il s'agit là d'une question d'appréciation de fond de la preuve, du ressort de l'enquêteur : *Snaauw c. Comité d'appel de la Commission de la fonction publique*, [1980] 1 C.F. 78 (C.A.), p. 84.

162. *Supra*, 1.2.2.2.1.

163. Voir : *Re Dorothea Knitting Mills Ltd and Canadian Textile and Chemical Union et al.*, [1975] 9 O.R. (2d) 378 (D.C.), p. 385. La solution avancée dans cette espèce est à rapprocher de celle contenue dans *Re Lilly and Gairdner*, (1974) 2 O.R. (2d) 74, où la *Divisional Court* semblait impliquer que la violation de la règle *nemo iudex* dépende, dans le cas d'un refus de permettre un témoignage au stade de l'enquête préliminaire, de l'utilité du témoignage écarté ; cette utilité, qui ne peut pas être appréciée sans audition, ne permet donc pas de conclure que l'organisme a ou n'a pas préjugé du dossier.

164. En particulier, le droit de contre-interroger est énoncé par l'article 10 du *S.P.P. Act* ontarien et en bénéficient les personnes jouissant de la qualité de partie à une instance ; *Re Henderson and Ontario Securities Commission*, (1976) 14 O.R. (2d) 498 (H.C.) ; *Re Township of Innsifil and Twp of Vespra*, (1978) 23 O.R. (2d) 147 (C.A.), inf. par (1981) 37

l'a aussi tiré de la présence d'un *lis inter partes* ou de la prise d'une décision touchant des droits¹⁶⁵. Inversement, son exclusion a dû être prononcée. Outre l'absence de disposition législative ou réglementaire imposant son exercice¹⁶⁶, la jurisprudence a retenu plusieurs éléments d'exclusion du droit de contre-interroger. Les éléments d'information recherchés ne doivent pas être confidentiels¹⁶⁷. La nature du processus de décision ou la nature de la participation de l'administré à celui-ci peut exclure le contre-interrogatoire si, par exemple, la procédure n'est pas contradictoire¹⁶⁸ ou s'il s'agit d'une simple enquête¹⁶⁹, comme l'indiquent des décisions fédérales.

Par ailleurs, l'exercice du droit de contre-interroger réagit de plusieurs manières sur la procédure. Tout d'abord, le contre-interrogatoire doit être demandé avant que d'invoquer une violation de la règle si l'administré s'est abstenu d'appeler des témoins par tactique¹⁷⁰. Ensuite, il doit porter sur des preuves jugées recevables, selon une décision ontarienne et une décision québécoise¹⁷¹. Enfin, le droit de contre-interroger peut trouver sa propre limite dans le caractère approprié de la poursuite du contre-interrogatoire. Si le décideur observe ses règles de procédure et prend une décision, de son ressort exclusif, mettant fin à celui-ci, une décision ontarienne indique que le

N.R. 43 (C.S. Can.); voir aussi *Cheung c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, *supra*, note 156.

165. *Taiwan Footwear Manufacturers Association c. Tribunal anti-dumping*, *supra*, note 26, p. 577.

166. *Armstrong c. État du Wisconsin*, [1973] C.F. 437 (C.A.), pp. 442-443.

167. *Transair Ltd c. Can. Assoc. of Industrial Workers, Local n° 3*, [1979] 2 C.F. 832 (C.A.); *Re Inquiry into the Confidentiality of Health Records in Ontario*, (1979) 90 D.L.R. (3d) 576 (Ont. D.C.), *inf.* (en partie) par (1980) 98 D.L.R. (3d) 706 (Ont. C.A.).

168. *Supra*, 1.2.2.2.2. et notes 146 et 147.

169. Une simple enquête ne débouchant pas sur une décision équivalant à un « jugement » ne donne pas lieu à un contre-interrogatoire portant sur des affidavits déposés à l'appui d'accusations. Voir : *Armstrong c. État du Wisconsin*, *supra*, note 166, pp. 442-443. Dans cette décision, l'absence de disposition législative ou réglementaire imposant l'exercice du contre-interrogatoire paraît avoir été d'un grand poids.

170. *Charron c. Madras*, [1981] R.L. 304 (C.S.), p. 306. En outre, le droit de contre-interroger est complété, à titre d'implication nécessaire, par le droit de demander à l'organisme détenteur du pouvoir de sommer à comparaître, qu'il force un témoin à répondre aux questions posées : *St-Lawrence Colomblum and Metal Corp. c. Lippe et Métallos Unis*, [1976] C.S. 240; *Bourdouxhe c. Institut Albert Prévost*, (1973-75) 6 C.L.L.C. 271 (1974, C.A.).

171. *Re City of Windsor and International Association of Firefighters*, (1974) 5 O.R. (2d) 690, p. 695 : cette décision précise ainsi la portée des règles de procédure énoncées dans la Partie I du *S.P.P. Act* ontarien et suivies devant un tribunal au sens de la loi; *Bombardier MLW Ltée c. Métallos Unis d'Amérique, local 4589*, [1978] C.S. 554 (conf. par. C.A. n° 500-900-0454-785, 20 nov. 1979, *inf.* par [1980] 1 R.C.S. 905); voir aussi : P. Robardet, « Le contrôle judiciaire de la procédure administrative — éléments de droit comparé... » (1982) 23 *C. de D.*, notes 92 et 94-96.

juge se fondera alors sur le caractère raisonnable de la décision procédurale pour en apprécier la régularité¹⁷².

Sous un autre angle, l'exercice du droit se rapporte à la légalité interne des décisions prises par l'administration. Cette question a été soulevée à propos de la preuve par ouï-dire devant les tribunaux administratifs. Ainsi une décision ontarienne a énoncé que le caractère contradictoire de deux conversations rapportées par ouï-dire imposait le contre-interrogatoire¹⁷³. Trois décisions québécoises font ressortir, par exemple, que l'appréciation de la violation de la règle *audi alteram partem* par le juge tient compte de la valeur probante de preuves par ouï-dire eu égard à la pondération de l'ensemble de la preuve effectuée par le décideur¹⁷⁴. Ainsi le droit de contre-interroger est-il rattaché au poids accordé à tel ou tel élément de preuve : le poids relatif du ouï-dire par rapport à l'ensemble des éléments de fond considérés dans la prise de décision, devient alors le critérium de la validité de la procédure suivie. Dans une perspective comparable, un juge fédéral rattachait aussi le droit de contre-interroger au caractère préjudiciable de faits opposés à l'administré, alors que le texte de loi l'imposait¹⁷⁵. Au Québec, la Cour supérieure a pu, en présence, il est vrai, d'une « clause privative » destinée à protéger feue la Commission des loyers, tirer de l'absence de préjudice grave et de mise en péril des droits de l'administré, que la règle n'avait pas été violée quand l'organisme avait permis la production de lettres de locataires tout en précisant qu'elles ne feraient pas foi de leur contenu¹⁷⁶.

Ces exemples montrent que l'exercice du droit de contre-interroger et son étendue sont sanctionnés, dans une très large mesure, dans l'optique de la position de l'administré. Ce droit est perçu comme un instrument

172. Une décision de la *Divisional Court* ontarienne : *Re Tandy Electronics and U.S.W. of America*, (1979) 26 O.R. (2d) 68, a considéré qu'une décision procédurale de l'*Ontario Labour Relations Board* mettant fin à contre-interrogatoire ne violait pas la justice naturelle dans la mesure où le « tribunal » avait suivi sa procédure, demandé la soumission de faits et articles puis exclu le contre-interrogatoire. En outre, le requérant ne s'était pas prévalu de son droit de demander la révision de la décision procédurale : ce défaut était opposable à l'allégation de violation de la justice naturelle (p. 75). Voir aussi : *Re Canadian Union of Operating Engineers and Imperial Tobacco (Ontario) Ltd.*, [1973] 3 O.R. 309 (Ont. D.C.).

173. *Re Girvin and Consumers' Gas Co.*, (1974) 1 O.R. (2d) 421 (D.C.), p. 424. Sur la nécessité de suivre la règle et de permettre l'exercice du droit de contester des faits douteux, dont le tribunal ne saurait s'instruire d'office, voir : *Gonzalez c. M.E.I.*, [1981] 2 C.F. 781 (C.A.), p. 782.

174. *Bombardier MLW Ltée c. Métallos Unis d'Amérique, Local 4589*, *supra*, note 171 : *Restaurants et Motels Intercité Inc. c. Vassart*, J.E. 81-1036 (C.S., 8 oct. 1981) ; *Ness c. Lemoine et Côté*, [1976] C.S. 1016.

175. *Cheung c. M.E.I.*, *supra*, note 156, p. 770 (J. Heald).

176. *Ness c. Lemoine*, *supra*, note 174.

d'équilibre entre des parties ou entre l'organe de décision et l'administré. Il est destiné à maintenir la confrontation des points de vue et à éclairer la prise de décision¹⁷⁷. Aussi ne faut-il pas s'étonner que la recherche du préjudice subi par l'un des participants au processus ou de l'avantage indû accordé à un autre, devienne un critérium naturel de la légalité formelle d'une procédure contradictoire¹⁷⁸. Cette démarche donne au déroulement du processus de décision son unité et l'analyse que proposent les décisions citées en exemple, préserve cette unité tout en offrant une perspective globale des processus, qui indique qu'en matière de contre-interrogatoire, le fond l'emporte définitivement sur la forme.

1.2.2.2.3. La communication du dossier

Le droit d'être informé du dossier constitue un élément intégrant du droit d'être entendu, à plusieurs titres.

En premier lieu, si le droit à la communication du dossier est imposé par un texte de loi, sa violation, qui entache la procédure, peut être censurée en tant que violation de la loi ou erreur de droit, comme cela s'est produit en droit fédéral¹⁷⁹. Si le texte de loi précise la nature des pièces dont la communication peut être obtenue, la documentation recherchée doit correspondre à celle que la loi décrit, comme le cas s'est posé en droit ontarien¹⁸⁰.

En second lieu, l'obligation de communiquer peut être exclue, ainsi que la Cour fédérale a eu à le décider¹⁸¹, lorsque les documents sont confidentiels ou lorsqu'ils intéressent la sécurité publique.

177. *Ligue des taxis de Montréal Inc. c. Commission des transports du Québec*, supra, note 148.

178. Voir : *Ville de Montréal c. C.A.T. du Québec*, [1976] C.A. 17. La Cour d'appel a tenu compte, pour apprécier la décision de refus du contre-interrogatoire, non seulement de ce que la requérante n'avait pas réussi à démontrer que la décision administrative eût été différente au cas contraire, mais aussi de ce que la partie adverse n'avait pas profité d'un avantage indû alors qu'elle n'était pas représentée par avocat. Cette absence de l'avocat rétablissait, en quelque sorte, l'égalité des parties, une partie représentée devant sans doute être considérée comme jouissant d'une meilleure position tactique au sein du débat, et donc sur le plan du rapport des preuves.

179. *Magnasonic Canada Ltd c. Tribunal anti-dumping*, [1972] C.F. 1239 (C.A.), pp. 1246-1247, 1249 ; *In Re CRTC et In Re London Cable TV Limited*, [1976] 2 C.F. 621 (C.A.), p. 625. Sur l'absence d'obligation légale de communiquer le contenu d'un rapport d'enquête, voir : *Dorval c. C.S.S.S. de Montréal Métropolitain*, supra, note 57, p. 3 (notes de M. le juge Paré).

180. Voir, pour un cas de refus de la *Divisional Court* d'ordonner la communication : *Re Bambrough and Minister of Housing for Ontario*, (1974) 5 O.R. (2d) 386 (D.C.), conf. par (1974) 7 O.R. (2d) 183 (C.A.).

181. *Huron Steel Fabricators c. M.R.N.*, [1972] C.F. 1007, pp. 1013, 1014, 1015, conf. par [1973] C.F. 808 (C.A.), pp. 811, 815 et 816 (application de l'article 41(1) L.C.F.) ; *Prata c. M.M.I.*, [1972] C.F. 1405 (C.A.).

Enfin, deux éléments ressortent de la jurisprudence. D'une part, le droit à la communication du dossier est perçu comme un droit d'être informé préalable à une participation effective de l'administré à un processus administratif. Cette perception ressort tant d'une décision fédérale qui envisage sa violation sous l'angle de la violation de la loi, que de décisions, fédérales et québécoise, qui l'envisagent sous l'angle de la justice naturelle. Une première décision fédérale a en effet retenu la violation de la loi et écarté les moyens pris de la justice naturelle et des règles de procédure d'un organisme, pour avancer la solution suivante¹⁸². Lorsque le texte de loi impose la tenue d'une audition publique destinée à permettre la participation du public dans le cadre d'un processus de réglementation par ordonnances, la communication du dossier, c'est-à-dire, des faits qui permettent d'appuyer une participation significative, constitue une condition essentielle de la tenue de l'audition publique. Cette proposition fut dérivée de l'idée que l'audition des points de vue contribue à éclairer l'organe de décision et que cet éclairage implique que les participants soient informés de la totalité du dossier en vue d'une participation effective¹⁸³. Sur le plan des principes, une démarche identique conduit, dans le cas de rapports incriminants ou de déclarations préjudiciables, selon quelques décisions fédérales et une décision québécoise, à associer le droit d'être informé et le droit de se défendre ou de répondre sur des faits¹⁸⁴. Dans les deux perspectives relevées, l'exercice du droit est envisagé du point de vue de l'intégrité *ab initio* de la procédure et de la plénitude du déroulement du processus de décision. Elles soulignent que le juge s'intéresse à la finalité de la participation.

D'autre part, l'étendue du droit à la communication du dossier est déterminée par la position de l'administré, la nature de sa participation et la nature des éléments de preuve qui fonderont la décision administrative. En ce qui concerne la nature de la participation, une distinction doit être faite, d'après une décision fédérale, selon que l'administré participe à un débat de type contradictoire ou à une enquête en qualité de partie, ou qu'il n'ait formé

182. *In Re CRTC et In Re London Cable TV Limited*, *supra*, note 179. L'on peut ainsi supposer que l'irrégularité initiale puisse être corrigée en cours d'instance.

183. *Id.*, p. 625.

184. Voir: *Blais c. l'Honorable R. Andras*, [1973] C.F. 182 (C.A.), p. 183; *Teasdale, Hôtel Lapinière Inc. c. Commission de contrôle des permis d'alcool du Québec*, [1974] C.S. 319. Voir également: *Tichy c. M.M.I.*, [1974] 2 C.F. 42 (C.A.). L'idée que la justice naturelle impose qu'une personne soit en mesure de préparer sa défense dans le cadre d'une procédure administrative, a été étendue au cas où l'organe de décision qui a pris la mesure procédurale concernant la communication du dossier, n'est pas celui qui doit décider au fond. Voir le cas du prisonnier qui cherche à préparer sa défense dans un procès à venir aux États-Unis: *Rossi c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 531, p. 536.

qu'une simple opposition à une mesure envisagée¹⁸⁵. Ainsi une opposition n'emporterait pas de communication de la totalité du dossier, y compris la preuve documentaire réunie *proprio motu* par l'organe de décision lui-même.

En ce qui concerne la communication des éléments de preuve qui serviront à fonder la décision, les solutions jurisprudentielles font apparaître certaines constantes tirées des droits ontarien et fédéral. Si l'administré doit être averti des éléments de preuve, notamment des pièces sur lesquelles le décideur s'est appuyé¹⁸⁶, seules des pièces pertinentes pourront être examinées. Quand le décideur consulte un document en sa seule possession, les parties à l'instance ont un droit d'accès à ce document¹⁸⁷. C'est de ce principe que la *Divisional Court* ontarienne a tiré, dans un cas particulier, la présomption qu'un organisme avait consulté un document trouvé dans ses classeurs¹⁸⁸. Toutefois, le droit à la communication du dossier doit être nuancé. Une autre espèce mettant en cause un rapport de santé mentale a conduit la Cour d'appel ontarienne à tenir compte de la nature de l'instance pour définir une solution de juste milieu¹⁸⁹. Si la cour soulignait, d'un côté, le caractère contradictoire du processus de décision en raison de la présence d'avocats et du fondement objectif de la décision à prendre, elle délimitait, de l'autre, le caractère relatif du droit de connaître la totalité de la preuve médicale en reconnaissant à l'organe de décision une certaine discrétion quant à l'étendue des preuves communiquées. Cette solution souple, justifiée par l'objet de la décision — la cessation ou la continuation d'un internement psychiatrique — et la nature de la preuve, préserve, malgré l'introduction d'un élément discrétionnaire dans la délimitation de l'accès aux éléments de preuve, l'exercice d'un contrôle judiciaire axé sur l'appréciation du caractère arbitraire de la décision de communiquer ou de ne pas communiquer prise par l'organisme¹⁹⁰.

1.2.2.2.4. Le droit d'être représenté par un avocat

La jurisprudence s'est attachée à dégager, en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires consacrant le droit d'être représenté par un

185. *Syndicat International des Marins canadiens c. C.N.*, *supra*, note 144, pp. 375 (J. Pratte), 381 (J. LeDain).

186. *Gray c. Office canadien de commercialisation des œufs*, [1977] 1 C.F. 620 (C.A.), p. 621 (la décision laisse croire à une obligation de demander la communication); *Sarco Canada Ltd c. Tribunal anti-dumping*, *supra*, note 133, pp. 261, 265 (absence de correction de renseignements erronés par une partie); *Gonzalez c. M.E.I.*, *supra*, note 173.

187. *Banque de Nouvelle-Écosse c. CCRT*, [1978] 2 C.F. 807 (C.A.), pp. 813-814.

188. *Re Houston and Cimar Holdings Ltd (No 1)*, (1977) 18 O.R. (2d) 254 (D.C.).

189. *Re Abel and Director, Penetanguishene Mental Health Centre*, *supra*, note 17, 31 O.R. (2d), p. 534 (C.A.).

190. *Creative Shoes Ltd c. M.R.N.*, *supra*, note 18, p. 145, inf. par [1972] C.F. 993 (sur l'application d'une directive en matière de communication de documents confidentiels).

191. *Supra*, note 48, art. 34 et 56(1); voir *Théorêt c. Cholet*, *supra*, note 48, p. 648.

avocat, comme cela est le cas dans la *Charte des droits et libertés de la personne* au Québec¹⁹¹, les principes susceptibles de fonder l'existence de ce droit. Premièrement, le droit peut être sanctionné par l'usage ou par la nécessité¹⁹². C'est le cas pour les personnes morales. En l'absence de dispositions consacrant l'existence du droit, des solutions contraires ont été relevées. Une décision fédérale écarta cette existence, en l'absence d'une telle disposition, en refusant de le tirer par implication ou de le consacrer sur le fondement de l'équité¹⁹³. D'autres décisions, fédérales et québécoises, ont cependant affirmé que le droit d'être représenté peut être fondé sur l'équité. L'équité procédurale peut, selon une décision fédérale, imposer la présence d'un avocat selon les circonstances dans la mesure où la notion d'équité reflète une ampleur très large¹⁹⁴. Ce premier élément soulève la question de la démarche suivie par le juge. Sur ce point, l'on note que le principe de l'existence du droit est surtout tiré, par argument *a contrario*, des risques de danger ou de préjudice qui résulteraient de l'absence de l'avocat pendant le déroulement d'un processus de décision quelconque. Une décision québécoise a ainsi pu juger adéquate la représentation traditionnelle par un permanent syndical en droit du travail¹⁹⁵. Une autre décision québécoise a par ailleurs considéré nécessaire la présence de l'avocat quand des questions de droit sont débattues¹⁹⁶. Dans une espèce où l'absence du droit d'être représenté fut tirée de l'absence d'audition verbale et du caractère limité des droits procéduraux garantis, un juge fédéral affirmait néanmoins l'existence d'un droit d'être assisté par un avocat pour préparer une défense écrite¹⁹⁷. La perpétration d'une injustice en l'absence d'avocat constitue donc un élément de la portée du contrôle judiciaire. Notamment, la présence de l'avocat est rapportée à l'opportunité qu'elle offre à l'administré d'être éclairé sur les implications d'une décision¹⁹⁸ ou de contester des irrégularités de procédure¹⁹⁹.

192. Le droit peut être reconnu par la pratique et rendu nécessaire pour la comparution des personnes morales. Sur les deux points, voir : *Re Men's Clothing Manufacturers Association of Ontario and Arihurs*, (1980) 26 O.R. (2d) 20 (D.C.), pp. 22-23.

193. *Monfort c. M.E.I.*, [1980] 1 C.F. 478 (C.A.), pp. 481-482. Cette décision rejette l'idée de fonder le droit à la représentation par avocat, par implication.

194. *Dubeau c. Commission Nationale des libérations conditionnelles*, [1981] 2 C.F. 37, pp. 49-50.

195. *Union des employés de commerce c. Imbeau*, J.E. 78-910 (C.S., 23 oct. 1978).

196. *Dufour c. Commission des loyers*, *supra*, note 79, p. 1625 (interprétation d'un bail).

197. *Danch c. Nadon*, *supra*, note 55, pp. 502-503 (J. Le Dain).

198. *Bhumre c. M.E.I.*, [1979] 1 C.F. 346 (C.A.).

199. *Malo c. Commission de la fonction publique*, [1978] C.S. 712 (arg. *a contrario*). Encore faut-il parfois que l'administré soit avisé de son droit d'être représenté quand la loi le prévoit (*Olavarria c. M.M.I.*, [1973] C.F. 1035 (C.A.), p. 1038), ou qu'il informe son conseil des faits et de la nature du dossier afin que ce dernier puisse l'assister adéquatement (*Man Yee So c. M.E.I.*, *supra*, note 155).

Une décision fédérale récente déborde des jalons posés par les espèces qui viennent d'être examinées en proposant une optique axée sur les formes du processus²⁰⁰. Elle affirme que le droit d'être représenté par un avocat s'impose en l'absence d'exclusion de celui-ci par les textes : un nouveau pas est ainsi franchi. Il s'impose d'autant plus quand l'organisme doit suivre les règles de la preuve pénale et que le législateur a créé des sanctions ou des peines graves. Enfin, la présence de l'avocat s'impose quand l'instance est un appel sur dossier seulement²⁰¹.

L'association, effectuée par les juges et mise en évidence par les décisions fédérales et québécoises citées, de la présence de l'avocat et de la défense de droits ou d'intérêts, ne doit cependant pas faire perdre de vue que cette présence s'inscrit dans une perspective plus globale de la qualité de la participation de l'administré au processus et de la qualité de ce dernier, surtout si les droits ou les intérêts du premier sont susceptibles de ressortir amoindris du second. Ce constat s'impose à la lecture des espèces québécoises, en particulier, qui démontrent qu'en matière de violation des règles de la justice naturelle, le juge raisonne *a contrario* et se pose la question centrale de savoir si la décision attaquée eût été différente si l'administré avait été représenté ou assisté d'un conseil²⁰². Cette perspective demeure conforme et vient renforcer les constatations déjà exposées à propos de la régularité de l'avis et du rapport de la preuve, même si elle tend à subordonner le droit d'être représenté à l'utilité de son exercice. Le pragmatisme qui transpire de l'ensemble des espèces étudiées et le degré élevé de raffinement démontré par une approche prétorienne globale des circonstances de chaque espèce et des éléments encadrant la prise de décision administrative, sont confirmés par l'analyse d'un dernier groupe de décisions. Celles-ci portent sur l'hypothèse de la correction d'une violation de la règle *audi alteram partem*.

1.2.2.3. La correction des violations de la règle

Trois hypothèses peuvent être envisagées : la correction d'un défaut entachant l'avis initial d'audition, la disponibilité d'une seconde audition et la disponibilité d'un recours administratif. Ces trois hypothèses permettent de mesurer dans les trois systèmes le poids que les juges attachent respectivement au respect des formes et à la finalité du droit d'être entendu.

200. *In Re La loi sur la GRC* et *In Re Husted*, [1981] 2 C.F. 791.

201. *Id.*, pp. 796-797.

202. Voir, sur cette perspective : *Dufour c. Commission des loyers*, *supra*, note 79 ; *C.C.P.A.Q. c. Muro*, *supra*, note 77.

1.2.2.3.1. La correction de l'avis initial d'audition

Trois décisions de la *Divisional Court* ontarienne précisent comment un défaut entachant l'avis initial d'une audition peut être corrigé.

En premier lieu, un avis d'audition doit laisser prévoir la nature et l'ampleur de la décision à intervenir, c'est-à-dire, ses répercussions sur les droits ou les intérêts de l'intéressé. Un avis défectueux à cet égard ne sera pas corrigé si, à la lecture d'un rapport communiqué à l'intéressé, celui-ci ne peut pas établir la nature de l'action administrative qui en découlera, selon une première espèce²⁰³. Comme, dans cet exemple, il s'agissait d'un rapport favorable à l'administré, l'on peut penser que si le rapport avait été négatif, il eût constitué un avis adéquat de l'objet de l'audition : celle-ci débouchait en l'espèce sur une décision imposant à un médecin de rembourser des honoraires.

Une seconde décision traite de la régularité de la communication préalable d'éléments de preuve²⁰⁴. Cette régularité a été traitée dans l'optique de « l'effet de surprise » provoqué par la production de preuves inattendues. Dans cette optique, le juge s'attache à préserver l'intégrité du droit de réponse de l'administré et partant, le caractère contradictoire du débat sur le fond. Ce résultat est obtenu en vérifiant si les éléments de preuve avancés, par exemple, par des intervenants joints à une instance et qui élargissent le champ de la preuve défini par l'avis initial d'audition, ont été communiqués et un renvoi des audiences accordé pour en faciliter l'examen²⁰⁵.

Une démarche identique peut être relevée en présence d'une obligation préalable de communiquer imposée par un texte de loi : le renvoi de l'audience corrige, selon une troisième espèce, l'absence d'avis de la preuve qui doit être rapportée par une partie ainsi que le défaut de communiquer un document particulier avant l'audience²⁰⁶.

1.2.2.3.2. La disponibilité d'une seconde audition

La portée de la disponibilité d'une seconde audition, dont la tenue peut être demandée, a été précisée par deux décisions, l'une ontarienne²⁰⁷, l'autre québécoise²⁰⁸. Il ressort de celles-ci que la tenue d'une seconde audition doit, pour corriger une violation de la règle, être nécessaire et utile. Ainsi, d'une

203. *Re Wakil, supra*, note 11, p. 172.

204. *Re Horan, supra*, note 82.

205. *Id.*, p. 537.

206. *Re Parkins, supra*, note 87, pp. 318-319.

207. *Focal Properties v. Town of Halton Hills, supra*, note 86.

208. *Ville de Lemoyne c. Syndicat canadien de la fonction publique*, [1974] R.D.T. 466 (C.A.).

part, la perspective finaliste, adoptée par les juges, de la participation de l'administré envisagée par la règle, impose implicitement que les arguments que celui-ci cherche à promouvoir soient pertinents²⁰⁹. Le droit d'être entendu est en conséquence subordonné à cette pertinence. Mais encore faut-il, d'autre part, que la tenue d'une seconde audition soit utile. La Cour d'appel du Québec concluait ainsi à l'inutilité de réentendre des témoins quand, en raison du caractère contradictoire des témoignages, un arbitre avait décidé de fonder sa sentence uniquement sur l'interprétation d'une convention collective²¹⁰.

1.2.2.3.3. La disponibilité d'un recours administratif

La jurisprudence tirée des deux systèmes ontarien et québécois permet de préciser la position de l'administré quand un recours administratif est disponible contre une décision entachée d'une violation de la règle. Deux hypothèses ont été envisagées qui intéressent la nature du recours. Le recours disponible peut être soit une audition *de novo*, soit un droit d'appel.

La position de la *Divisional Court* ontarienne sur la correction d'un défaut initial de procédure entachant le processus de décision, se résume en deux idées. Premièrement, la violation de la règle *audi alteram partem* ne sera pas corrigée si le recours ultérieur ne permet pas à l'administré de faire valoir son point de vue sur le fond et, inversement, le sera si cette faculté est présente. Deuxièmement, l'appréciation de la possibilité d'être entendu sur le fond sera fondée sur le régime juridique du recours.

Ainsi un arbitrage de grief peut-il corriger un congédiement vicié par l'absence d'audition préalable quand il prend la forme d'une audition *de novo* et transforme par conséquent la décision initiale en une proposition de congédiement²¹¹. L'arbitrage est alors substitué au processus initial et le vice est corrigé puisque l'audition nouvelle permet d'entendre intégralement sur le fond. La solution repose donc sur la nature du recours : l'arbitrage en cause dans cet exemple ne constituait pas un appel ou une audition sur dossier mais un recours *de novo*. La solution posée introduit ainsi un élément

209. Voir *supra*, note 207.

210. Voir *supra*, note 208.

211. *Re Putnoki and Public Service Grievance Board*, (1975) 7 O.R. (2d) 621 (D.C.), p. 635. Il s'agit d'une solution traditionnelle en Ontario : *Clarke v. Attorney General of Ontario*, [1966] 1 O.R. 539 (Ont. C.A.). La correction éventuelle des vices ne doit pas, de rappeler l'un des juges ontariens, avoir pour conséquence que se généralisent, à l'encontre de la lettre de la loi et du droit, des congédiements sans audition, lorsque la tenue d'une audition est obligatoire : *Re Lockhead and Minister and Deputy Minister of Correctional Services, Re Casey and Minister and Deputy Minister of Correctional Services*, (1978) 22 O.R. (2d) 673 (D.C.), p. 679 (J. Reid).

formel fort important : le recours doit donc être caractérisé. Une situation analogue s'est présentée dans l'hypothèse du droit d'appel.

L'existence d'un droit d'appel met en relief trois éléments : la nature de l'appel, ses effets et son objet. De la nature d'un appel sur dossier, la *Divisional Court* a tiré la tenue obligée d'une audition initiale²¹². Mais la tenue d'un appel, rapportée à une violation de la règle, corrige-t-elle un vice initial entachant la procédure ? Par rapport à la question de la correction de l'absence d'audition préalable au congédiement d'un policier, la décision rendue dans l'affaire *Cardinal*²¹³ n'apporte pas de réponse générale, dans un sens positif ou négatif, car la solution dépend de la nature de l'appel. Il s'agit de savoir si l'appel est une instance *de novo* ou non. Pour répondre à la question, une distinction s'impose entre une compétence d'appel *stricto sensu* impliquant qu'une décision a été prise au niveau inférieur, et une compétence d'appel *de novo* impliquant que la décision est prise par l'instance d'appel elle-même. Appliquant ce principe, la *Divisional Court* a décidé qu'un appel sur dossier ne corrige pas un vice initial de la nature d'une absence d'audition²¹⁴.

Dans une autre espèce ontarienne, il fut jugé, par rapport aux effets de l'appel, qu'un droit d'appel non suspensif d'une décision exécutoire ne pouvait corriger un vice de procédure²¹⁵. La correction était envisagée du point de vue, non seulement des effets de l'appel, mais aussi des conséquences immédiates de la décision litigieuse, nonobstant la faculté de requérir un sursis à son exécution.

Enfin, une décision de la Cour d'appel du Québec traite de l'objet de l'appel²¹⁶. Un droit d'appel d'objet limité ne permettrait pas de corriger une absence d'audition quand l'appel porte seulement, par exemple, sur le montant d'une indemnité et que le défaut d'audition a empêché l'administré de contester le droit à l'indemnité. Cette solution vient compléter les deux idées que renferme la position de la *Divisional Court* ontarienne. Dans les deux systèmes de droit, l'impact de la violation alléguée au plan du respect des formes procédurales est apprécié au plan du fond et ce principe commande la démarche des juges. Le droit d'être entendu se trouve toujours

212. *Re Cardinal and Board of Commission of Police of City of Cornwall*, *supra*, note 8.

213. *Ibid.*

214. C'est la solution dégagée dans l'arrêt *King v. University of Saskatchewan*, [1969] R.C.S. 678. Par application de ce principe, l'organisme inférieur devrait réentendre *de novo* afin de rectifier la procédure, l'appel n'ayant pas cette portée : *Leary v. National Union of Vehicle Builders*, (1970) 2 All E.R. 713.

215. *Re Wakil*, *supra*, note 11, pp. 171-172.

216. *Asbestos Corporation Ltée c. C.A.T. et Carey Canadian Mines Ltd c. C.A.T.*, [1977] C.A. 27. Cette solution a été posée à propos de la question de savoir si l'appel devait être exercé avant de se pourvoir en évocation.

appréhendé dans son objet, selon une acception matérielle et non pas seulement formelle.

En conclusion, le contrôle judiciaire de l'application de la règle *audi alteram partem* débouche sur la proposition suivante. L'intégrité ou, si l'on préfère, la plénitude du processus de décision doit être réalisée dans toutes les formes qu'il épouse, en raison même de la double finalité qu'incarne le respect de la règle : permettre à l'administré de faire valoir ses moyens pour défendre ses droits ou ses intérêts, et contribuer à l'exercice adéquat de pouvoirs de décision. Les espèces étudiées font ressortir l'intensité des interrelations qui unissent les aspects proprement formels de la prise de décision et l'appréciation de la légalité interne des décisions administratives. Elles soulignent également la qualité des démarches empruntées par les juges dans les trois systèmes. Cette qualité facilite la compréhension des rapports mis en évidence entre le fond et la forme. Ce travail d'approfondissement du contrôle judiciaire sera poursuivi par l'examen de la mise en œuvre de la règle *nemo judex*.

Au demeurant, l'application de la règle *audi alteram partem* n'épuise pas la totalité des aspects formels de la prise de décision par l'Administration. L'apparition de la règle nouvelle de l'équité procédurale apporte en effet un complément à la règle traditionnelle : son régime doit donc être précisé.

2. L'équité procédurale

Un arrêt récent de la Cour d'appel de l'Ontario affirme que l'évolution de la jurisprudence depuis 1971, année de la réforme opérée, entre autres lois, par le *S.P.P. Act*²¹⁷, était marquée, depuis l'affaire *Nicholson* et l'arrêt de la Cour suprême²¹⁸, par l'inutilité croissante de caractériser la nature des fonctions administratives pour définir le régime des formes procédurales qui présidera à leur exercice²¹⁹. Mais qu'en est-il plus précisément ? L'étude des fondements de l'équité procédurale et la définition de son contenu pratique permettent d'envisager de cerner la notion elle-même à travers les décisions inventoriées dans les trois systèmes juridiques.

2.1. Les fondements de l'équité procédurale

Ces fondements sont de nature formelle ou de nature matérielle.

217. *Supra*, note 1.

218. *Supra*, note 72.

219. *Supra*, 1.1.1.1.1.; *Abel and Director, Penetanguishene Mental Health Centre*, *supra*, note 17, 31 O.R. (2d) 520 (C.A.).

2.1.1. Les fondements formels

Aucun exemple de fondement législatif ou réglementaire de l'équité procédurale n'a été relevé. Il a cependant été énoncé par une décision fédérale que l'équité peut être fondée sur des directives sans force de loi²²⁰. Au vrai, l'équité tire son existence, de manière générale, de deux sources. D'une part, la jurisprudence impose un devoir général d'équité à l'action administrative. Cette notion se retrouve dans les trois systèmes²²¹. D'autre part, le devoir d'équité procédurale a pu être tiré par implication de la présence d'un minimum de formes encadrant la prise de décision²²².

2.1.2. Les fondements matériels

L'étude des décisions montre que, sur ce point, la démarche judiciaire sous-tendant l'identification des cas où le devoir d'équité procédurale sera imposé, s'appuie sur deux éléments : premièrement, une juxtaposition de l'équité et de la justice naturelle ; deuxièmement, la caractérisation de la nature et de l'objet des fonctions exercées.

2.1.2.1. Équité procédurale et justice naturelle

Une première position judiciaire a été identifiée qui consiste à définir un devoir général d'équité dont l'étendue serait suffisamment large pour inclure la justice naturelle, suivant la jurisprudence anglaise, et ainsi à moduler les formes procédurales requises en fonction des circonstances. Cette première

220. *Magrath c. La Reine*, *supra*, note 81.

221. Voir : *Dubeau c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, *supra*, note 194, p. 47 ; *La Succession Mancuso c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 269, p. 292 ; *Popovich Equipment Co. c. La Reine*, [1979] 2 C.F. 330 (C.A.), p. 334 (J. Heald, diss.) ; *In Re la Loi sur les pénitenciers* et *In Re Martineau*, [1978] 1 C.F. 312, pp. 317-318 ; *Abel and Director, Penetanguishene Mental Health Centre*, *supra*, note 17 ; *Courcelles c. Dionne*, *supra*, note 34, p. 176 (solution implicite fondée sur la notion que certaines règles procédurales peuvent s'imposer en l'absence d'observation stricte de la règle *audi alteram partem*, cette absence étant reliée à la nature « administrative » de la compétence en cause, celle d'une commission scolaire en l'espèce.)

222. Voir : *In Re Martineau*, *supra*, pp. 317-318 (l'idée de processus est associée à l'imposition d'une peine et à une déclaration de culpabilité) ; *Crabbe c. Ministre des Transports*, *supra*, note 50, p. 885 (présence d'une procédure). Quant à la question de savoir si l'équité procédurale peut être fondée sur des clauses contractuelles, il faut souligner qu'un arrêt de la Cour d'appel ontarienne donne une solution négative à la tentative d'exclure contractuellement l'application de l'équité. Dans l'espèce *Re Proctor and Sarnia Board of Commissioners of Police*, (1979) 24 O.R. (2d) 715 (C.A.), deux juges opinèrent qu'une commission locale de police n'avait pas, en vertu de la loi provinciale de police, le pouvoir de négocier l'exclusion du devoir d'agir avec équité au titre des conditions de travail.

position est reflétée en droit ontarien par la décision de la *Divisional Court* dans l'affaire *Nicholson*, notamment²²³.

Si l'on fait abstraction de la position qui vient d'être décrite, la jurisprudence présente dans son ensemble deux tendances. La juxtaposition de l'équité procédurale et de la justice naturelle conduit soit à les associer (ou à les confondre parfois), soit à les opposer. La première tendance demeure la plus courante, quand bien même l'absence d'obligation de respecter les règles de la justice naturelle imposée par un texte suffirait, selon une décision fédérale, à conclure à une obligation de respecter l'équité²²⁴. Comment l'association ou la confusion des deux notions est-elle opérée? La confusion la plus dénudée résulte, par exemple, de la proposition tirée d'une décision fédérale²²⁵, voulant qu'avoir suivi une procédure équitable satisfait aux exigences de la justice naturelle, ou de celle, tirée de deux décisions québécoises²²⁶, voulant que l'équité implique de suivre les règles de la justice naturelle. Au demeurant, la confusion paraît résulter de la conjugaison de deux problèmes, comme l'indique la jurisprudence ontarienne.

Le premier problème est la difficulté d'attribuer à l'équité une autonomie conceptuelle qui permette principalement de définir les formes procédurales qui ressortissent à celle-ci ou à la justice naturelle. Le second problème concerne l'identification de la nature de l'obligation : l'organe de décision devra-t-il, dans tel ou tel cas précis, respecter l'équité procédurale ou bien suivre les règles de la justice naturelle?

C'est ainsi que le juge ontarien peut se référer à l'équité en tant que devoir général s'imposant à l'administration, mais fonder sa décision sur la présence d'un devoir d'agir « judiciairement », c'est-à-dire, sur une obligation de suivre la justice naturelle. L'équité procédurale est alors confondue avec la justice naturelle quant à son contenu en raison d'une absence d'autonomie conceptuelle de l'équité : le jugement de la *Divisional Court* dans l'affaire *Nicholson* illustre cette confusion²²⁷. Dans une espèce où l'application de la

223. Voir : *Re Nicholson*, *supra*, note 13, où la *Divisional Court* a jugé que le renvoi d'un policier pour mauvaise conduite appelait l'observation de la règle *audi alteram partem* (par application de sa décision dans *Re Hershoran*, *supra*, note 6), en se fondant sur la qualification de la fonction impliquée. La cour se référerait aussi au *duty to act fairly* qui s'impose en toutes circonstances, suivant l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, qui écarte la nécessité de qualifier la fonction! La décision rendue par la D.C. dans l'affaire *Nicholson* témoigne ainsi de la relative incertitude qui régnait quant à l'autonomie de la notion d'équité procédurale (p. 490). Voir aussi : *Re Abel and Director, Penetanguishene Mental Health Centre*, *supra*, note 17, 29 O.R. (2d) 279 (D.C.), pp. 292-293, 294 (J. Grange).

224. *Dubeau c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, *supra*, note 194, pp. 45-46.
225. *Danch c. Nadon*, *supra*, note 55, p. 496 (J. Urie).

226. *Fraternité interprovinciale des ouvriers en électricité c. O.C.Q.*, *supra*, note 31, p. 44; *Dorval c. C.S.S.S. de Montréal Métropolitain*, *supra*, note 57, p. 3 (notes de M. le juge Paré).

227. *Re Nicholson*, (D.C.), *supra*, note 13. De la même manière, un procédé inverse peut être

règle *audi alteram partem* n'était imposée par aucun texte, le même juge a rattaché à la justice naturelle la tenue d'une audition informelle qu'il qualifie « hearing », lors même que sa solution était en fait dérivée du *duty to act fairly* et non pas du *duty to act judicially*²²⁸. Cette confusion s'explique en partie par le fait que le respect de la justice naturelle peut, en l'absence de disposition législative ou réglementaire l'édicteant, être imposé par la common law. Le juge doit, dans un tel cas, dire si ce respect s'impose et quelles formes il doit prendre. Que la confusion entre les deux notions d'équité et de justice naturelle soit présente, résulte principalement de ce que les formes procédurales de la justice naturelle sont connues alors que celles de l'équité sont incertaines. Aussi, quand la *Divisional Court* rattache la tenue d'une discussion informelle au respect de la justice naturelle en qualifiant celle-ci d'« audition », la Cour d'appel de l'Ontario peut-elle y voir une application régulière du devoir d'équité procédurale défini par la Cour suprême dans son arrêt *Nicholson*²²⁹. La correction apportée par la Cour d'appel sur le rattachement de la forme procédurale a toutefois été facilitée par la caractérisation de la fonction, qu'elle a jugé être de nature « administrative », alors que la décision des premiers juges s'en était abstenue. L'on serait tenté de penser que la confusion qui règne entre l'équité procédurale et la justice naturelle pourrait être attribuée à la disparition (peut-être prématurée?) de l'opposition classique qui divisait les fonctions « administratives » et les fonctions « judiciaires » ou « quasi judiciaires »²³⁰. Or la caractérisation des fonctions demeure présente dans ses lignes traditionnelles.

2.1.2.2. Équité procédurale et qualification des fonctions

Dans les trois systèmes étudiés, deux courants s'opposent sur la qualification. L'un fait abstraction de la nécessité de qualifier les fonctions pour dériver les formes procédurales à observer ou pour juger du respect de

suivi : le juge applique la notion d'équité procédurale pour fonder sa solution, mais l'intègre dans une sphère plus générale, celle de la justice naturelle : *Re Multi-Malls*, *supra*, note 61, p. 66. Dans ce dernier cas, comme dans le précédent, le juge fait application des règles de la justice naturelle.

228. *Re S and M Laboratories Ltd and The Queen*, (1978) 21 O.R. (2d) 777 (D.C.), p. 779, inf. par (1979) 24 O.R. (2d) 732 (C.A.) (voir *supra*, note 72).

229. *Id.*, 24 O.R. (2d) (C.A.).

230. *Id.*, 24 O.R. (2d), p. 736. Comme on peut le deviner, le problème de la qualification n'est pas destiné à disparaître rapidement, surtout si l'on tient compte de ce que, dans l'affaire *Re S and M Laboratories*, la décision de la *Divisional Court* a été cassée au motif que la décision administrative a été jugée ne pas constituer une *statutory power of decision*, et que le recours aurait dû être rejeté en première instance. L'on se retrouve donc avec l'équation suivante : le devoir d'équité s'applique aux fonctions de nature « administrative » (selon l'ancienne classification) qui ne constituent pas l'exercice d'une *statutory power of decision* (selon la nouvelle classification)!

celles-ci. L'autre, qui est le courant dominant, fonde ses solutions sur la permanence des catégories traditionnelles (fonction « administrative » ou « quasi judiciaire », atteinte aux droits, *lis inter partes*) ou sur la notion plus récente de *statutory power of decision* en droit ontarien.

Si l'on peut penser que la nécessité de qualifier chaque fonction exercée lors de la prise de décision administrative est disparue du droit administratif, il faut souligner que la lecture des décisions formant ce courant jurisprudentiel secondaire indique que la démarche qui le sous-tend, n'évacue pas totalement les vieilles notions. Rares sont, en effet, les décisions ou les arrêts où n'est entreprise aucune caractérisation des fonctions²³¹. Des décisions font ressortir, malgré l'absence de caractérisation, une persistance de l'influence des notions traditionnelles. Ainsi le respect de l'équité a-t-il été fondé, dans une décision ontarienne, sur le fait que des droits étaient mis en danger par un rapport généralement suivi par une autorité supérieure²³². Une décision québécoise, qui fait état de l'inutilité de qualifier la fonction, a imposé une obligation de donner l'occasion de faire valoir des moyens dans un cas où l'application de la règle *audi alteram partem* devait être écartée au motif que l'organisme n'était pas un tribunal²³³. Le juge avait cependant finalement conclu que cette règle avait été respectée. Cet exemple montre que si les conséquences d'une décision ont été déterminantes pour imposer l'obligation d'entendre, le rattachement de la notion d'équité procédurale à une règle de la justice naturelle retire à l'équité son autonomie opératoire. Par comparaison, une décision ontarienne²³⁴ fait ressortir, à partir d'un cheminement comparable, le caractère d'autonomie de la notion d'équité. L'équité a en effet permis d'imposer la tenue d'entrevues et la présentation de points de vue dans un contexte où la règle *audi alteram partem* ne devait pas être observée. Selon la décision, une invitation à discuter un cas personnel respectait l'équité sans constituer une « audition » au sens des règles de la justice naturelle²³⁵ : la distinction des deux notions est alors clairement établie.

Le courant jurisprudentiel dominant est celui de la qualification. Tout d'abord, les références au *duty to act fairly* n'interdisent pas que le juge

231. Voir, par exemple : *Re Proctor and Sarnia Board of Commissioners of Police*, *supra*, note 222 ; *La Succession Mancuso c. La Reine*, *supra*, note 221, p. 292 ; *Blagdon c. Commission de la fonction publique*, [1976] 1 C.F. 615 (C.A.), p. 617.

232. *Re Abel and Director, Penetanguishene Mental Health Centre*, *supra*, note 17, 31 O.R. (2d). Les conséquences des recommandations ont été érigées, nonobstant l'inapplication des règles de la justice naturelle, en critérium de celle du *duty to act fairly* : voir notamment en première instance, 24 O.R. (2d) 279, p. 294, conf. par *ante*.

233. *Courcelles c. Dionne*, *supra*, note 34, p. 176.

234. *Re Weston and Chiropractic (Podiatry) Review Committee*, *supra*, note 72.

235. *Id.*, p. 135.

entreprene de constater l'existence d'un devoir d'agir « judiciairement » sur le fondement de l'exercice d'une fonction « judiciaire ». Ce fut précisément le cas dans la décision de la *Divisional Court* ontarienne dans l'affaire *Nicholson*²³⁶. Cette démarche rattache, dans une large mesure, le devoir d'équité à la justice naturelle, pour faire du premier une forme de la seconde. Elle conduit notamment à retenir au plan des formes procédurales, une obligation de caractère formel moindre, qui ressortirait à l'équité, pour satisfaire le respect de la justice naturelle²³⁷.

En second lieu, l'équité est rattachée à l'exercice d'un pouvoir « administratif », par opposition au respect de la justice naturelle relié à celui des fonctions « judiciaires » et « quasi judiciaires ». Cette optique est celle de l'arrêt *Nicholson* de la Cour suprême²³⁸.

Enfin, en droit ontarien, se pose la question de savoir si une fonction donnée constitue l'exercice d'un *statutory power of decision* soumis à l'observation des règles minimales de procédure décrites par le *S.P.P. Act*²³⁹. Non seulement cette qualification détermine la recevabilité d'un recours en

236. *Supra*, note 13, p. 490. La décision renvoie notamment à deux espèces, *Re Hershoran*, *supra*, note 6, et *Re Cardinal*, *supra*, note 8, qui faisaient application de la qualification traditionnelle. Voir aussi: *Centre pédiatrique Château Pierrefond Inc. c. P.G. du Québec*, [1981] C.S. 693, p. 696 (qui confond équité et justice naturelle malgré la qualification des fonctions comme « quasi judiciaires »).

237. La qualification d'une fonction, jugée être de nature « judiciaire » en raison de son caractère d'adjudication, même si elle entraîne l'application de la règle *audi alteram partem*, n'empêche pas le juge de retenir, au plan des formes procédurales applicables, une obligation de caractère moindre qui ressortirait davantage à l'équité procédurale. C'est ainsi que, dans l'affaire *Re Downing and Graydon*, *supra*, note 73, 21 O.R. (2d) (C.A.), l'un des juges a pu affirmer qu'un devoir d'entendre incluant un devoir de communiquer le dossier serait mal décrit par la règle *audi alteram partem*, pour finalement renvoyer à la notion d'équité développée par la Cour suprême dans l'affaire *Nicholson* (voir *J. Blair*, 21 O.R. (2d), p. 307). Voir la démarche identique du juge québécois, dans *Courcelles c. Dionne*, *supra*, note 34.

238. Voir la décision de la *Divisional Court* dans l'affaire *Re Downing*, *supra*, note 73, 17 O.R. (2d), p. 31 (la décision ne comporte sur ce point aucune référence ou aucun renvoi à la jurisprudence, même pas à la décision antérieure de la cour dans l'affaire *Nicholson*, pour fonder l'opposition); *Re S and M Laboratories and the Queen in right of Ontario*, *supra*, note 72, 24 O.R. (2d), p. 736 (C.A.); *Bruce c. Yeomans*, [1980] 1 C.F. 583, pp. 587-589; dans *Courcelles c. Dionne*, *supra*, note 34, le juge affirma que la fonction était « administrative » et que l'équité s'appliquait, mais il incorpora la justice naturelle dans une équité plus large pour dire que la règle *audi alteram partem* devait être suivie mais non pas dans son sens le plus formaliste. Voir aussi le rejet de la qualification « judiciaire » dans *Re Webb and Ontario Housing Corporation*, (1978) 22 O.R. (2d) 257 (C.A.) conf. (1977) 18 O.R. (2d) 427 (D.C.).

239. *Supra*, note 1.

révision porté devant la *Divisional Court* (ou la *High Court* en cas d'urgence)²⁴⁰, mais elle soulève, à l'instar de la dichotomie qui oppose fonctions « administratives » et fonctions « quasi judiciaires », le problème de l'application du devoir d'équité procédurale. Ainsi, en l'absence d'exercice d'un *statutory power of decision*, les règles procédurales définies par le *Statutory Powers Procedure Act* sont écartées mais demeure la question de préciser la nature de la fonction selon la *common law* et de savoir si, en conséquence, le *duty to act fairly* est pertinent et s'il a été respecté le cas échéant²⁴¹.

Finalement, la jurisprudence indique que l'équité procédurale demeure, en tant que catégorie juridique, largement associée à la justice naturelle, lors même qu'elle est définie par opposition à cette dernière, en raison de la persistance constatée de la démarche traditionnelle de la caractérisation des fonctions. Cette conclusion est renforcée, en outre, par l'étude du contenu pratique de la notion d'équité procédurale. Cette étude permet de constater que l'équité procédurale tend de par ses formes, à se fondre dans la règle *audi alteram partem*, même si elle ne constitue bien souvent qu'un régime procédural de substitution.

2.2. Les formes procédurales de l'équité

Le contenu formel du devoir d'équité procédurale peut être saisi de deux manières distinctes. D'une part, les formes de l'équité peuvent être opposées à celles de la justice naturelle, en particulier aux formes de la mise en œuvre du droit d'être entendu qui constitue le substrat de la règle *audi alteram partem*. D'autre part, le caractère circonstanciel et évolutif des modalités d'application de l'équité doit être précisé.

2.2.1. Équité procédurale et devoir d'entendre

Deux éléments permettent de mesurer, à travers les décisions inventoriées, l'interface de l'équité procédurale et de la règle *audi alteram partem*. Ce sont le droit d'être informé de faits ou de motifs afférents à la prise d'une décision et le droit de faire valoir des moyens.

240. Voir : *Re S and M Laboratories*, *supra*, note 72, 24 O.R. (2d) (C.A.), p. 736 ; *Re Webb*, *supra*, note 238 ; *Re Peterson and Atkinson*, (1978) 23 O.R. (2d) 266 (H.C.) ; sur une démarche différente, qui procède en écartant la question de savoir si une décision est soumise au *S.P.P. Act* et à ses règles, comme dans *Re Peterson*, *ante*, pour ne retenir que celle de savoir si le *duty to act fairly* donne ouverture au *certiorari*, voir : *Re Abel and Penetang Mental Health Centre*, *supra*, note 17, 24 O.R. (2d) 279 (D.C.), où le juge écarte la qualification mais fait finalement application des règles de la justice naturelle sur le terrain de l'équité procédurale ! La décision a été confirmée par (1981) 31 O.R. (2d) 520 (C.A.).

241. Voir la démarche suivie dans *Re Webb and Ontario Housing Corporation*, *supra*, note 238.

En ce qui concerne le droit d'être informé préalablement des faits ou des motifs d'ouverture d'un processus de décision, la jurisprudence ontarienne et fédérale ont étendu ce droit à des hypothèses relevant de l'application de l'équité, soit dans le cas de la prise de décisions fermes²⁴², soit dans celui d'une enquête susceptible de déboucher sur des mesures disciplinaires²⁴³. Au nom de l'équité procédurale, un juge fédéral énonçait l'existence d'une obligation de communiquer le dossier : l'équité, tout en demeurant clairement dissociée de la justice naturelle, produisait ainsi un résultat identique à l'application de cette dernière²⁴⁴. En outre, ce droit de connaître les faits consiste, selon certaines décisions, en une faculté d'être informé de l'essentiel des faits²⁴⁵. Enfin, la Cour d'appel ontarienne a tiré de l'équité, en l'absence d'application de la règle *audi alteram partem*, un devoir de prendre des mesures nécessaires à la présentation de points de vue et de dossiers, qui peut être tenu pour équivaloir à une obligation de donner un « quasi » avis²⁴⁶.

En ce qui concerne le droit de faire valoir des moyens, des éléments tirés des trois systèmes juridiques indiquent que, selon les conceptions des juges, l'équité procédurale emporte l'exercice des facultés suivantes : discuter un dossier²⁴⁷, réfuter des faits ou des actes²⁴⁸ ou « être entendu »²⁴⁹. La référence

-
242. Voir *Re Metro Toronto Board of Commissioners of Police and Metro Toronto Police Association*, *supra*, note 123, pp. 99-100; *Re Beauchamp and Town of Espanola*, (1981) 29 O.R. (2d) 281 (D.C.) (ces deux décisions font application de l'arrêt *Nicholson* de la Cour suprême, au congédiement d'un employé); *Danch c. Nadon*, *supra*, note 55, pp. 498, 501 (J. Urie), 505 (J. Le Dain); *Re Webb and Ontario Housing Corporation*, *supra*, note 238, 22 O.R. (2d), pp. 264-266 (C.A.), qui suit l'arrêt *Inuit Tapirisat c. Procureur général du Canada*, *supra*, note 44, [1979] 1 C.F. 710. Le droit d'être informé des faits n'inclut pas celui de connaître la preuve s'y rapportant : *Danch c. Nadon*, *supra*, note 55, p. 498 (J. Urie).
243. *Crabbe c. Ministre des Transports*, *supra*, note 50, pp. 871, 884. À propos d'une simple recommandation, voir : *Re Peterson and Atkinson*, *supra*, note 240.
244. *Syndicat international des marins c. C.N.*, *supra*, note 144, pp. 376-377 (J. Le Dain).
245. Voir : *Re Dagg and Ontario Human Rights Commission*, *supra*, note 72, p. 159; *Re Proctor and Sarnia Board of Commissioners of Police*, *supra*, note 222 (dissidence du J. Wilson); *Re Gillingham and Metro Toronto Board of Police Commissioners*, (1979) 26 O.R. (2d) 75 (D.C.), p. 82 (qui fait application de la dissidence du J. Wilson dans *Re Proctor*, *ante*, alors que celui-ci faisait application de la règle *audi alteram partem*).
246. Voir : *Re Weston and Chiropody (Podiatry) Review Committee*, *supra*, note 72, p. 135. La décision voit dans cette obligation d'« aviser » une garantie de la bonne foi de l'organe de décision. Comparer : *Re Peterson and Atkinson*, *supra*, note 240, où avis et devoir de convoquer sont liés.
247. *Re Weston and Chiropody (Podiatry) Review Committee*, *supra*, note 72; *Bruce c. Reynett*, (1979) 2 C.F. 692, pp. 717-718; *Re Downing and Graydon*, *supra*, note 73, 17 O.R. (2d) (D.C.), p. 32; *Re S and M Laboratories and The Queen*, *supra*, note 72, 21 O.R. (2d) (D.C.), pp. 779-780.
248. *Evans c. Comité d'appel de la Commission de la fonction publique*, (1981) 2 C.F. 845 (C.A.); *Blagdon c. Commission de la fonction publique*, *supra*, note 231 (la décision emporte également que l'illégalité tirée de l'absence de la faculté de répondre à des faits, peut être

à des modalités évoquant la mise en œuvre de la règle *audi alteram partem* ne doit certes pas faire illusion. En effet, même si le fait d'entendre un administré a parfois été associé à la tenue d'une audition, les décisions ontariennes et québécoises pertinentes montrent qu'il ne s'agit pas d'une audition formelle, d'un « hearing », mais plutôt de discussions sans aucun formalisme malgré les liens établis par le juge entre une audition ne reflétant aucune forme procédurale et la justice naturelle²⁵⁰. Par ailleurs, une décision fédérale récente énonce que le droit, fondé sur l'équité procédurale, de contredire une évaluation personnelle ne saurait impliquer la présentation d'une véritable preuve et la tenue d'un débat contradictoire devant un jury de sélection « administratif »²⁵¹. Au demeurant, si la tenue d'entrevues a été approuvée²⁵² ou imposée²⁵³ afin de satisfaire à l'équité procédurale, la jurisprudence montre que le juge se garde bien d'imposer au nom de l'équité, la tenue d'une audition qui satisferait à la règle *audi alteram partem* selon la définition qu'en donnent les décisions s'y rapportant²⁵⁴.

Le fait que l'équité doive obéir à un régime procédural différent de celui de la règle *audi alteram partem*, apparaît en ce qu'elle exclut, selon une première décision fédérale, la faculté de pouvoir contre-interroger sur des preuves lors d'une enquête²⁵⁵, alors qu'une seconde décision affirmait que l'équité pouvait inclure le droit d'être assisté par un avocat²⁵⁶.

La comparaison des formes procédurales de l'équité et de celles de la justice naturelle laisse ainsi entrevoir l'existence de nombreux points de

corrigée lors d'une étape ultérieure du processus de décision); *Crabbe c. Ministre des Transports*, *supra*, note 50; *Danch c. Nadon*, *supra*, note 85, p. 501 (J. Urie), 505 (Le Dain); *Courcelles c. Dionne*, *supra*, note 34, p. 176; *Re Webb and Ontario Housing Corporation*, *supra*, note 238, p. 266 (C.A.); *Re Proctor and Sarnia Board of Commissioners of Police*, *supra*, note 222; *Inuit Tapirisat c. Procureur général du Canada*, *supra*, note 44; *Re Gillingham and Metro Toronto Board of Police Commissioners*, *supra*, note 245, p. 82.

249. *La Succession Mancuso c. La Reine*, *supra*, note 221, pp. 295-296; *Re Weston*, *supra*, note 72; *Re Brown and Waterloo Regional Board of Police Commissioners*, *supra*, note 37, 28 O.R. (2d), p. 743.

250. *Courcelles c. Dionne*, *supra*, note 34, p. 178 (rejet de la forme de l'audition verbale); *Re S and M Laboratories and The Queen*, *supra*, note 72, 21 O.R. (2d) pp. 779-780 (D.C.) (« hearing »).

251. *Evans c. Comité d'appel de la Commission de la fonction publique*, *supra*, note 248, p. 859.

252. *Re S and M Laboratories and The Queen*, *supra*, note 72, 24 O.R. (2d), p. 736 (C.A.) (conf. sur ce point, (1978) 21 O.R. (2d) 777 (D.C.)); *Re Webb and Ontario Housing Corporation*, *supra*, note 238 (solution implicite); *Sicotte c. Directeur des S.P.E.*, *supra*, note 54.

253. *Re Weston and Chiropody (Podiatry) Review Committee*, *supra*, note 72.

254. *Brown and Waterloo Regional Board of Police Commissioners*, *supra*, note 37, 28 O.R. (2d), p. 743: la tenue d'un « hearing » est affaire de circonstances, mais l'arrêt *Nicholson* de la Cour suprême ne l'écarte pas.

255. *Taiwan Footwear Manufacturers Association c. Tribunal anti-dumping*, *supra*, note 26, p. 577.

256. *Dubeau c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, *supra*, note 194, pp. 49-50.

contact et d'identité d'objet, savoir, entendre l'administré, malgré les différences de régime quant au formalisme dérivé de l'application de l'une ou de l'autre notion. La comparaison permet également de préciser le caractère circonstanciel des formes de l'équité, comme ce fut le cas pour la règle *audi alteram partem*²⁵⁷.

2.2.2. Les caractères de la mise en œuvre de l'équité procédurale

Plusieurs traits se dégagent de la mise en œuvre de l'équité procédurale. Premièrement, le contenu pratique de l'équité est variable. Deuxièmement, il consiste en un degré minimal de formalisme et, à cet égard, il peut être vu comme un substitut de la justice naturelle. Troisièmement, le contrôle judiciaire de la mise en œuvre de l'équité, comme celui de celle de la règle *audi alteram partem*, s'intéresse à la légalité interne des décisions administratives.

Premièrement, le caractère variable du contenu de l'équité résulte de l'absence d'autonomie de la notion. Cette absence est due en grande partie au rattachement de l'équité à la justice naturelle et à la caractérisation des fonctions déjà constatés. Il résulte aussi de l'attitude judiciaire reflétée par l'exemple ontarien et qui consiste à affirmer, d'une part, que l'équité procédurale n'inclut pas la totalité des droits procéduraux de la justice naturelle²⁵⁸ et, d'autre part, qu'elle n'exclut pas la tenue d'une audition formelle, pour faire ainsi dépendre chaque solution du contexte²⁵⁹. Ce dernier principe se retrouve dans les trois systèmes²⁶⁰.

Cette attitude consacre le juge dans son rôle d'arbitre de la définition du contenu pratique de l'équité procédurale. En ce sens, le juge impose, par ses solutions d'espèce, une procédure à suivre, malgré le silence de textes législatifs ou réglementaires²⁶¹.

257. Voir 1.2.2.2.1. et 1.2.2.2.4. ; voir aussi *Re Tandy Electronics and U.S.W. of America*, *supra*, note 172, p. 74; *Sicotte c. Directeur des S.P.E.*, *supra*, note 54.

258. *Re Abel and Director, Penetanguishene Mental Health Centre*, *supra*, note 17, 31 O.R. (2d), p. 529 (C.A.).

259. *Re Brown and Waterloo Regional Board of Commissioners of Police*, *supra*, note 37, 28 O.R. (2d), p. 743 (D.C.).

260. Comparer *Courcelles c. Dionne*, *supra*, note 34 et *Fraternité interprovinciale c. O.C.Q.*, *supra*, note 31 où l'application de la justice naturelle à l'exercice d'une fonction qualifiée « administrative » dans les deux cas, conduit, dans le premier, à la tenue d'une audition informelle et, dans le second, à une audition formelle avec témoins et rapport de preuves. Sur le droit à l'assistance d'un avocat fondé sur l'équité et la nature du contexte, voir : *Dubeau c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, *supra*, note 194, pp. 49-50.

261. *Re Brown*, *supra*, note 37, 28 O.R. (2d), p. 743 (D.C.).

Deuxièmement, le caractère variable des formes que peut épouser la mise en œuvre de l'équité, laisse apparaître que celle-ci répond à un encadrement procédural minimal de l'action administrative, même si elle est conçue comme un régime formel moins contraignant que la justice naturelle. Cette idée de minimum, plusieurs décisions l'ont exprimée dans les trois systèmes, soit expressément, soit implicitement²⁶². Ce minimum est identifié à la définition de l'équité proposée par la Cour suprême dans son arrêt *Nicholson* et il permet la formulation de solutions intermédiaires de l'équité et de la justice naturelle²⁶³. En outre, l'équité peut être considérée comme un substitut à l'observation des règles de la justice naturelle. Soit que l'équité doit être observée en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires édictant de respecter la règle *audi alteram partem*, selon une décision fédérale²⁶⁴, soit qu'elle doit l'être sur le fondement de la caractérisation des fonctions, dans la lignée de l'arrêt *Nicholson*, selon des arrêts ontariens²⁶⁵. Cette proposition témoigne à elle seule de la constance avec laquelle le droit ontarien associe l'équité procédurale à l'exercice d'une fonction « administrative ».

Par ailleurs, dans le système de contrôle judiciaire ontarien, l'équité peut être considérée comme un substitut à l'application des règles de procédure définies par le *Statutory Powers Procedure Act* quand la fonction ne consiste pas en l'exercice d'un *statutory power of decision*, ni ne peut être qualifiée de « judiciaire » ou de « quasi judiciaire » en vertu de la *common law*²⁶⁶.

Troisièmement, à l'instar de la règle *audi alteram partem*, le principe d'équité procédurale est parfois rapporté par le juge à la légalité interne de la décision administrative. Ainsi la Cour fédérale a considéré que l'absence d'avocat pour assister un administré ne violait pas l'équité dans la mesure où les questions posées à celui-ci ne mettaient pas en péril ses droits²⁶⁷. Mais

262. Voir : *Dubeau c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, *supra*, note 194, pp. 45-46 ; *Courcelles c. Dionne*, *supra*, note 34, p. 176 ; *Re Downing and Graydon*, *supra*, note 73, 17 O.R. (2d), p. 32 (D.C.) (solution implicite) ; *Re S and M Laboratories and The Queen*, *supra*, note 72, 21 O.R. (2d) (D.C.) (solution implicite).

263. C'est ainsi qu'un devoir d'agir avec équité caractérisé par des formes plus élaborées peut être imposé par le juge, en opposition au contenu défini dans l'arrêt de la Cour suprême, et ne reproduire celui-ci que de façon partielle, sans quitter le terrain de l'équité, mais sans faire application de la règle *audi alteram partem* pour autant : *Re Weston*, *supra*, note 72, pp. 135, 137, 139.

264. *Dubeau c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, *supra*, note 194, pp. 45-46.

265. *Re Downing and Graydon*, *supra*, note 73, 21 O.R. (2d) 292 (C.A.) ; *Re Webb and Ontario Housing Corporation*, *supra*, note 238, 22 O.R. (2d) 257 (C.A.) ; *Re S and M Laboratories and The Queen*, *supra*, note 72.

266. *Id.*, notamment *Re Webb and Ontario Housing Corporation*.

267. *Dubeau c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, *supra*, note 194, p. 55 ; voir aussi : *Dorval c. C.S.S.S. de Montréal*, *supra*, note 57 (absence de préjudice subi).

principalement, le caractère équitable d'un processus de décision a pu être tiré de l'impartialité qui y prévalait²⁶⁸, ou de ce que la preuve avait été correctement appréciée²⁶⁹.

Ainsi envisagée dans sa mise en œuvre, l'équité procédurale reproduit les grands traits de la règle *audi alteram partem*. En conclusion, si le respect de l'équité est sanctionné par le juge dans les trois systèmes de droit, l'on doit souligner que le contenu de l'obligation s'articule essentiellement autour d'un devoir d'entendre. Les formes pratiques de l'équité sont comprises, selon le contexte, à l'intérieur d'un spectre de formes qui s'étend du formalisme procédural strict à la tenue de simples discussions. L'emploi du mot « audition » ou *hearing* pour décrire la forme requise témoigne d'une ambiguïté certaine. Il est manifeste que le juge s'intéresse avant tout à la mise en œuvre effective d'un droit de « savoir et de répliquer ». Celui-ci entraîne que l'action administrative doit être transparente et que soit observé le principe du contradictoire. Ces exigences ne doivent pas nécessairement se concrétiser par la tenue obligée d'une audition modelée sur le type judiciaire traditionnel du droit processuel. Enfin, il est aussi manifeste que les modalités de mise en œuvre de l'équité sont définies selon le « cas par cas » lors du contrôle judiciaire. De ce point de vue, en raison des points de contact et d'identité existant entre l'équité et la justice naturelle, la notion d'équité demeure tributaire de la démarche traditionnelle d'analyse des processus administratifs. L'absence d'autonomie de la notion exclut pour le temps présent une systématisation du contenu formel du *duty to act fairly*. Sa définition bénéficie toutefois du caractère circonstancié du contrôle. Au reste, le principe d'équité nous semble reproduire en miniature la règle *audi alteram partem*, tant il en est un sous-produit et tant il concourt aux mêmes finalités en raison de l'identité de leur objet : que l'administré soit entendu !

3. La règle *nemo judex*

La règle *nemo judex*, ou règle d'impartialité, forme le complément de la règle *audi alteram partem* au sein de la justice naturelle. Cette dernière impose en effet que les décisions administratives soient prises avec impartialité, indépendance et désintéressement. La notion d'impartialité sera

268. Sur l'association implicite de l'équité et de l'impartialité, voir : *Re Brown and Waterloo Regional Board of Commissioners of Police*, (1981) 33 O.R. (2d) 593, p. 594. Comp. *Blagdon c. Commission de la fonction publique*, *supra*, note 231.

269. *Bruce c. Reynett*, [1979] 2 C.F. 697, pp. 717-720 : le juge a souligné que la décision avait été réfléchie et que tous les éléments avaient été considérés, tout en rappelant qu'il n'appartenait pas à la Cour d'exercer un contrôle sur le fond des décisions attaquées (p. 719). Voir *Dorval c. C.S.S.S. de Montréal*, *supra*, note 57 (absence de preuve nouvelle à apporter).

précisée et les conditions de son application et cette application illustrées dans les trois systèmes étudiés.

L'observation des règles de la justice naturelle trouve son importance quand sont exercées des fonctions de type « judiciaire » ou « quasi judiciaire ». La règle d'impartialité renferme deux notions : le préjugé réel (*actual bias*) et la crainte raisonnable de préjugé²⁷⁰. La mise en œuvre de ces deux notions dépend de la caractérisation préalable de la fonction concernée. Mais encore faut-il, en tout premier lieu, que l'on fût en présence d'une décision. En effet, le problème de la partialité ne semble pas devoir se poser en l'absence de décision, lorsqu'il s'agit d'une simple enquête selon deux décisions fédérales²⁷¹, ou lorsqu'une décision n'a pas été véritablement formée et que l'acte ne constitue qu'un simple document de travail, selon deux espèces québécoises²⁷².

La caractérisation de la fonction doit, en second lieu, être opérée. La notion de préjugé réel s'applique traditionnellement à une fonction de nature « administrative »²⁷³. Deux décisions ontariennes illustrent l'appréciation d'un préjugé réel. Celui-ci sera constaté quand les actes reprochés permettent de conclure que le fond d'une décision ou d'un rapport d'enquête a été préalablement tranché ou formé. Un premier exemple est celui d'une enquête d'utilité publique en matière d'expropriation de corridors hydro-électriques. Un ministre peut émettre un énoncé de politique et définir l'objet de l'enquête, à condition que cette dernière garde son utilité propre, principalement quand elle doit permettre à des opposants d'avancer des solutions de rechange²⁷⁴. Dans cette optique, le contrôle judiciaire renvoie à deux

270. Il s'agit de la « reasonable apprehension of bias » exprimée dans *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 391 (Laskin C.J.C.).

271. *Desjardins c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 2 C.F. 539, pp. 559-560 (enquête ne conduisant qu'à une recommandation); *Copeland c. M. le juge McDonald*, [1978] 2 C.F. 815, p. 825; le juge dit bien que, même si on peut en établir la présence, « bias is irrelevant » dans le cas de la conduite d'une enquête dont le résultat pourra être ignoré par l'autorité à qui il sera fait rapport.

272. *Fédération des producteurs de lait du Québec c. Régie des marchés agricoles du Québec*, [1980] R.P. 173 (C.S. 1978), p. 185; *Cie de Transport Richard Inc. c. Régie des Transports du Québec*, [1974] C.S. 487 (conf. par C.A. Montréal, no 500-09-000939-744, 6 novembre 1974).

273. *Re Nanticoke Ratepayers Association and Environmental Assessment Board*, (1978) 19 O.R. (2d) 7 (H.C.), p. 17; *Re Grey County Hydro Committee and Minister of Energy for Ontario*, (1977) 18 O.R. (2d) 170 (D.C.), pp. 172-173 (solution implicite).

274. *Re Grey County Hydro Committee*, *supra*, pp. 172-173. Il s'agissait de l'expropriation de corridors hydro-électriques : le ministre avait divisé le tracé en quatre tronçons dont chacun devait faire l'objet d'une enquête distincte. La *Divisional Court* a jugé que le ministre pouvait énoncer que le gouvernement préférerait un tracé donné et qu'il pouvait diviser le tracé en tronçons à condition que ceux-ci demeuraient suffisamment longs pour que des modifications de tracé puissent être apportées, à défaut de quoi l'enquête n'eût été qu'une « comédie ».

notions : la poursuite d'une finalité impropre et la mauvaise foi, pour juger du comportement antérieur de l'auteur de l'acte et apprécier la présence ou l'absence de préjugé réel.

Le second exemple est celui du refus de se récuser décidé par le président d'une commission, à la suite de déclarations faites à la presse concernant la procédure suivie lors d'une enquête et l'absence de disponibilité de certains documents détenus par un ministère²⁷⁵. Ce refus fut approuvé au motif que les déclarations ne se rapportaient pas au fond du dossier, mais uniquement aux aspects formels du processus administratif.

Ces deux exemples demeurent des cas isolés. Les décisions étudiées se rapportent principalement à l'application de la notion de crainte raisonnable de préjugé. Le premier exemple cité souligne, de manière fort intéressante, que le contrôle judiciaire fait parfois appel à une pluralité de notions pour saisir le caractère protéiforme d'un processus administratif de décision.

3.1. La notion de crainte raisonnable de préjugé

3.1.1. Les conditions d'application de la notion

La notion de crainte raisonnable de préjugé est associée à l'exercice d'une fonction de nature « judiciaire » ou « quasi judiciaire ». Chaque fonction doit donc être caractérisée par le juge. Le qualificatif « quasi judiciaire » peut être tiré de la common law ou d'une disposition imposant le respect des règles de la justice naturelle. En droit fédéral, il s'agit des décisions dont l'élaboration est soumise à une procédure « judiciaire ou quasi judiciaire »²⁷⁶.

275. *Re Nanticoke Ratepayers Association*, *supra*, note 273, pp. 17-18.

276. Art. 28 L.C.F. Voir : *Caccamo c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 1 C.F. 366 (C.A.), p. 374 (J. Jackett) et 376 (J. Le Dain); *Administration de pilotage du Pacifique c. Alaska Trainship Corp.*, *supra*, note 39, p. 82, *inf. sur ce point*, [1978] 1 C.F. 411 (absence d'imposition légale de l'observation de la règle *audi alteram partem*). Sur la nécessité de la présence d'une fonction de nature « quasi judiciaire », voir : *Bisailon c. Keable*, [1980] C.S. 13, p. 25 (et les arrêts cités de la Cour supérieure), *conf. par* [1980] C.A. 316; *Centre pédiatrique Château Pierrefonds Inc. c. Procureur général du Québec*, *supra*, note 236, p. 697 : cette décision est intéressante en ce qu'elle ne qualifie la fonction que de manière accessoire, pour affirmer (p. 696), que l'impartialité et l'équité doivent être observées en raison des conséquences sérieuses de l'enquête impliquée, et ce sur le fondement des décisions de la Cour suprême dans *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602 (*affaire Martineau n° 2*), *Nicholson*, *supra*, note 13, et *Saulnier c. Commission de Police du Québec*, [1976] 1 R.C.S. 572. Ainsi l'équité et la justice naturelle paraissent avoir été ensemble confondues, ainsi que les fonctions dites « administratives » et celles dites « quasi judiciaires ».

L'expression à laquelle recourt le juge est, selon le cas : la crainte raisonnable de préjugé²⁷⁷, le doute raisonnable de partialité²⁷⁸, la probabilité de partialité²⁷⁹, ou encore, la vraisemblance de partialité aux yeux d'une personne bien renseignée²⁸⁰. Cette dernière expression formulée par la Cour fédérale d'appel dans l'affaire *Crowe* a été repoussée par la Cour suprême²⁸¹ au profit du critérium de la crainte raisonnable de préjugé. En effet, le critérium de la crainte raisonnable est un critérium objectif. La partialité s'apprécie en conséquence, comme l'a précisé une décision de la *Divisional Court* ontarienne, à la lumière de l'impression faite sur une personne raisonnable²⁸². En outre, le caractère objectif de la partialité appréhendée est renforcé par l'importance attachée par le juge aux apparences²⁸³. De ce point de vue, le critère retenu par la Cour fédérale d'appel dans l'affaire *Crowe* écartait l'apparence au profit d'une appréciation de l'état d'esprit ou de l'objectivité intellectuelle de la personne mise en cause²⁸⁴. Par ailleurs, le fait de privilégier l'apparence et les impressions créées exclut que l'on ait à tenir compte d'une éventuelle autocensure exercée par la personne concernée. Selon la *Divisional Court*, l'autocensure ne satisfait pas à l'impartialité requise²⁸⁵, contrairement à ce que la démarche de la Cour fédérale d'appel

-
277. *Re Milstein and Ontario College of Pharmacy*, (1978) 20 O.R. (2d) 283 (C.A.) (inf. en partie, (1976) 13 O.R. (2d) 700 (D.C.)), p. 295 (J. Blair); *Bisailon c. Keable*, *supra*, note 276, C.S., p. 25, C.A., p. 326 (J. Turgeon); *Centre pédiatrique Château Pierrefonds Inc.*, *supra*, note 236, pp. 696, 697.
278. *In Re Le Tribunal anti-dumping et le verre à vitre transparent*, *supra*, note 148, pp. 1102-1103. La notion de doute est implicite dans la solution de l'affaire *Fédération des producteurs de lait du Québec*, *supra*, note 272, p. 189 : le doute justifie en effet la décision de se récuser du président d'une commission ou d'un office de régulation économique.
279. *In Re Le Tribunal anti-dumping et le verre à vitre transparent*, [1973] C.F. 745 (C.A.), p. 755, inf. [1972] C.F. 1078, *supra*.
280. *Committee for Justice and Liberty c. O.N.E.*, [1976] 2 C.F. 20 (C.A.), p. 29.
281. *Supra*, note 270.
282. *Re Reid and Wigle*, (1981) 29 O.R. (2d) 633 (D.C.), p. 638. (La décision suit celle de la Cour suprême dans l'affaire *Crowe*, *supra*, note 270).
283. Voir : *Centre pédiatrique Château Pierrefonds Inc. c. P.G. du Québec*, *supra*, note 236, p. 696; *Re Reid and Wigle*, *supra*, pp. 638-639.
284. Voir la décision de la Cour fédérale d'appel dans l'affaire *Crowe*, *supra*, note 280, p. 30, où l'accent est mis sur l'objectivité du président de l'O.N.E. La Cour fédérale, en définissant son critérium d'appréciation de la partialité, laisse entendre de la sorte qu'une personne à l'esprit indépendant ou capable de faire abstraction de sa situation antérieure ne saurait être partielle. Cette démarche repose sur un critérium de nature subjective — l'état d'esprit de la personne impliquée — et une appréciation subjective de cet état, à l'inverse de la position jurisprudentielle dominante qui retient l'impression objective faite sur une tierce personne : l'état d'esprit de la personne impliquée n'est pas alors considéré. L'opposition entre les deux positions est nettement marquée.
285. *Re Reid and Wigle*, *supra*, note 282, pp. 638-639.

impliquait dans l'affaire *Crowe*²⁸⁶. Dans la même perspective, une décision québécoise jeta le doute sur la possibilité qu'une personne qui exerce les fonctions d'administrateur provisoire d'un établissement public, puisse en même temps mener une enquête sur la gestion passée de celui-ci et « faire le vide dans son esprit » sur sa position d'administrateur, les contacts qu'elle implique et la connaissance des faits qu'il en tire²⁸⁷.

En second lieu, plusieurs idées directrices de l'application de la notion de crainte raisonnable de préjugé sont proposées par la jurisprudence. D'une part, si cette crainte doit être prouvée²⁸⁸, tout doute profitera, comme l'énonce une décision québécoise²⁸⁹, à l'auteur de la décision : le juge ne saurait en effet se contenter d'un simple soupçon de partialité²⁹⁰.

D'autre part, l'appréciation de la partialité est fondée à la fois sur le contexte et la nature de l'allégation²⁹¹. Le contexte inclut notamment la nature de la fonction. Ainsi la fonction d'investigation emporte-t-elle la mission de découvrir la vérité et de « chercher dans certaines directions », sans que l'enquêteur ait adopté une attitude préconçue, de préciser une décision québécoise²⁹².

Tel est le cadre de l'appréciation du respect de la règle *nemo iudex*. Comment cette appréciation est-elle opérée et sur quels objets porte-t-elle ? Ces deux questions renferment les solutions pratiques définies par la jurisprudence.

3.1.2. Les situations impliquant une crainte raisonnable de préjugé

Quatre catégories de situations ont souvent conduit le juge à prononcer l'illégalité d'une décision ou l'irrégularité du déroulement d'un processus administratif. Elles précisent les contours de l'impartialité et la nature du rôle des personnes participant à la prise de décisions.

286. *Supra*, note 280.

287. *Centre pédiatrique Château Pierrefonds Inc. c. P.G. du Québec*, *supra*, note 236, p. 696.

288. Voir : *Tribunal anti-dumping et le verre à vitre transparent*, *supra*, note 148, p. 1097 ; *Chèvrefils c. Comité de discipline du Collège des médecins et chirurgiens de la province de Québec*, [1976] C.S. 1468, p. 1473 (conf. par [1978] C.A. 94).

289. Voir : *Bécharde c. Roy et Collège des médecins et chirurgiens de la province de Québec*, [1974] C.S. 13, conf. par [1975] C.A. 509.

290. *Communauté urbaine de Montréal c. Bergerin*, J.E. 79-148 (C.S., 19 janvier 1979), pp. 17-18 du jug. dactyl.

291. Voir : *Re Evans and Milton*, (1979) 24 O.R. (2d) 181 (C.A.), p. 220.

292. *Bisaillon c. Keable*, *supra*, note 276, C.S., p. 28.

3.1.2.1. La confusion des fonctions d'accusateur et de juge

La discipline professionnelle occupe en Ontario et au Québec, une place de premier plan en matière d'impartialité. Les juges ont à maintes reprises rappelé que le principe d'impartialité interdisait de confondre les fonctions d'accusateur et de juge²⁹³, même si l'attitude de la personne poursuivie explique parfois les réactions des membres de l'instance disciplinaire²⁹⁴.

Premièrement, la partialité peut être cernée en scrutant la conduite du décideur, principalement d'un membre ou de membres d'une formation collégiale lors du déroulement de l'audition. Ainsi la nature de questions posées ou le ton adopté pour les poser conduit à apprécier leur attitude. Sur ce plan, les juges ontariens et québécois ont eu à apprécier une attitude déplacée, voire hostile, découlant de propos immodérés²⁹⁵; l'animosité d'un conseil de discipline²⁹⁶; la « mauvaise humeur » d'un enquêteur quand une objection est soulevée en matière de preuve²⁹⁷; une réaction d'impudence provoquée par l'état du dossier²⁹⁸ ou la réticence de témoins²⁹⁹. Dans la même lignée, la Cour fédérale a eu à se prononcer sur le caractère de remarques mal formulées pour juger de l'impartialité d'une audition³⁰⁰.

Les solutions avancées pour régler ces situations diverses font ressortir le caractère varié des démarches empruntées par les juges. D'une part, l'absence d'impartialité peut être tirée des circonstances : le juge évaluera les faits en se replaçant dans leur contexte³⁰¹. Elle peut être tirée du caractère

293. Voir : *Re French and L.S.U.C. (No 2)*, (1974) 1 O.R. (2d) 514 (D.C.), p. 534, inf. par (1975) 8 O.R. (2d) 193 (C.A.) (permission d'appeler refusée, C.S.C., p. 193n).

294. Voir, par exemple : *Re Casullo and College of Physicians and Surgeons of Ontario*, (1974) 2 O.R. (2d) 61 (C.A., jug. non rapporté de la D.C.), p. 63.

295. *Re Deep and College of Physicians and Surgeons of Ontario*, (1974) 5 O.R. (2d) 435 (D.C. en appel), p. 437; *Re Milstein and Ontario College of Pharmacy* (N° 2), *supra*, note 277, 13 O.R. (2d), p. 708 (D.C.), inf. par (1978) 20 O.R. (2d) 283 : la *Divisional Court* a considéré que les remarques adressées au membre poursuivi constituaient un cas frontière où le ton adopté demeurerait approprié ; la Cour d'appel les a considérées, selon les juges, immodérées ou hostiles.

296. *Chèvrefils c. Collège des médecins et chirurgiens*, *supra*, note 288, [1976] C.S., où le jugement ne fait état que de l'absence de preuve d'animosité. La Cour d'appel, à [1978] C.A. 94, conf. *ante*, a traité les déclarations litigieuses comme un « commentaire » découlant de la sanction et non pas comme des éléments préalables à la prise de décision (p. 99). L'un des juges d'appel a néanmoins considéré les déclarations comme étant « highly unfortunate » (p. 99).

297. *Commission des droits de la personne du Québec c. P.G. du Canada et Vermette*, [1978] C.A. 67.

298. *Fortin c. Circo Craft Inc. et Tribunal du travail*, C.A. Montréal, n° 09-001570-787, 20 août 1980, p. 4 des notes de M. le juge Montgomery.

299. *Bisaillon c. Keable*, *supra*, note 276, C.S., p. 28 et C.A., p. 326.

300. *Central Broadcasting Co. c. C.C.R.T.*, [1975] C.F. 314 (C.A.), p. 316.

301. *Bisaillon c. Keable*, *supra*, note 276, C.S., p. 28 : le juge a considéré que l'attitude du commissaire-enquêteur était justifiée, que sa mission lui imposait de découvrir la vérité,

inapproprié ou injustifié de propos ou de remarques : le juge évaluera ceux-ci en eux-mêmes et en fonction des impressions créées³⁰². Cette démarche peut entraîner qu'un état de fait unique conduit à des divergences d'appréciation du comportement des membres d'un tribunal et à des conclusions opposées sur la présence d'une crainte raisonnable de préjugé. Ainsi dans une affaire ontarienne se rapportant aux critiques adressées à un médecin lors d'une audition disciplinaire, la *Divisional Court* jugeait celles-ci regrettables mais sans qu'elles constituassent une preuve de préjugé³⁰³. Les juges d'appel y virent soit un langage immodéré qui fut considéré avoir influé sur la sanction prononcée, soit une attitude franchement hostile viciant l'équité de l'audition³⁰⁴. Par comparaison, une décision fédérale a reconnu que des remarques mal formulées n'empêchait pas qu'une audition demeurât équitable³⁰⁵.

D'autre part, l'appréciation de l'impartialité peut conduire le juge à introduire des éléments connexes. Ainsi une décision de la Cour d'appel du Québec montre que si les juges ont fondé leur arrêt sur une absence de preuve d'un préjugé quelconque³⁰⁶, leur démarche intègre une appréciation du bien-fondé des décisions disciplinaires attaquées qui s'appuie sur la recherche de leurs véritables motifs. En conséquence, des propos malheureux adressés à la personne poursuivie pourront être « absous » si la décision demeure fondée sur des faits prouvés et si elle a été prise dans les limites formelles imposées par la règle *audi alteram partem*³⁰⁷. Cette décision québécoise doit être rapprochée de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Milstein* où l'un des juges affirmait que l'attitude du comité de discipline avait influé sur l'étendue de la sanction prononcée et que, dès lors, celui-ci s'était fondé sur des considérations non pertinentes, à savoir le comportement de la personne poursuivie lors de l'audience³⁰⁸. Cette appréhension des faits est partagée par une décision fédérale³⁰⁹.

sinon d'en forcer l'éclatement en présence de témoins récalcitrants. Cette position fut approuvée par la Cour d'appel qui a rappelé que la question de l'impartialité d'un organisme chargé de faire rapport sans prendre de décision doit être abordée de manière différente de celle d'un organe décisionnel (p. 326). Comp. cette position avec celle de M. le juge Cattanach dans *Re Copeland c. McDonald*, *supra*, note 271.

302. Voir : *Re Deep and College of Physicians and Surgeons of Ontario*, *supra*, note 295.

303. *Re Milstein and Ontario College of Pharmacy* (N^o 2), *supra*, note 277, 13 O.R. (2d), p. 708 (D.C.).

304. *Id.*, 20 O.R. (2d), pp. 292 (J. Lacourcière) et 296 (J. Blair), respectivement.

305. *Central Broadcasting Co. c. C.C.R.T.*, *supra*, note 300, p. 316.

306. *Chèvrefils c. Collège des médecins et chirurgiens de la province de Québec*, *supra*, note 288, [1978] C.A. 94, pp. 98-99 (J. Bélanger) et 99 (J. Kaufman).

307. *Id.*, p. 99 (J.J. Bélanger et Kaufman) sur la notion de motifs invoqués.

308. *Re Milstein*, *supra*, note 277, 20 O.R. (2d), p. 292 (C.A.) (J. Lacourcière).

309. Dans la même optique, voir : *In Re le Tribunal anti-dumping et le verre à vitre transparent*, *supra*, note 148, pp. 1102-1103.

Ces exemples soulignent deux choses : premièrement, la difficulté de la tâche imposée au juge dans l'appréciation des faits et des impressions produites³¹⁰ en raison, deuxièmement, du caractère perméable de la notion d'impartialité. La plupart des cas demeurent cependant tranchés où une attitude partielle a été censurée. L'on peut citer, à titre d'exemples, les situations suivantes : un membre d'un comité de discipline souligne que la personne poursuivie devait connaître d'avance la sanction qui l'attendait³¹¹ ; un autre membre pose des questions tendancieuses sur la religion du frère de la personne poursuivie ou sur son changement de nom³¹² ; l'attitude hostile d'un arbitre à l'endroit d'un conseil et le fait d'avoir rejeté un grief après avoir été prié de se récuser³¹³.

Deuxièmement, parallèlement à la conduite du décideur lors du déroulement d'un processus de décision, la censure de la partialité met en cause le respect du devoir d'entendre et le contrôle exercé sur la procédure par l'organe de décision lui-même. Cette question est abordée plus loin³¹⁴.

3.1.2.2. Les conflits d'intérêt et le désintéressement

Deux catégories de conflit d'intérêt retiendront ici l'attention : les conflits à caractère pécuniaire et les conflits à caractère professionnel.

La règle voulant que la possession d'un intérêt pécuniaire direct entraîne la disqualification du détenteur d'un pouvoir « quasi judiciaire » a été suivie par la Cour fédérale dans l'affaire du *Tribunal anti-dumping*³¹⁵. Elle fut également suivie en Ontario en matière disciplinaire à propos de la participation d'un concurrent à la prise de décision, lorsque ce concurrent était engagé dans des négociations d'achat de l'une des pharmacies appartenant à la personne poursuivie³¹⁶.

La notion de conflit d'intérêt de caractère professionnel a donné lieu à d'intéressants développements. Premièrement, la règle d'impartialité requiert

310. *C.U.M. c. Bergevin*, *supra*, note 290.

311. *Re Bernstein and College of Physicians and Surgeons of Ontario*, (1977) 15 O.R. (2d) 447 (D.C.), p. 472 (J. O'Leary, *obiter*).

312. *Id.*, pp. 479-480 (J. Gassett).

313. *Re United Steelworkers of America, Local 4444 and Stanley Steel Co. Ltd.*, (1974) 6 O.R. (2d) 385 (D.C.).

314. *Infra*, 3.3.1.

315. In *Re Le Tribunal anti-dumping et le verre à vitre transparent*, *supra*, note 148, pp. 1092-1093 : la décision prise est alors nulle.

316. *Re Moskalyk-Walker and Ontario College of Pharmacy*, (1975) 8 O.R. (2d) 609 (D.C., en appel). La *Divisional Court* a précisé qu'aucun pharmacien exerçant dans la ville et ses environs immédiats ne pouvait siéger au comité de discipline. Cette exclusion s'explique par le fait qu'une sanction eût conduit à la fermeture de trois des huit pharmacies de la région. La cour a ainsi défini un conflit d'intérêts élargi au plan géographique.

que la personne concernée ait effectivement participé à la prise de décision. C'est le cas du membre d'une formation arbitrale collégiale qui a participé au délibéré³¹⁷. C'est aussi le cas de la personne qui a agi en qualité de conseiller auprès de producteurs au sujet d'une plainte, avant que d'être nommé président du tribunal qui statuera sur cette plainte. Ce président devra avoir participé à la formulation de la décision. Sa partialité, si elle résulte des seules relations qu'il entretenait avant sa nomination³¹⁸, ne peut toutefois être censurée que s'il a participé à la décision, selon la Division de première instance de la Cour fédérale. Sur ce dernier point, la Cour fédérale d'appel considéra qu'il y avait eu participation puisque le président avait signé la décision, mais la Cour suprême renversait cette solution³¹⁹ : il n'en reste pas moins que les trois juridictions s'accordèrent à reconnaître que la partialité de l'intéressé résultait, sur le fond, de ses liens professionnels passés.

Deuxièmement, se pose la question de la nature des liens litigieux. Celle-ci est établie à partir de la nature des fonctions antérieures impliquées et de leur objet. Les trois systèmes ne retiennent pas, à cet égard, des critères communs. Au Québec en effet, deux critères sont présents.

En premier lieu, le critérium de l'identité d'objet entre les fonctions antérieures et les fonctions actuelles de la personne, est appliqué dans les trois systèmes. Dans l'affaire *Crowe*, la Cour fédérale d'appel avait conclu à l'absence d'identité³²⁰. Une décision ontarienne écartait la présence de conflit dans le cas de l'avocat qui, ancien associé d'un cabinet spécialisé en droit du travail, devenait vice-président du *Labour Relations Board* ontarien, quand aucun lien ne le rattachait au dossier étudié³²¹. Une décision québécoise a retenu l'identité d'objet entre la fonction d'administrateur et celle de mener une enquête, pour conclure que les fonctions étaient incompatibles quand l'enquêteur peut être conduit à scruter des faits ou des décisions auxquels il a participé³²².

Enfin, une autre décision québécoise met en lumière un critérium différent de celui de l'identité d'objet : celui du lien direct entre les fonctions

317. *Association internationale des travailleurs en ponts c. Dion*, J.E. 79-50 (C.S., 1978, p. 12 du jug. dactylo.) (cas de l'assesseur syndical mis en situation de conflit en raison de sa fonction d'agent du syndicat qui a logé une plainte et de la situation de conflit prévalant entre les métiers représentés).

318. *In Re le Tribunal anti-dumping et le verre à vitre transparent*, *supra*, [1972] C.F. 1078, p. 1105, conf., sur ce point, par [1973] C.F. 745 (C.A.), p. 756.

319. [1976] 2 R.C.S. 739, p. 748, inf. [1973] C.F. 745, p. 756.

320. Voir, *supra*, note 280, inf. par *supra*, note 270, p. 389 (J. Laskin) : la Cour suprême énonce toutefois que l'identité d'objet n'a pas à être totale, une contribution « à l'élaboration et à l'approbation de certains fondements éventuels » de la décision à intervenir paraît être suffisante. En ce sens, la Cour a introduit un troisième critère.

321. *Re Marques and Dylex*, (1977) 19 O.R. (2d) 58 (D.C.), p. 70.

322. *Centre pédiatrique Château Pierrefonds Inc. c. P.G. du Québec*, *supra*, note 236, p. 696.

exercées³²³. Appliqué à la question du conflit éventuel qui opposerait la participation à un groupe d'étude chargé d'analyser un rôle municipal d'évaluation foncière et la fonction de membre du Bureau de révision de l'évaluation foncière, le critérium du lien direct donna la solution suivante. Le juge opposa le caractère général d'un rapport d'enquête au caractère particulier du dossier dont l'organisme était saisi : la critique que contenait le rapport, du rôle d'évaluation et des méthodes suivies pour le dresser, n'équivalait pas à une improbation du montant d'évaluation d'un immeuble en particulier³²⁴.

Troisièmement, l'application de la notion montre que l'appréciation d'une crainte raisonnable de préjugé est opérée par le juge à l'intérieur d'un cadre général qui fait entrer en jeu plusieurs notions. Sans doute, cette crainte s'induit-elle de l'existence d'un lien rattachant la personne et l'affaire qui fera l'objet d'une décision. Le cadre d'appréciation peut inclure, outre l'absence de participation directe dans le dossier, l'écoulement d'un certain laps de temps entre les fonctions³²⁵ ou la nature et les fonctions du tribunal concerné³²⁶.

Sous ce dernier angle, le fait qu'un organisme soit composé de spécialistes n'emporte-t-il pas, en raison des critères de recrutement de ses membres, l'existence obligée de liens professionnels entre eux et les parties ? C'est la question que soulève la politique législative qui consiste à nommer des personnes spécialisées dans un domaine quelconque, comme membres d'organismes spécialisés. Une réponse à la question sera envisagée plus loin.

3.1.2.3. Le fait de siéger en appel de sa propre décision

Entendre un appel de sa propre décision, cela entraîne-t-il que l'auteur de celle-ci soit placé dans une situation de préjugé ? Deux décisions québécoises apportent à la question une réponse limitée. D'une part, la question s'est posée dans l'hypothèse suivante : un organisme doit entendre un appel d'une décision fondée sur des recommandations formulées par ce même organisme. Ce cas se présente en matière de destitution de cadres policiers, dont il y a appel devant la Commission de police du Québec. La Cour d'appel du Québec a considéré « étrange » que la Commission siègeât

323. *C.U.M. c. Bergevin*, *supra*, note 290, p. 15 du jug. dactylo.

324. *Id.*, p. 17.

325. *Re Marques and Dylex*, *supra*, note 321, p. 70 (un délai d'un an fut jugé suffisant); *Committee for Justice and Liberty c. O.N.E.*, *supra*, note 280, p. 30 (un délai de deux ans fut jugé suffisant; mais voir *supra*, note 270).

326. *Re Marques and Dylex*, *supra*, note 321, qui renvoie au jugement de la Cour d'appel du Québec dans *R. c. Picard*, [1968] B.R. 308 (notes du J. Hyde) et au caractère spécialisé de la qualification professionnelle des membres d'un tribunal inférieur.

en appel d'une décision de ses membres. Mais elle a aussi considéré que la pratique constante de ne pas faire siéger, lors de l'appel, les membres qui avaient recommandé une destitution, réglait la question de la partialité : cette pratique fondait la solution tout autant que la volonté du législateur³²⁷. D'autre part, la violation de la règle ne peut être constatée, selon une décision de la Cour supérieure du Québec, qu'en présence d'une véritable décision au sens matériel du terme³²⁸. Cette condition permet que l'auteur d'un simple « document de travail », qui peut à la rigueur constituer une ébauche de solution³²⁹, pût siéger lors d'auditions lors même que le document circulait dans les milieux intéressés. Par ailleurs, la crainte raisonnable de préjugé ne pourrait être tirée, selon une décision fédérale, que de l'identité de la décision antérieure et de la décision à intervenir : le fait qu'il y ait identité de parties, par exemple, ne suffit pas³³⁰.

3.1.2.4. Les idées préconçues et les comportements passés

D'une manière générale, la question posée est celle de savoir si une personne ou les membres d'une formation collégiale ont pu avoir formé une opinion ou une décision quelconque sur l'objet d'un processus de décision ou d'une instance. Cette question renvoie à des situations diverses que l'on peut diviser selon qu'elles se rapportent ou ne se rapportent pas à un régime institutionnel particulier. Cette division introduit la présentation de deux démarches possibles sur le plan méthodologique de l'analyse des solutions jurisprudentielles : ou bien regrouper les solutions apportées à des hypothèses éparpillées, ou bien extraire le cadre qui sous-tend l'optique adoptée par le juge.

Premièrement, la question des idées préconçues et des comportements passés peut, à travers les situations concrètes étudiées, être abordée à partir des angles suivants.

Tout d'abord, dans les trois systèmes de droit, l'impartialité est appréciée en partant de la question de savoir si le décideur a tranché à l'avance un aspect donné d'un litige ou du problème qui lui est soumis. Cette question revêt deux aspects. D'un point de vue matériel, la solution tient compte du lien éventuel qui peut unir, par exemple, l'expression d'idées

327. *Messier c. Commission de police du Québec*, [1976] C.A. 15. Malgré l'affirmation voulant qu'« il s'agit ici d'une situation voulue par le législateur et (que) les tribunaux n'ont pas à intervenir » (*ibid.*), l'appréhension suscitée par le conflit demeure vive : mais le juge sera-t-il porté à intervenir ?

328. *Fédération des producteurs de lait du Québec c. Régie des marchés agricoles du Québec*, *supra*, note 272, p. 187.

329. *Id.*, p. 185.

330. *Fogel c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1975] C.F. 121 (C.A.), p. 124.

générales et le fond du problème ou du litige à résoudre. La solution est alors tirée de la comparaison de l'objet de celui-ci et de celui des premières, comme le montrent une espèce québécoise et une espèce fédérale³³¹. Du point de vue formel, celui de la qualification de l'acte, la solution est tirée de la présence ou de l'absence de décision. Le juge fonde alors sa conclusion sur une appréciation de la volonté reflétée par le document ou l'acte en cause. Celui-ci contient-il l'expression de la volonté arrêtée du décideur, ou bien n'est-il qu'une ébauche de solution, le reflet d'une proposition, ou un document de travail provisoire? Cette caractérisation est illustrée dans une espèce québécoise³³². L'interrogation qui précède laisse poindre, dans un second temps, ainsi que l'indique la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Fédération des producteurs de lait du Québec*³³³, l'idée que le juge apprécie le caractère définitif des idées ou des propositions émises par le décideur afin de déterminer si des modifications éventuelles peuvent être envisagées. Cet aspect du problème laisse déjà entrevoir que l'impartialité est susceptible d'être reliée au respect de la règle *audi alteram partem* ou d'en découler directement³³⁴. L'importance de ce que le décideur en soit arrivé à une conclusion ferme, à une volonté arrêtée, pour permettre d'affirmer que la crainte de préjugé est raisonnable, ressort d'une espèce ontarienne où la Cour d'appel de cette province a rappelé qu'il ne faut pas confondre le fait d'avoir pris connaissance de certains faits avant une audition et celui d'en être arrivé à des conclusions sur ces mêmes faits³³⁵.

En second lieu, l'impartialité est appréciée en partant de la question de savoir si les idées exprimées ou les comportements passés entachent la capacité du décideur de se prononcer sur le problème qu'il doit résoudre, en faisant abstraction de ces idées ou de ces comportements, c'est-à-dire, d'entendre en toute intégrité. Cette perspective a été suivie par la Cour fédérale. Dans une première espèce, la Division de première instance énonçait que les titulaires de fonctions « quasi judiciaires » sont censés faire abstraction de leurs idées préconçues, indépendamment de la question de savoir s'ils ont respecté la règle *audi alteram partem*³³⁶. Dans une seconde

331. *C.U.M. c. Bergevin*, *supra*, note 290, p. 17; *Nanda c. Commission de la fonction publique*, [1972] C.F. 277.

332. Voir: *Fédération des producteurs de lait du Québec*, *supra*, note 272, p. 185.

333. *Supra*, note 272.

334. Voir: *Re Brown and Waterloo Regional Board of Commissioners of Police*, *supra*, note 37, 31 O.R. (2d) (C.A.).

335. Voir: *Re W.D. Latimer Co. Ltd and Attorney General for Ontario; Re Onuska and A. G. for Ontario*, (1974) 6 O.R. (2d) 129 (C.A.), pp. 140-141, conf. (1974) 2 O.R. (2d) 391 (D.C.); *Re Sutherland and Board of Governors of Pembroke General Hospital*, (1974) 1 O.R. (2d) 438 (D.C.) (problème de la communication, préalable à l'audition, des motifs d'une recommandation initiale, dans la mesure où elle soulève la question de savoir si ces motifs ont été discutés entre les membres de la formation qui entend).

336. *In Re le Tribunal anti-dumping et le verre à vitre transparent*, *supra*, note 148, p. 1102.

espèce, il fut jugé qu'un tribunal inférieur viole la règle d'impartialité quand il prend connaissance, avant la tenue de l'audition, du dossier de l'une des parties³³⁷. Avoir entendu les deux parties par la suite ne suffit point à corriger le vice radical qui entachait la prise de décision.

En troisième lieu, l'impartialité est appréciée, comme le montrent quelques décisions ontariennes et une décision québécoise, sur la base d'une éventuelle identité d'objet entre deux processus de décision ou deux instances. Cette hypothèse est proche de celle envisagée auparavant, qui met en cause le fait d'agir successivement comme accusateur et comme juge. À titre d'exemple, la *Divisional Court* ontarienne jugeait qu'un membre d'un conseil de discipline ne peut siéger lors d'une seconde instance dirigée contre un avocat, après qu'il eût présenté à l'assemblée générale de la profession une motion portant qu'il en soit appelé d'un jugement cassant une première décision disciplinaire rendue contre ce même avocat³³⁸. Cette solution fut infirmée en appel et la qualification du problème posé rectifiée par la Cour d'appel. Celle-ci considéra que la loi du Barreau ontarien n'interdisait pas à un membre ayant participé à une décision disciplinaire lors de l'assemblée générale, de siéger à un comité de discipline lors d'une affaire dont l'objet est différent de ce qui fut décidé lors de l'assemblée générale. La Cour s'est alors attachée à rechercher si le membre du comité avait fait montre d'une attitude hostile ou de prédisposition mentale à l'endroit du membre poursuivi³³⁹.

Le problème de l'identité d'objet de deux processus de décision a par ailleurs été soulevé de manière plus explicite dans les cas où une personne est appelée à décider une question après avoir mené une enquête sur le même sujet. Fut ainsi cassée, en Ontario, une décision de refus de la permanence d'un professeur d'université à laquelle participa un membre du comité qui avait rédigé un rapport négatif antérieur sur l'attribution de la permanence³⁴⁰. Dans la même perspective, une décision de la Cour supérieure du Québec a jugé incompatibles les fonctions cumulées d'enquêteur et d'administrateur d'un établissement dont la gestion faisait l'objet de l'enquête en cause³⁴¹. Par comparaison, le problème se présente sous un jour différent quand un organe de décision exerce des fonctions composites qui incluent de décider de la révocation d'un certificat ou d'un permis, par exemple, après

337. *Cathcart c. Commission de la fonction publique*, [1975] C.F. 407, pp. 412-413. Comp. la solution de la Cour d'appel dans l'affaire *Re W.D. Latimer Co. Ltd.*, *supra*, note 335, où la cour a admis qu'une connaissance préliminaire des faits pouvait être implicitement autorisée par un schéma institutionnel particulier (p. 143).

338. *Re French and Law Society of Upper Canada (No 2)*, *supra*, note 293, 1 O.R. (2d), p. 534 (D.C.).

339. *Id.*, 8 O.R. (2d), p. 200 (C.A.), inf. la décision de la *Divisional Court*.

340. *Re Paine and University of Toronto*, (1981) 30 O.R. (2d) 69 (D.C.), pp. 88-89.

341. *Centre pédiatrique Château Pierrefonds Inc. c. P.G. du Québec*, *supra*, note 236, pp. 696-697.

qu'une enquête préalable a été conduite sur l'opportunité de procéder à la révocation. Cette dernière hypothèse se rapporte à la seconde démarche qui intéresse la présence d'un régime institutionnel particulier et qui débouche sur la construction d'un cadre analytique par le juge.

Deuxièmement, donc, la question des idées préconçues et des comportements passés peut être abordée sous l'angle du régime institutionnel, créé par une loi, de la prise de décision. Cette démarche est illustrée par la solution apportée au problème des vues sommaires et de celui de la neutralité d'un organisme exerçant des fonctions composites, exposé dans un arrêt ontarien, l'affaire *W.D. Latimer*³⁴². Cette affaire concerne la compétence de l'*Ontario Securities Commission* et de ses membres pour siéger lors d'une audition intéressant la révocation d'un certificat de courtier après qu'ils eussent été associés à une enquête préalable sur l'opportunité de révoquer ce certificat. Le problème posé est le suivant : comment apprécier la crainte raisonnable de préjugé en présence d'une autorisation législative de siéger successivement comme accusateur et comme juge.

La *Divisional Court* adoptait en l'espèce un point de vue critique qui tenait compte du contexte et de la politique législative impliquée, pour opposer le respect des règles de la justice naturelle à l'efficacité de l'organisme dans l'exécution de sa mission. Cette opposition était fondée sur une approche finaliste du problème et débouchait sur un souci d'équilibrer le respect de la justice naturelle et les impératifs de l'Administration³⁴³. La cour refusait en outre d'émettre aucune directive sur la manière d'appliquer les principes connus de la justice naturelle. Deux éléments sont à retenir de ce premier jugement. D'une part, la *Divisional Court* a analysé l'application de la règle *nemo iudex* en partant de la nature des fonctions et de la mission d'intérêt public de l'organisme. Ces fonctions étaient composites : l'organisme était à la fois enquêteur, accusateur et juge. D'autre part, elle pondérait l'importance de chacune des trois fonctions pour conclure que la fonction juridictionnelle était accessoire. En fait, la Commission ne pouvait être neutre dans aucune procédure de révocation de certificat puisque la loi lui imposait de tenir une enquête préalable quand l'intérêt public l'exigeait.

L'arrêt confirmatif d'appel vint nuancer la position définie par la *Divisional Court*. La Cour d'appel réaffirma l'idée voulant qu'une application stricte de la règle *nemo iudex* doit être écartée quand l'organe de décision participe au litige en qualité de partie en raison de ses fonctions composites³⁴⁴. Mais principalement, l'arrêt précise que la question de savoir si l'obligation de suivre la règle s'impose ou ne s'impose pas dans tel ou tel

342. *Supra*, note 335.

343. *Id.*, 2 O.R. (2d), pp. 403-404.

344. *Id.*, 6 O.R. (2d), p. 137.

cas, ne doit pas être résolue sur le fondement d'une pondération de l'importance respective des fonctions, ou de l'identification de la fonction principale, puisque la loi imposait à l'organisme d'être équitable (*fair*) au sens général du mot³⁴⁵. Par ailleurs, puisque l'organisme devait mener lui-même une enquête et que celle-ci était instituée à sa propre initiative, une connaissance préliminaire des faits était implicitement autorisée³⁴⁶. L'arrêt indique donc que le juge s'en remet volontiers à l'impartialité des membres de l'organisme, à leur intégrité intellectuelle, quand la volonté du législateur l'y incite. En conséquence, la formulation de vues sommaires sur le fond d'un dossier n'entraînait pas la disqualification de certains membres au stade final de la prise de décision. En outre, l'arrêt réduisait à l'excès de juridiction les éléments susceptibles de fonder cette disqualification³⁴⁷. Et dans la mesure où l'arrêt sanctionnait la formulation de conclusions préliminaires (*preliminary judgement*), il faut admettre que la Cour a reporté sur la notion de préjugé réel, l'appréciation des conflits suscités par l'exercice de fonctions composites, sauf à déterminer l'exacte frontière qui sépare les conclusions sommaires ou préliminaires formées à la suite d'une enquête et un préjugé réel. Enfin, tout comme l'avait fait la *Divisional Court*, la Cour d'appel refusait de donner aucune directive sur la répartition des tâches entre les membres de l'organisme.

À partir des deux décisions rendues dans l'affaire *Latimer*, l'on peut entrevoir que dans la perspective d'un régime institutionnel donné imposé par la loi, les juges s'imposent d'en dégager et de respecter l'intention du législateur, c'est-à-dire, la finalité des mécanismes de décision créés. La conjugaison de cette finalité et de la nature des fonctions permet au juge de définir son cadre d'analyse et l'optique de l'exercice de son pouvoir de surveillance. L'arrêt *Latimer* offre ainsi une illustration complète de l'hypothèse d'une autorisation législative de partialité et de l'étendue du contrôle judiciaire s'y rapportant. Cette notion de « partialité autorisée » doit être définie.

3.2. L'autorisation de situations donnant lieu à crainte de préjugé

Cette question présente deux aspects généraux. Premièrement, l'autorisation doit être identifiée et, deuxièmement, ses conséquences précisées.

345. *Id.*, 6 O.R. (2d), p. 135.

346. *Id.*, 6 O.R. (2d), p. 143.

347. *Id.*, 6 O.R. (2d), pp. 140-141.

3.2.1. Les fondements de l'autorisation

Si l'on fait abstraction de la faculté de faire appel à la nécessité pour sanctionner une situation de partialité ou de préjugé, comme l'a fait une décision fédérale³⁴⁸, deux éléments sont à retenir. L'autorisation peut être tirée de l'analyse des fonctions et des qualités des personnes concernées, ou bien elle peut être tirée de l'interprétation des textes pertinents.

3.2.1.1. La nature des fonctions et les qualités du décideur

L'analyse des qualités du décideur peut conduire à conclure que la crainte de préjugé résulte d'une politique législative même. C'est le cas de la politique qui consiste à nommer des spécialistes membres d'un tribunal spécialisé. En Ontario, une première décision a montré comment la question était ainsi réglée, alors qu'une autre avait évité de l'envisager³⁴⁹. Ce rattachement du préjugé à la volonté de la loi a également été opéré en droit fédéral³⁵⁰.

L'analyse des fonctions d'un organisme conduit, quant à elle, à faire application implicitement de la notion de préjugé inhérent (*built-in bias*). Un exemple ontarien se rapporte ainsi à la position du sous-ministre qui doit décider qu'une faute a pu être commise avant que de décider la tenue d'une enquête interne préalable à une procédure de congédiement³⁵¹.

3.2.1.2. L'interprétation de textes législatifs ou réglementaires

L'interprétation des textes constitue le mode privilégié de l'identification de l'autorisation. Trois systèmes ont ainsi été définis que l'on retrouve dans les trois juridictions.

Un premier système, relevé en droit fédéral, consiste à affirmer qu'en l'absence de restriction législative relative aux qualités des membres d'un organisme, leur partialité résulte de leur seule nomination³⁵². Ce premier système fait bon marché du problème, en particulier il n'articule aucune perception de la nature institutionnelle de la « partialité autorisée ».

348. Voir : *Caccamo c. M.M.I.*, *supra*, note 276, pp. 373, 375.

349. *Re Marques and Dylex*, *supra*, note 321 ; mais la question a été évitée dans *Re Moskalyk-Walker and College of Pharmacy*, *supra*, note 316.

350. Voir : *Administration du pilotage du Pacifique c. Alaska Trainship Corp.*, *supra*, note 39, p. 81, inf. [1978] 1 C.F. 411.

351. *Re Dick and Attorney General for Ontario*, *supra*, note 29.

352. Voir : *Administration du pilotage du Pacifique c. Alaska Trainship Corp.*, *supra*, note 39, p. 81.

Un second système, relevé dans les trois juridictions, consiste à affirmer que la partialité résulte d'une situation permise par la loi³⁵³ ou qui n'est pas interdite par la loi³⁵⁴. D'après les exemples relevés, ce système n'exclut pas une censure judiciaire de la partialité. Un exemple fédéral montre que le juge s'est incliné devant la volonté législative, mais ce fut en soulignant que la loi offrait des garanties de protection adéquates contre la prise d'une décision arbitraire³⁵⁵. Les exemples ontarien et québécois montrent que la censure peut être totale et que le juge ne s'arrêtera pas au fait que la partialité n'est pas interdite par la loi. Ainsi l'exemple québécois indique que le juge se réserve de décider, quand une loi n'interdit pas de nommer une même personne à des fonctions d'enquêteur et d'administrateur, que les circonstances rendent ce cumul inacceptable et les fonctions incompatibles du point de vue du respect de la règle *nemo judex*³⁵⁶. L'exemple ontarien montre, quant à lui, que lorsque le juge conclut que la loi n'interdit pas de siéger lors de deux instances mettant en cause le même prévenu mais dont l'objet est différent, son interprétation du texte ne lui interdit pas de reporter sa censure sur l'attitude mentale ou le comportement de la personne visée à l'égard de ce prévenu³⁵⁷. Le second système, fondé sur l'absence d'interdiction d'une situation donnant lieu à crainte de préjugé, accorde donc au juge, qui en décide, une très large marge d'appréciation et il permet à celui-ci d'intervenir.

Le troisième système, également relevé dans les trois juridictions, est axé sur la question de savoir si la partialité est imposée par les textes, et non plus seulement permise ou non interdite, comme dans le second système. L'étude des solutions apportées par les juges laisse apparaître une appréhension judiciaire nuancée de la volonté du législateur. En effet, dans certains cas, le caractère obligé ou autorisé du conflit opposant la règle *nemo judex* et l'exercice d'une fonction, est tiré de l'économie de la structure du processus de décision. Cet appel à l'économie des formes institutionnelles renvoie à l'idée de nécessité ou d'implication, notamment en droit ontarien et en droit

353. *Marchak c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 C.F. 3, pp. 7-8 (hypothèse de la décision rendue sur une demande de permission d'appeler par le président de l'organisme qui a lui-même siégé lors de la prise de décision).

354. *Re French and L.S.U.C. (No 2)*, *supra*, note 293, 8 O.R. (2d), p. 193 (C.A.); *Centre pédiatrique Château Pierrefonds Inc. c. P.G. du Québec*, *supra*, note 236, p. 695.

355. *Marchak c. Procureur général du Canada*, *supra*, note 353: le juge a noté que la loi définissait des critères applicables à la prise de décision en cause, ce qui excluait qu'une décision arbitraire fût rendue, et qu'elle imposait une obligation de motiver (p. 8). Implicitement, le juge se réservait ainsi la possibilité de censurer la décision en se plaçant dans une optique autre.

356. *Centre pédiatrique Château Pierrefonds Inc. c. P.G. du Québec*, *supra*, note 236, pp. 695, 696.

357. *Re French and L.S.U.C. (No 2)*, *supra*, note 283, 8 O.R. (2d), p. 200 (C.A.).

fédéral³⁵⁸. Dans d'autres cas, le caractère obligé de la violation de la règle est tiré d'un énoncé clair, *expressis verbis*, du texte pertinent. Le juge relève, en conséquence, le caractère exprès de l'autorisation, comme l'illustrent plusieurs décisions ontariennes et québécoises³⁵⁹.

Par opposition, en l'absence d'imposition expresse de la situation donnant lieu à crainte de préjugé, le juge peut refuser de sanctionner la situation litigieuse, comme le montre une décision très récente de la Cour supérieure du Québec³⁶⁰. Une simple autorisation tirée de l'absence d'interdiction ou d'une permission, ne sera pas jugée suffisante : le juge exige, selon le troisième système, que la situation de conflit soit imposée par les textes. Le troisième système paraît ainsi plus rigoureux que les deux premiers. Il incarne la tendance jurisprudentielle dominante.

3.2.2. Les conséquences de l'autorisation

L'autorisation d'une situation donnant lieu à crainte de préjugé entraîne deux ordres de conséquences, dès lors qu'elle est établie par le juge.

358. Voir : *Re Dick and Attorney General for Ontario*, *supra*, note 29; comp. *Re Moskalyk-Walker and College of Pharmacy*, *supra*, note 316, où la question du préjugé inhérent au schéma institutionnel de la discipline professionnelle n'a pas été posée. Voir aussi : *Burnbrae Farms Ltd c. Office canadien de commercialisation des œufs*, *supra*, note 138, pp. 228-229; *Gray c. Office canadien de commercialisation des œufs*, *supra*, note 186; *Administration du pilotage du Pacifique c. Alaska Trainship Corp.*, *supra*, note 39, pp. 81-82, inf. [1978] 1 C.F. 411, p. 431 (à propos d'un conflit d'intérêt tiré de l'exercice d'une compétence réglementaire); sur la mise en œuvre de la notion d'implication : *Re W.D. Latimer Co. Ltd and Attorney General for Ontario*, *supra*, note 335, 6 O.R. (2d), p. 137 (C.A.).

359. Voir : *Re Retmar Niagara Peninsula Developments Ltd and Farm Products Marketing Board of Ontario*, (1975) 8 O.R. (2d) 549 (D.C.), p. 561 (cas d'un règlement imposant la nomination de producteurs à un « Chicken Board » arbitrant l'attribution de quotas de production); *Re W.D. Latimer Co. Ltd and A.G. for Ontario*, *supra*, note 335, 6 O.R. (2d), p. 137 (C.A.); *Re Mady and Royal College of Dental Surgeons*, *supra*, note 104, pp. 421-422 (cas de l'officier chargé par la loi de transmettre une plainte et qui siège lors de l'audition de la plainte); *Re Centurion Investigation Ltd and Villemaire*, (1979) 23 O.R. (2d) 371 (D.C.), p. 372 (cas de l'exercice de fonctions composites d'enquêteur, d'administrateur et de « juge »); *Re Evans and Milton*, (1979) 24 O.R. (2d) 181, pp. 181-219 (D.C.), 219-228 (C.A.) (cas du coroner qui doit rapporter des conclusions préliminaires sur la tenue d'une enquête et tenir celle-ci); *Bécharde c. Roy et le Collège des médecins et chirurgiens de la province de Québec*, *supra*, note 289 (cas du président de l'ordre professionnel chargé par la loi de remplir l'office de secrétaire d'un comité d'appel et d'être présent aux délibérations de celui-ci); comparer : *Byer c. Barreau du Québec*, [1976] C.S. 1020 (cas du syndic du Barreau qui est chargé par la loi de porter les plaintes, mais qui ne participe ni n'assiste aux délibérations du comité de discipline); *Messier c. Commission de police du Québec*, *supra*, note 327 (cas de l'organisme chargé par la loi de statuer en appel de sa propre décision).

360. *Clément c. Commission de police du Québec*, [1981] C.S. 698, p. 700.

Premièrement, le contrôle de la violation de la règle *nemo iudex* est reporté sur l'appréciation d'un préjugé réel. Deux exemples ontariens et un exemple fédéral illustrent ce report³⁶¹.

Deuxièmement, le problème de l'identification de l'autorisation permet, à la lecture des décisions, de saisir la sensibilité du juge à la particularité de chacun des modèles institutionnels créés par le législateur. D'une part, l'on peut identifier une première tendance des juges à s'incliner devant la volonté législative d'autoriser expressément une situation donnant lieu à crainte de partialité ou de préjugé³⁶². Dans les autres hypothèses, le pouvoir judiciaire d'appréciation demeure entier, comme nous l'avons vu à propos des deux premiers systèmes d'interprétation des textes³⁶³. Ce pouvoir demeure également entier quand l'identification est tirée de la nature des fonctions et des qualités du décideur.

D'autre part, les exemples pris de chacune des trois juridictions indiquent que dans les cas où le conflit est permis ou bien imposé, le juge demeure foncièrement préoccupé par le degré de protection offert à l'administré. Aussi peut-il énumérer les éléments qui assurent, à ses yeux, un tempérament de la solution qu'il tire des textes. Ces éléments peuvent être un énoncé des critères de décision et une obligation de motiver³⁶⁴, ou la présence d'un droit d'appel³⁶⁵. Une décision québécoise permet de juger de l'importance attachée à ces éléments, car l'absence de tempérament sous la forme d'un appel, par exemple, peut conduire le juge à écarter une interprétation de la loi qui favorise l'autorisation du préjugé³⁶⁶.

Finalement, une place doit être faite au rapprochement de la règle *nemo iudex* et de son contenu, d'autres notions du droit administratif : la règle *audi alteram partem*, le principe d'équité procédurale, la poursuite de fins impropres et la mauvaise foi.

361. *Re Dick and Attorney General for Ontario*, *supra*, note 29, p. 321 ; *Re W.D. Latimer Co. Ltd and Attorney General for Ontario*, *supra*, note 335, 6 O.R. (2d), p. 140 (C.A.) ; *Burnbrae Farms Ltd c. Office canadien de commercialisation des œufs*, *supra*, note 138, p. 229.

362. Voir : *Re W.D. Latimer Co. Ltd and A.G. for Ontario*, *supra*, note 335, 6 O.R. (2d), p. 137 (C.A.) ; *Bécharde c. Roy et le Collège des médecins et chirurgiens de la province de Québec*, *supra*, note 289 ; *Messier c. C.P.Q.*, *supra*, note 327, p. 15 ; *Re Centurion Investigation Ltd and Villemaire*, *supra*, note 359, p. 372.

363. La possession d'un très large pouvoir d'appréciation n'exclut pas que le juge s'incline devant la volonté du législateur, en occultant le problème de savoir si la partialité est imposée ou non : voir *supra*, note 352, à propos du premier système d'interprétation. Par ailleurs, ce peut être la question de savoir si le problème doit être envisagé, qui est évitée : *Re Moskalyk-Walker and College of Pharmacy*, *supra*, note 316, et *supra*, note 358.

364. *Marchak c. Procureur général du Canada*, *supra*, note 353, p. 8.

365. *Re Centurion Investigation Ltd and Villemaire*, *supra*, note 359, p. 372.

366. *Clément c. Commission de police du Québec*, *supra*, note 360, p. 701.

3.3. Les rapports de la règle et de notions autres de droit administratif

3.3.1. Règle *nemo judex* et règle *audi alteram partem*

Peut-on envisager que la violation de la règle *audi alteram partem* constitue en soi un motif de violation de la règle *nemo judex*?

Comme l'illustre une espèce ontarienne³⁶⁷, si les deux règles doivent en théorie être appréhendées en tant qu'objets autonomes, des points de contact peuvent toutefois être identifiés entre elles qui soulignent le caractère indissociable des éléments de forme et de fond dans la compréhension de leur mise en œuvre au sein des processus administratifs. Ainsi la *Divisional Court* jugeait-elle qu'un coroner fait preuve d'apparence de préjugé quand il informe par téléphone une personne qu'il lui refusera, ainsi qu'à d'autres, de leur accorder la qualité de partie à une enquête, alors qu'il devait les entendre lors d'auditions formelles afin de décider s'ils possédaient l'intérêt suffisant pour être reconnu en tant que partie³⁶⁸. La violation de la règle *audi alteram partem*, tirée de ce que les formes n'avaient pas été suivies, avait conduit le coroner à formuler des conclusions défavorables au requérant sur le seul contenu de la conversation téléphonique. Il avait ainsi abordé la question à décider, lors des auditions formelles, avec des idées préconçues³⁶⁹.

Une décision québécoise propose une solution analogue : avoir rencontré de manière informelle les membres d'associations de producteurs de lait, avant la tenue d'auditions portant sur la suspension de plans conjoints, justifiait le président d'une régie de se récuser par la suite³⁷⁰.

Les deux exemples cités permettent d'identifier un premier point de contact entre les deux règles : le respect des formes procédurales qui sous-tend le droit d'être entendu.

Un second point de contact se rapporte au maintien du caractère contradictoire d'une procédure. Deux espèces, l'une fédérale, l'autre québécoise, portant sur l'interrogatoire d'une partie ou le fait de communiquer avec elle en l'absence de la partie adverse, démontrent qu'une violation de la

367. *Re Brown and Patterson*, (1974) 6 O.R. (2d) 441 (D.C.).

368. *Id.*, p. 446.

369. Sur le respect des formes procédurales, notamment en ce qui concerne la tenue d'une audition *in camera*, voir : *Re Thompson and Lambdon County Board of Education (N° 2)*, [1973] 1 O.R. 766 (D.C.), où le fait que le président d'un *board of reference* ait permis au directeur d'une commission scolaire de demeurer dans la salle d'audience pendant le témoignage de professeurs, fut considéré constituer une violation de l'impartialité des débats.

370. *Fédération des producteurs de lait du Québec c. Régie des marchés agricoles du Québec*, *supra*, note 272, p. 189.

règle *nemo judex* peut être écartée si la violation de la règle *audi alteram partem* a été corrigée par l'organisme. Cette correction résultera de la communication du dossier à l'autre partie et de la possibilité qui lui est donnée de présenter une réponse³⁷¹. Inversement, en l'absence de réponse, le juge censurera la décision administrative prise si le défaut de contradiction a exercé une influence directe sur le contenu de la décision³⁷². Dans les deux cas, le juge considère, fort judicieusement, que le caractère contradictoire d'un débat ou d'une audition a pour but d'éclairer le décideur, et qu'entendre une seule partie équivaut à préjuger de la valeur des arguments de la partie adverse.

Un troisième point de contact entre les deux règles concerne la conduite de l'audition, la mise en œuvre effective, d'un point de vue pratique, du droit d'être entendu. Il est identifié en matière de preuve, principalement³⁷³. Le droit ontarien fait ressortir que le juge s'intéresse à la nature des questions posées³⁷⁴ ou à leur caractère tendancieux³⁷⁵. Une décision québécoise traite du problème des restrictions apportées par l'organisme au rapport de la preuve, dans l'exemple suivant. Si un avocat tire des remarques faites par un juge inférieur ou un décideur en général, qu'il a convaincu celui-ci du bien-fondé de ses prétentions et s'abstient en conséquence de poursuivre le rapport de sa preuve, l'on ne peut en déduire que la personne qui a entendu celle-ci, a préjugé le fond du problème ou du litige en interrompant le rapport des preuves de manière irrégulière. Cette proposition nécessite cependant que le juge apprécie la portée des remarques litigieuses³⁷⁶. Le juge veille également, selon un exemple ontarien, à ce que le fardeau de la preuve ne soit pas renversé par les interventions de membres d'un organe collégial, ou à ce que des témoignages ne soient pas contestés par des interruptions fréquentes³⁷⁷. Enfin, la mise en œuvre du droit d'être entendu intéresse la légalité de la preuve rapportée. Un tribunal peut recourir à sa propre expertise³⁷⁸, mais il ne saurait entendre des témoins non assermentés après

371. *La Reine c. Gunn*, *supra*, note 80, p. 128 (*quo warranto*).

372. *Bornais c. Roy*, [1976] R.D.T. 591 (C.S.), p. 592.

373. Voir *supra* 3.1.2.1., à propos du ton adopté pour poser des questions ou de l'attitude de membres d'une formation, qui constituent des éléments de l'appréciation de la crainte raisonnable de préjugé.

374. *Re Deep and College of Physicians and Surgeons of Ontario*, *supra*, note 295, p. 437.

375. *Re Bernstein and College of Physicians and Surgeons of Ontario*, *supra*, note 311, pp. 479-480.

376. *Fortin c. Circo Craft Inc. et Tribunal du travail*, *supra*, note 298, pp. 5-6 (notes de M. le juge Montgomery).

377. *Re Golomb and College of Physicians and Surgeons of Ontario*, *supra*, note 108; *Re Reid and Wigle*, *supra*, note 282, p. 643.

378. *Blagdon c. Commission de la fonction publique*, *supra*, note 231.

avoir décidé *motu proprio* de réouvrir l'enquête et fonder sa décision sur cette preuve illégale³⁷⁹.

Un quatrième point de contact se rapporte, sur le fond d'une décision, à la prise en considération d'une politique, de principes directeurs ou d'une décision antérieure. En Ontario, un cas flagrant de préjugé résultant de l'application d'une première décision à la solution d'une seconde affaire, a été censuré dans les circonstances suivantes³⁸⁰. Le président d'un tribunal administratif avait recommandé aux détenteurs d'un permis dont la suspension définitive venait d'être prononcée, de vendre leur établissement, tout en précisant qu'à défaut de ce faire, une étude serait entreprise pour juger de l'opportunité de renouveler ou de ne pas renouveler le permis. La *High Court* ontarienne jugea que cette recommandation équivalait à une décision préliminaire de non-renouvellement et que le refus de renouveler, prononcé lors de l'instruction ultérieure d'une demande de renouvellement du permis, avait été largement préjugé avant la tenue de l'audition³⁸¹. En plus de cet exemple, d'autres espèces prises dans les trois systèmes juridiques indiquent que les juges retiennent le critérium du caractère intangible des conclusions ou des conséquences de l'application qui est faite d'une politique, de principes directeurs ou d'une décision antérieure, pour apprécier la présence de préjugé. Il s'agit ainsi de savoir si un organisme a tenu compte de circonstances particulières pour écarter l'application rigide d'une politique³⁸². Le problème soulevé renvoie donc directement, d'une part, à l'utilité de la participation de l'administré à un processus de décision en vue d'avancer un point de vue, et d'autre part, au caractère formé ou définitif de la décision impliquée, en ce sens qu'une volonté doit avoir été exprimée pour considérer qu'une décision a été arrêtée, au sens matériel du terme³⁸³. Sur ce

379. *Vapor Canada Ltd c. Brière*, J.E. 80-929 (C.S., 21 octobre 1980).

380. *Re Di Nardo and Liquor Licence Board of Ontario*, (1974) 5 O.R. (2d) 124 (H.C.).

381. *Id.*, pp. 134-135. L'on peut se demander, par ailleurs, si l'élément de « préjugé » relevé dans l'espèce *Di Nardo* ne peut pas être rattaché à la catégorie des considérations non pertinentes dans l'exercice d'une discrétion, ou à celle de la « discrétion liée », tout autant qu'à une violation de la règle *nemo judex*.

382. Voir : *In Re North Coast Air Services Ltd*, *supra*, note 18, pp. 406 (J. Jackett) et 415, 418 (J. Walsh); dans le même sens : *In Re Capital Cities Communications Inc.*, [1975] C.F. 18, pp. 26-28; *Fédération des producteurs de lait du Québec c. Régie des marchés agricoles du Québec*, *supra*, note 272, p. 185; *Re City of Toronto and Carpenters' District Council of Toronto and Vicinity*, (1980) 27 O.R. (2d) 673 (D.C.), pp. 674-675.

383. *Fédération des producteurs de lait du Québec c. Régie des marchés agricoles du Québec*, *supra*, note 272; *Re W.D. Latimer Co. Ltd and A.G. for Ontario*, *supra*, note 335, sur la distinction posée entre une connaissance préliminaire de certains faits et l'articulation d'une conclusion tirée de ces faits.

383. *Fédération des producteurs de lait du Québec c. Régie des marchés agricoles du Québec*, *supra*, note 272; *Re W.D. Latimer Co. Ltd*, *supra*, note 335, où la dissidence posée entre une connaissance préliminaire des faits et l'articulation d'une conclusion sur ces faits.

dernier aspect, la jurisprudence contribue à la compréhension de l'action administrative.

En dernier lieu, le respect de la règle *audi alteram partem* est relié à l'absence de partialité ou de crainte raisonnable de partialité sur un point mineur. La Cour d'appel de l'Ontario a en effet censuré au nom du respect de la règle d'impartialité, une pratique consistant à ce que le procureur d'un organisme rédige les décisions de celui-ci en matière disciplinaire³⁸⁴. Dans ce cas, l'irrégularité réside en une violation du principe voulant que l'égalité des parties soit maintenue et que l'une d'elle ne peut faire valoir ses moyens en l'absence de l'autre, par crainte de déséquilibrer la présentation formelle des points de vue indépendamment de leur valeur intrinsèque.

En conclusion, la vigilance exercée par les juges en matière de respect de la règle *audi alteram partem* débouche sur le résultat remarquable suivant qu'illustre une décision ontarienne. Si cette règle impose que soient posées les seules questions pertinentes eu égard à l'objet d'un dossier dans le cadre d'un processus donné, la *Divisional Court* a montré qu'elle est prête à imposer aux organes de décision une obligation de prouver qu'ils n'ont tenu compte que des seules considérations pertinentes et qu'ils ont évité toute question suspecte³⁸⁵. L'obligation d'impartialité rejaillit ainsi au plan formel de la procédure et il ne faut pas s'en étonner, principalement en matière disciplinaire. En effet, toute allégation doit être prouvée dans les limites des plaintes entendues. Aussi la *Divisional Court* peut-elle imposer aux organismes disciplinaires qu'ils établissent, à la lecture du dossier et de leur décision, qu'ils n'ont pas tenu compte d'éléments non pertinents. Cette obligation nouvelle de motiver, qui dépasse très largement, selon l'espèce *Tse* précitée³⁸⁶, la simple abstention négative de ne pas violer la règle *nemo iudex*, est d'ordre positif. L'obligation impose à l'organe de décision qu'il démontre lui-même, par sa conduite du processus de décision et par la qualité de la motivation de ses décisions, qu'une apparence de justice a présidé au déroulement de ce processus, sans équivoque. Tel est le résultat remarquable, à notre avis, de l'interpénétration des deux règles de la justice naturelle, dont le caractère indissociable doit être affirmé afin de donner une unité à la censure de la prise de décision administrative. Le droit ontarien indique que le contrôle judiciaire tient éminemment de cette interpénétration. Dans cette optique, il importe de souligner la place qu'occupe au premier chef, le respect des formes de participation dérivées de la règle *audi alteram partem*. Aussi le devoir d'impartialité peut-il influencer en retour sur le respect du devoir d'entendre. Par exemple, des témoins ne doivent pas être exposés à la

384. *Re Sawyer and Ontario Racing Commission*, (1979) 24 O.R. (2d) 673 (C.A.).

385. *Re Tse and College of Physicians and Surgeons*, (1979) 24 O.R. (2d) 649 (D.C.).

386. *Id.*, pp. 655, 657.

présence d'un supérieur hiérarchique quand leur témoignage peut en souffrir³⁸⁷.

3.3.2. Règle *nemo iudex* et équité procédurale

Le problème soulevé par ce rapprochement est le suivant. Si la notion de préjugé réel est retenue dans l'hypothèse de l'exercice d'une fonction « administrative », il reste à savoir si la notion de crainte raisonnable de préjugé pourrait l'être également en prenant appui sur le principe d'équité procédurale. L'intérêt d'une telle question semble devoir se concrétiser au cas où un organisme exerçant des fonctions « administratives » aurait en sa possession, par exemple, des éléments d'information réunis à la suite d'une enquête qu'il aurait lui-même menée. Devra-t-il les communiquer à l'administré en vertu du principe d'équité procédurale? Deuxièmement, si la réponse à la question précédente est positive, le refus de les communiquer emporterait-il une crainte raisonnable de préjugé? Cette seconde question exige d'en définir la problématique et de rechercher des éléments de réponse.

La situation d'un tribunal administratif exerçant une fonction « quasi judiciaire » fournit un point de départ. Comme le montre l'arrêt de la Cour d'appel ontarienne dans l'affaire *Latimer*³⁸⁸, le problème de la crainte raisonnable de partialité est abordé en recherchant la possibilité que l'organisme ait préjugé du dossier en formant des conclusions préliminaires à la lecture de son rapport d'enquête. Une distinction était posée entre l'impartialité (problème de fond) et le respect de la règle *audi alteram partem* (problème de forme). Ce second problème, l'arrêt l'a traité à partir de la notion large d'équité³⁸⁹. Cette démarche consista à partir, en ce qui concerne le choix des formes procédurales à suivre et à dériver de la justice naturelle, d'une notion globale qui renferme un spectre de formes dont les deux extrêmes seraient, d'un côté, l'audition formelle de type « judiciaire » correspondant au degré maximal de formalisme, et de l'autre côté, la possibilité de faire des représentations correspondant au degré minimal de formalisme. Ce degré minimal traduit le *duty to act fairly* défini par la Cour suprême et attaché à l'exercice de fonctions « administratives ». Accepter

387. Sur le respect de la forme *in camera* d'une audition, voir : *Re Thompson and Lambdon County Board of Education (N° 2)*, *supra*, note 369 ; sur le caractère inacceptable du cumul de fonctions d'enquêteur et d'administrateur, voir : *Centre pédiatrique Château Pierrefonds Inc. c. P.G. du Québec*, *supra*, note 236, p. 696, où le juge a souligné qu'un employé peut difficilement faire abstraction de ses rapports avec l'administrateur lorsqu'il témoigne devant l'enquêteur, indépendamment de la question de savoir si l'enquêteur peut faire abstraction des faits dont il prendra connaissance en tant qu'administrateur.

388. *Supra*, note 335.

389. *Id.*, 6 O.R. (2d), où M. le juge Dubin traite de « fair hearing » (p. 136) et de « proceedings which are fair » (p. 137).

qu'un spectre de formes variées soit renfermé dans la notion d'équité globale, conduit à rejeter le cloisonnement du devoir d'agir « judiciairement » par rapport à celui d'agir équitablement³⁹⁰. Cette proposition heurte la solution traditionnelle qui consiste à rattacher à la règle *audi alteram partem*, l'obligation de communiquer à l'administré le dossier et toute l'information pertinente, afin de permettre à celui-ci de corriger ou de réfuter cette information. Ce type de rattachement a été opéré par la Cour d'appel de l'Ontario dans son arrêt *Re Downing*³⁹¹. Dans cette espèce, elle énonça en effet qu'un décideur doit communiquer à l'administré tous les faits pertinents réunis par lui lors d'une enquête et qui seront pris en considération pour formuler une décision.

Par comparaison, la position qui consiste à évacuer la caractérisation des fonctions pour ne retenir que la mise en œuvre de la notion d'équité globale, aboutit au même résultat. Il suffit de penser que l'équité procédurale n'impose pas nécessairement la tenue d'une audition formelle, par voie d'automatisme, mais que, selon les circonstances, l'occasion de corriger ou de contredire un rapport d'enquête devra être offerte à l'administré en l'informant du contenu du rapport³⁹². La communication du contenu d'un rapport d'enquête peut dès lors satisfaire au devoir d'équité procédurale, comme elle le ferait à la justice naturelle, dans la mesure où elle remplit une obligation minimale de l'action administrative, que cette obligation soit dérivée du *duty to act fairly* défini par l'arrêt *Nicholson*, ou qu'elle incarne l'une des formes minimales de l'équité globale. L'aspect fondamental que fait ressortir la recherche du fondement possible de l'obligation, est qu'elle réintroduit la question de la finalité des obligations d'ordre formel par rapport au fond des décisions. Quand des faits sont destinés à fonder une décision, l'obligation de les communiquer revient, en effet, à traiter le problème de la forme procédurale comme une question de fond, en raison de la finalité du droit d'être entendu ou de celle du devoir d'équité procédurale. En outre, le problème se trouve également posé au plan de la règle d'impartialité, sans doute de manière implicite, car l'obligation de communiquer ne peut se justifier, par delà la pure contemplation des formes, que par référence à une crainte raisonnable de préjugé, c'est-à-dire, par référence aux apparences, comme dans le cas de la justice naturelle. Il y a à cela une raison déterminante, à notre avis. Cette raison est que la bonne foi du décideur doit être présumée.

Replacée dans l'optique d'une crainte raisonnable de préjugé, l'obligation de communiquer, fondée sur l'équité procédurale, permet alors de

390. Voir, dans *Re Downing and Graydon*, *supra*, note 73, 21 O.R. (2d), la position minoritaire de M. le juge Lacourcière, p. 298.

391. *Id.*, voir la position majoritaire exprimée par M. le juge Blair, pp. 305, 310 et 311.

392. *Id.*, voir la position de M. le juge Lacourcière, p. 298.

rééquilibrer les points de vue, tandis que son absence entraînerait un déséquilibre qui jouerait au détriment de l'administré. Celui-ci n'aurait pas eu la faculté de réfuter les faits ou d'éclairer l'organe de décision³⁹³. Ainsi envisagée, une obligation d'agir avec impartialité pourrait être imposée par les juges pour que l'action administrative satisfasse à l'équité procédurale quand est exercée une fonction de type « administratif », de la même manière qu'elle s'impose en vertu de la règle *nemo iudex* à l'exercice de fonctions de type « judiciaire » ou « quasi judiciaire ». Cette obligation serait une obligation générale d'impartialité, et la censure de ses violations serait articulée autour de la notion de crainte raisonnable de préjugé. Cette évolution est, semble-t-il, déjà amorcée.

Comme le laissait entrevoir la Cour d'appel de l'Ontario dans son arrêt *Downing* et comme elle l'a affirmé par la suite dans son arrêt *Webb*³⁹⁴, la finalité de la notion « nouvelle » d'équité procédurale (au sens de l'arrêt *Nicholson*) est de protéger l'administré en évitant la prise de décisions arbitraires par l'administration³⁹⁵. La tendance nouvelle de la jurisprudence ontarienne³⁹⁶ à faire un appel plus fréquent à la notion d'équité globale, empruntée au droit anglais, porte en elle-même la solution qui consiste à imposer un devoir d'impartialité apparente aux organismes administratifs et aux décideurs. Une décision récente de la *Divisional Court*, approuvée en appel, énonçait que l'équité procédurale minimale pouvait inclure, selon les circonstances, le respect des règles de la justice naturelle, en totalité ou en partie³⁹⁷. Cet effacement du cloisonnement artificiel des règles de la justice naturelle et de l'équité procédurale, doublé d'un effacement simultané de la nécessité de caractériser les fonctions, laisse croire que l'évolution de la jurisprudence conduit, du moins en Ontario, à faire application de la notion de crainte raisonnable de préjugé à l'exercice d'une fonction de type « administratif », alors que la solution traditionnelle veut que l'on recherchât l'existence d'un préjugé réel, au demeurant difficile à établir³⁹⁸.

393. *Supra*, 3.3.1. et *Re Sawyer and Ontario Racing Commission, supra*, note 384.

394. *Re Webb and Ontario Housing Corporation, supra*, note 238, 22 O.R. (2d) (C.A.).

395. *Re Webb and Ontario Housing Corporation, supra*, note 238, 22 O.R. (2d) (C.A.), p. 265 ; *Re Downing and Graydon, supra*, note 73, 21 O.R. (2d) (C.A.), p. 307 (J. Blair, position majoritaire).

396. *Re W.D. Latimer Co. Ltd, supra*, note 335, p. 136 (C.A.) ; *Re Downing and Graydon, supra*, note 73, 21 O.R. (2d) p. 298 (J. Lacourcière, diss.)

397. *Re Abel and Director, Penetanguishene Mental Health Centre, supra*, note 17, 24 O.R. (2d), p. 297 (D.C.), conf. par (1981) 31 O.R. (2d) 520 (C.A.).

398. Cette solution n'est pas totalement nouvelle. En effet, le contrôle judiciaire d'un préjugé réel peut emprunter les notions de finalité impropre ou de mauvaise foi pour juger du comportement antérieur de l'auteur de l'acte, voir *supra*, 2.2.2. et *Re Nanticoke Ratepayers Association and Environmental Assesment Board, supra*, note 273. La bonne foi a aussi été associée, en droit ontarien, à l'impartialité : *Re Casullo and College of Physicians and Surgeons of Ontario, supra*, note 294. Par ailleurs, une décision fédérale semble admettre

Conclusion

L'analyse de la jurisprudence relative à la mise en œuvre de la règle *audi alteram partem* fait ressortir que le contrôle judiciaire conduit à préciser le double objet de la finalité de son respect. L'administré doit, d'un côté, pouvoir faire valoir ses moyens, et il doit, de l'autre, pouvoir contribuer à l'exercice adéquat de pouvoirs de décision. En raison de ce double objet, l'observation de la règle ne peut pas être exclusivement associée à la protection passive des droits ou des intérêts de l'administré. La jurisprudence rend également compte de la position des organes de décision et du rôle qu'ils jouent au sein des processus. Cette opération est facilitée par l'adoption de deux optiques sous l'angle desquelles le juge se place afin d'apprécier telle ou telle situation : celle de la position de l'administré face à l'organe de décision, et celle de la position de l'organe au sein du processus décisionnel. Cette double perspective permet notamment de mieux circonscrire la préoccupation judiciaire de préserver l'intégrité de la participation de l'administré au processus, par rapport à sa double finalité. Les processus de décision sont perçus par les juges dans leur totalité, ils apparaissent ainsi comme des structures complexes d'interaction entre des acteurs au nombre desquels figurent les organes de décision eux-mêmes. D'un point de vue général, il nous paraît que l'élément de finalité attaché à l'observation de la règle *audi alteram partem* permet, par delà la variété des solutions pratiques immédiates, de concevoir une possible intégration de ces solutions jurisprudentielles dans un cadre d'ensemble.

Cette proposition vaut également pour le principe de l'équité procédurale. En effet, si le problème des formes de l'équité et la définition des conditions préalables à leur observation reflètent une situation incertaine et mouvante à l'heure actuelle, le principe d'équité doit, dans son objet et sa finalité, être rapproché de la règle *audi alteram partem* et du devoir d'entendre.

En ce qui concerne la règle d'impartialité, le contrôle judiciaire privilégie les apparences et la protection de l'administré, même si le juge doit parfois s'incliner devant la volonté du législateur en matière de « préjugé autorisé », encore que le recours à l'interprétation des textes lui offre une possibilité de préserver l'exercice de son pouvoir de contrôle. En outre, la mise en œuvre de la règle d'impartialité démontre que le juge sait situer l'exercice de son contrôle à l'intérieur d'un cadre analytique précis et tenir compte de celui-ci,

que le juge puisse scruter les buts d'un acte (en l'espèce, un règlement) à titre supplétif, à défaut de pouvoir scruter la partialité de cet acte quand on est en présence d'un pouvoir de nature non « quasi judiciaire » : *Administration du pilotage du Pacifique c. Alaska Trainship Corp.*, *supra*, note 39, p. 82.

quand la partialité doit être rapportée à un modèle institutionnel défini. De ce point de vue, le contrôle judiciaire rend également compte de la nature complexe des structures de décision. D'un point de vue global, et sans vouloir réduire l'importance des solutions pratiques données par les décisions et les arrêts, le contrôle étudié montre que le juge appréhende de manière claire et avec une grande sensibilité à l'égard de l'action administrative, la nature des interrelations qui unissent les aspects proprement formels de la prise de décision et la légalité interne des décisions. Ces interrelations doivent certes être « inventées » à la manière d'un trésor caché, mais l'identification de la double finalité de la participation de l'administré au processus en rend compte de manière médiate. Cette « invention » des rapports complexes de la forme et du fond est facilitée par les démarches adoptées et, en particulier, par la reconnaissance de la nature complexe d'une structure de prise de décision. L'apport effectué par le contrôle judiciaire de la mise en œuvre des règles de la justice naturelle et de l'équité procédurale, nous paraît, à cet égard, fondamental, et l'effort de construction théorique qu'il invite et encourage, doit, en dernière analyse, conduire à rapprocher l'analyse juridique de la compréhension des processus de décision empruntée à d'autres disciplines.

Des obstacles demeurent posés à l'effort d'intégration des solutions et des principes jurisprudentiels appelé par l'interpénétration des règles qui encadrent la prise de décision administrative, que ce soit celles de la justice naturelle ou de l'équité procédurale. L'analyse doit en effet tenir compte à la fois de l'héritage de la common law et des éléments structurels du contrôle judiciaire. Nous pensons notamment à la caractérisation des fonctions, aux catégories traditionnelles de fonctions, aux recours, à leurs conditions de recevabilité, et aux cas d'ouverture du contrôle judiciaire. Le contrôle judiciaire de l'action administrative renferme donc, comme l'illustre la matière des formes procédurales, des facteurs d'unité et des facteurs de fragmentation. La recherche d'une unité d'ensemble, à travers les trois systèmes, a donc dû passer par une étude des fins et de l'objet des règles, d'une part, et par celle des démarches et des optiques adoptées par les censeurs de l'Administration, d'autre part.