

La discrétion administrative et la mise en oeuvre d'une politique

William J. Atkinson

Volume 19, Number 1, 1978

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042231ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/042231ar>

[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

Atkinson, W. J. (1978). La discrétion administrative et la mise en oeuvre d'une politique. *Les Cahiers de droit*, 19(1), 187–232. <https://doi.org/10.7202/042231ar>

Article abstract

This article deals with the relationships between the exercise of administrative discretion and the implementation of a policy. Chapter I defines administrative discretion as a power to make a choice in a particular case. This choice may be technical or political but in both instances relates to the implementation of a policy. The exercise of discretion is also situated within a system under the Rule of Law using H.L.A. Hart's concepts of primary and secondary rules.

Chapter II deals with the exercise of discretion in relation to policy. First, it refers to K.C. Davis' model of confining, structuring and checking discretion. To confine discretion is to set the limits within which it should be exercised. To structure it is to define the manner by which it is to be exercised notably in opening the decision-making process. To check discretion is to subject the decision to another authority.

The next three sections of this chapter are concerned with legislative, regulatory and administrative policy. The first section studies legislative expressions of policy and their impact on the exercise of discretion. Secondly, the question of the choice between regulation and administrative discretion is analysed as is the control over that choice and the nature of regulation over it is decided to adopt it. Finally, the impact of an administrative discretion is seen when attacked by the citizen on the grounds that it fetters discretion, constitutes bias or when relied upon by the citizen. It is seen that in most cases, the administrator may structure his discretionary power in a manner respected by the courts.

La discrétion administrative et la mise en oeuvre d'une politique*

William J. ATKINSON**

This article deals with the relationships between the exercise of administrative discretion and the implementation of a policy. Chapter I defines administrative discretion as a power to make a choice in a particular case. This choice may be technical or political but in both instances relates to the implementation of a policy. The exercise of discretion is also situated within a system under the Rule of Law using H.L.A. Hart's concepts of primary and secondary rules.

Chapter II deals with the exercise of discretion in relation to policy. First, it refers to K.C. Davis' model of confining, structuring and checking discretion. To confine discretion is to set the limits within which it should be exercised. To structure it is to define the manner by which it is to be exercised notably in opening the decision-making process. To check discretion is to subject the decision to another authority.

The next three sections of this chapter are concerned with legislative, regulatory and administrative policy. The first section studies legislative expressions of policy and their impact on the exercise of discretion. Secondly, the question of the choice between regulation and administrative discretion is analysed as is the control over that choice and the nature of regulation over it is decided to adopt it. Finally, the impact of an administrative discretion is seen when attacked by the citizen on the grounds that it fetters discretion, constitutes bias or when relied upon by the citizen. It is seen that in most cases, the administrator may structure his discretionary power in a manner respected by the courts.

* Cet article est tiré de la thèse de doctorat soutenue par l'auteur au London School of Economics, en juin 1975.

** Ph.D. (Londres), avocat, Ministère de la justice du Québec.

	<i>Pages</i>
1. La notion de discrétion administrative	189
1.1. Le pouvoir discrétionnaire et la règle de droit	190
1.2. La nature du choix discrétionnaire	193
2. La mise en œuvre d'une politique	195
2.1. Le modèle de K. C. Davis	197
2.2. La discrétion et l'énoncé législatif d'une politique	200
2.2.1. L'énoncé d'une politique	201
2.2.2. La portée de l'énoncé législatif	203
2.3. La discrétion et l'énoncé réglementaire d'une politique	204
2.3.1. Le choix entre la discrétion et le règlement	206
2.3.2. Le contrôle du choix entre le règlement et la discrétion	208
2.3.3. L'exercice du pouvoir réglementaire et l'obligation de définir une norme	210
2.3.4. Le degré de précision de la norme	214
2.4. La discrétion et l'énoncé administratif d'une politique	215
2.4.1. L'élaboration d'une politique administrative	216
2.4.2. L'application de la politique est contestée	218
2.4.2.1. La politique qui lie l'exercice du pouvoir discrétionnaire	219
2.4.2.2. La politique qui constitue une abdication de l'exercice du pouvoir discrétionnaire	225
2.4.2.3. La politique, indice de partialité chez l'administrateur .	228
2.4.3. L'application de la politique est recherchée	229
Conclusion	232

Dans les démocraties industrialisées, l'Etat a multiplié les techniques qui lui permettent d'intervenir dans les affaires de la société par, entre autres, la réglementation, l'adjudication, l'enquête, l'inspection, la consultation, la taxation, la promotion, l'incitation, la prohibition et la permission. Parmi les instruments que l'administration de l'Etat s'est vue conférer à ces fins, l'exercice du pouvoir discrétionnaire administratif, dont le rôle premier est de permettre l'élaboration et la mise en œuvre d'une politique, a depuis toujours fait l'objet de commentaires animés. Afin de mieux comprendre cette réalité, nous nous proposons d'étudier la notion de discrétion et d'analyser les relations qui existent entre celle-ci et l'énoncé législatif, réglementaire et administratif d'une politique notamment à la lumière du modèle proposé par l'américain K.C. Davis¹.

1. En plus d'utiliser des sources québécoises, cet article réfère également aux sources canadiennes, américaines et britanniques, notamment à la jurisprudence canadienne et britannique qui peut trouver chez nous une application.

1. La notion de discrétion administrative

La discrétion administrative est un instrument important du gestionnaire qui élabore et met en œuvre une politique. Le pouvoir discrétionnaire qui en découle est un pouvoir établi par la loi, qui permet de prendre des décisions dans des cas spécifiques à partir d'un choix de décisions possibles. Le caractère administratif du pouvoir que nous désirons étudier implique une décision de portée individuelle :

The distinction between legislative and administrative acts is usually expressed as being a distinction between the general and the particular.²

Par ailleurs, la nature discrétionnaire de ce pouvoir implique la possibilité de choisir la décision. En permettant le choix de la décision, la discrétion s'oppose à la norme qui, au contraire, restreint les possibilités de choisir³. L'existence de la discrétion est en effet fonction de l'imprécision ou de l'indétermination de la norme. Cette distinction est illustrée par la constante opposition entre les pouvoirs discrétionnaires, d'une part, et leurs limites⁴, les critères déterminant la décision⁵ ou encore, les pouvoirs ministériels⁶, d'autre part. En résumé, la discrétion est définie en relation à sa non-existence, c'est-à-dire l'existence d'une norme :

-
2. S.A. DE SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, 3^e éd. Londres, Stevens and Sons, 1973, p. 60; voir R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif*, tome I, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974, p. 677; I.M. CHRISTIE, « The nature of the Lawyer's Role in the Administrative Process », *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto, 1971, p. 2, et A. ABEL, « The Dramatis personae of Administrative Law », (1972) 10 *Osgoode Hall L.J.* 61.
 3. E.D. FOLLICK, *The Element of Discretion Inherent in Administrative Adjudication*, Thesis, Blackstone School of Law, 1967, p. 5 : « As a Parthian shot, the legal approach to discretion leads to a definition revolving around authority not restrained by regulation. »
 4. K.C. DAVIS, *Discretionary Justice*, Baton Rouge, Louisiana State Univ. Press, 1969, p. 4 : « A public officer has discretion whenever the effective limits on his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction. » G. VEDEL, *Droit administratif*, 5^e éd., Paris, P.U.F., 1973, p. 318 : « L'Administration, au contraire, dispose d'un pouvoir discrétionnaire lorsque la loi ou les règlements lui laissent la liberté d'agir dans un sens ou dans l'autre. »
 5. R.M. DWORKIN, « The Model of Rules », (1967-68) 35 *U. of Chi. L.R.* 14, à la page 32.
 6. J.A.G. GRIFFITH et H. STREET, *Principles of Administrative Law*, 5^e éd., Londres, Pitman and Sons, 1973, p. 145 : « This is to be distinguished from other official acts in that the law prescribes the duty to be performed with such certainty as to leave nothing to the exercise of the discretion or judgment. »

Si l'on veut être positif, il faut reconnaître que l'administration n'a de pouvoir discrétionnaire que ce que lui en laisse au total le cumul des règles légales et des règles jurisprudentielles.⁷

Cette distinction logique entre les concepts de discrétion⁸ et de norme ne permet pas de saisir le rôle qu'ils jouent l'un par rapport à l'autre. Il ne faut pas s'attendre à reconnaître clairement là où l'un commence et l'autre finit. En effet, la discrétion est rarement absente d'un pouvoir de décision et sa portée est dans les faits une question de degré⁹ qui permet la mise en œuvre d'une politique dans le cadre d'un système de droit. Pour mieux en comprendre la notion, nous situerons d'abord le pouvoir discrétionnaire en égard à la règle de droit.

1.1. Le pouvoir discrétionnaire et la règle de droit

La décision administrative discrétionnaire prise en vertu des pouvoirs conférés par la loi a force légale et bénéficie du caractère coercitif de la loi. Elle détermine le droit dans un cas donné, là où la norme ne peut le faire¹⁰ et, à ce titre, elle est source de droit. Les concepts de droit et d'obligation ne permettent pas de comprendre ce processus. Toutefois, les notions de « règles primaires » et de « règles secondaires » développées par H.L.A. Hart¹¹ offrent d'intéressantes possibilités à cet égard. La règle primaire détermine ce que la personne, y inclus l'autorité publique, doit faire ou s'abstenir de faire, abstraction faite de sa volonté. La règle secondaire détermine par ailleurs que la personne peut, en disant ou effectuant certaines choses, créer de nouvelles règles primaires, les abroger, les modifier ou contrôler leur portée ou leur application. La règle secondaire détermine un pouvoir. Le pouvoir discrétionnaire est de cette nature et l'exercice de ce pouvoir détermine la règle primaire dans un cas donné¹². Par exemple, si la loi confère à l'administration le pouvoir

7. C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, D.E.S. droit public*, 1949-50, p. 140. Voir aussi R.M. DWORKIN, *loc. cit. supra* note 5, p. 32.

8. Le mot discrétion peut également être pris dans un sens qui réfère au caractère définitif d'une décision plutôt qu'à la nature des motifs à son appui. Par exemple, l'arbitre d'un match de hockey exerce une discrétion absolue ce qui ne veut pas dire qu'il lui est loisible d'appliquer les règles qu'il choisit mais plutôt que personne ne peut changer sa décision. Cf. R.M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, p. 32.

9. J. JOWELL, « The Legal Control of Administrative Discretion », (1973) *Public Law* 179.

10. R. DUSSAULT, *op. cit. supra* note 2, p. 678 : « L'Administration supplée à la loi ».

11. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 27 ss, pp. 77 ss.

12. H. KELSEN, *La théorie pure du droit*, 2^e éd. (trad. de C. Eisenmann), Paris, Dalloz, 1962, p. 316, reconnaît également ce phénomène. Pour lui, la décision discrétionnaire est partie du processus créateur de droit et fonde sa légitimité dans une norme supérieure

discrétionnaire de donner des subventions pour promouvoir l'investissement dans l'industrie, elle ne définit pas les droits et obligations d'une compagnie à cet égard ni ceux de l'administration. Bien que certaines limites soient déterminées dans la loi, le *vacuum juridique* doit être comblé, ce qui est fait par l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui détermine la loi dans chaque cas, définissant ainsi les droits et obligations de chacun.

Hart estime que la discrétion est présente dans la mesure où la norme laisse ouverture à un choix dans son application¹³. Il décrit cette caractéristique de la norme comme le niveau de « *openness of the texture of the rule* » ou ce que l'on pourrait appeler la perméabilité du langage. Hart croit que la nature du langage comporte de façon inhérente des limites aux possibilités qu'il possède de déterminer une règle¹⁴. Ces limites laissent place à une discrétion dont l'exercice représente le choix d'une décision. Toutefois, cette possibilité de choix peut également être créée s'il n'est pas possible de préciser une règle ou si cela n'était pas opportun¹⁵. La conception de Hart prend son sens dans la complémentarité des règles primaires et secondaires, la discrétion étant proportionnelle au degré de perméabilité de ces règles. La règle idéale

qui détermine ses conditions d'exercice à titre de norme inférieure. Voir aussi W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, 5^e éd., Londres, Stevens and Sons, 1967, et L. DI QUAL, *La Compétence liée*, Paris, L.G.D.J., 1964.

13. Par contre, J.C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, L.G.D.J., 1958, propose une explication du pouvoir discrétionnaire fort différente de celles généralement reçues. Il prétend que le pouvoir discrétionnaire découle, non pas des limites du langage, de l'imprécision ou de l'indétermination de la norme, mais plutôt du caractère d'entreprise de l'organisme administratif. Selon lui, toute organisation possède de façon inhérente des pouvoirs discrétionnaires pour lui permettre d'atteindre ses objectifs. Ces pouvoirs ne pourraient être limités ou touchés par le législateur ou le juge. Cette théorie ne semble pas avoir rallié beaucoup de supporteurs et a été fortement critiquée. Cf. L. DI QUAL, *op. cit. supra* note 12, p. 429, et J.C. RICCI, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1977, p. 39. Cette approche est par ailleurs incompatible avec la nature déléguée des pouvoirs de l'administration dans notre droit.
14. H.L.A. HART, *op. cit. supra* note 11, p. 123. Par exemple, le mot « véhicule » vise-t-il les avions, les bicyclettes ou les patins à roulettes ? Répondre à une telle question nécessite l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, d'un choix créé par des limites inhérentes au langage à exprimer des règles générales dont l'application ne nécessiterait aucune discrétion. Cette indétermination structurelle de la norme est qualifiée « d'indéterminisme juridique » par J.C. RICCI, *ibid.*, aux pages 40 ss.
15. Dans le premier cas, l'ignorance de certains faits empêche l'élaboration d'une norme applicable ou, dans le second cas, la norme représentait un choix relativement arbitraire alors qu'une décision discrétionnaire serait effectuée avec plus de sécurité dans chaque cas. Cf. la section 1.2.

qu'on peut imaginer comme la directive légale dont l'application ne requiert autre chose que la présence ou l'absence d'un événement, c'est-à-dire la détermination d'une question de fait, n'existe donc pas très souvent et il devient nécessaire d'exercer la discrétion inévitable dans la prise de décision individuelle¹⁶.

Les rôles distincts du juge et de l'administrateur

Dans le processus judiciaire, la détermination de l'imprécision de la règle sera effectuée par le juge qui aura alors recours à des principes et des « standards » et critères. Le principe est défini comme un « requirement of justice or fairness or some other dimension of morality »¹⁷. Le *standard* ou critère est une norme légale qui ne peut être appliquée qu'en déterminant si un fait est ou n'est pas et en évaluant la portée de la norme en relation à une expérience humaine donnée. Le juge donne un sens à la marge de discrétion implicite dans la règle juridique en ayant recours à des principes généraux ou des standards mais son objectif premier est de donner une interprétation à cette règle dans le but de permettre aux citoyens d'être en mesure de la respecter ou de la faire respecter¹⁸.

Par ailleurs, l'administrateur est lui aussi aux prises avec la nécessité de préciser le sens des règles qui ont été établies par le législateur. Toutefois, son objectif n'est pas d'interpréter la règle mais de mettre en œuvre une politique souhaitée par le législateur. Le juge s'intéresse aux normes, l'administrateur à une politique. Cette dernière représente la définition des objectifs socio-politiques visés¹⁹. En tant que telle, elle ne fait pas

16. H.M. HART et A.M. SACKS, *The legal process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (1958) (éd. provisoire), 155. Voir également R. POUND, *Jurisprudence*, vol. II, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1959, p. 124: « A legal precept attaching a definite legal consequence to a definite state of fact. » J. JOWELL, *loc. cit. supra* note 9, p. 203; J. DICKINSON, *Administrative Justice and the Supremacy of Law*, Cambridge, Howard U.P., 1927, p. 128.

17. R.M. DWORKIN, *loc. cit. supra* note 5, p. 23. Voir aussi H.M. HART, A.M. SACKS, *ibid.*, à la page 157; R.S. BELL, « Understanding the Model of Rules: Toward a Reconciliation of Dworkin and Positivism », (1971-72) 81 *Yale L.J.* 912; J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », (1971-72) 81 *Yale L.J.* 823; R.M. DWORKIN, « Legal Rules and Legal Theory », (1971-72) 81 *Yale L.J.* 855; C. TAPPER, « A note on Principles », (1971) 34 *Modern Law R.* 628.

18. H.M. HART, A.M. SACKS, *id.*; J. JOWELL, *loc. cit. supra* note 9, p. 203. Sur le rôle des tribunaux, voir P. WEILER, « Two models of judicial decision-making », (1968) 46 *R. du B. Can.* 406; C.M. MITCHELL, « The role of courts in public policy-making : a personal view », (1975) 33 *U. of Toronto L.R.*, 1.

19. H.M. HART, A.M. SACKS, *ibid.*, à la page 159.

partie du système de droit. À l'intérieur du cadre déterminé par la règle, la politique guidera l'action de l'administrateur dans l'exercice de sa discrétion. Les facteurs qui influenceront l'administrateur seront les valeurs de la société, les contingences économiques, les ressources administratives et, évidemment, les éléments législatifs et réglementaires de la politique. Ces facteurs guident l'administrateur même s'ils ne sont pas nécessairement des « règles de droit »²⁰. Le juge pour sa part ne peut y référer. Ils n'appartiennent pas à l'univers du juge mais à celui de l'administrateur. Si celui-ci a respecté les limites de la règle formelle, le juge ne peut intervenir. L'administrateur élabore les règles administratives qui le guident dans l'exercice de sa discrétion selon son expertise et l'expérience acquise. Bien que, contrairement au juge, il n'ait pas à justifier sa décision par l'application d'une règle de droit, il faut noter que dans la mesure où les facteurs qui guident l'administrateur dans sa décision sont exprimés explicitement dans une politique²¹, l'administré s'attend à ce que son cas soit tranché en conformité avec celle-ci. Le processus de la décision administrative tend alors à se rapprocher de celui de la décision judiciaire.

Le pouvoir discrétionnaire est un pouvoir qui participe d'une « règle secondaire » qui permet à l'administrateur de déterminer dans un cas précis la portée d'une règle perméable (*open-texture*) et ainsi établir les droits et obligations de chacun pour définir la règle primaire. Ce processus repose chez l'administrateur sur la mise en œuvre d'une politique, ce qui caractérise le pouvoir de l'administrateur en opposition au pouvoir discrétionnaire judiciaire qui doit être exercé en fonction de règles et de principes.

1.2. La nature du choix discrétionnaire

Les choix que la discrétion crée sont de diverses natures et déterminent le rôle de l'administrateur et de la politique qu'il met en œuvre. La discrétion peut être nécessaire pour effectuer un choix dans

20. S.A. DE SMITH, *op. cit. supra* note 2, p. 60 : « An administrative act cannot be exactly defined, but it includes the adoption of a policy, the making and issue of a specific direction, and the application of a general rule to a particular case in accordance with the requirements of policy or expediency or administrative practice ».

21. Ce processus a été décrit par J. JOWELL, *supra*, note 9, p. 183, comme un processus de « légalisation » c'est-à-dire la prise de décision conformément à des normes administratives prédéterminées. Cette notion doit être distinguée du processus de « judiciarisation » qui consiste à prendre des décisions dans le cadre de procédures adjudicatives.

une situation individualisée, pour solutionner une difficulté technique ou pour effectuer un choix politique.

La norme générale et impersonnelle possède des limites inhérentes. Ainsi, une norme n'est applicable qu'à des situations relativement identiques. Il en découle que l'application d'une norme n'est pas un processus décisionnel approprié pour décider de cas qui ne se répètent pas et qui sont uniques²². Les problèmes individualisés doivent être réglés sur une base discrétionnaire comme, par exemple, les décisions fondées sur la personnalité d'un candidat, les possibilités d'un individu ou la répartition de ressources rares. Par ailleurs, la discrétion peut être rendue nécessaire lorsque la détermination d'une règle n'est pas possible ou est trop difficile si les faits qui la justifieraient ne sont pas connus ou impossibles à identifier. Même si une règle pouvait théoriquement être élaborée, d'autres raisons peuvent militer en faveur du recours à la discrétion. Ainsi, un besoin de flexibilité ou la promotion de la créativité individuelle²³ justifie le pouvoir discrétionnaire :

Everyone recognizes that the rule of discretion, as opposed to the rule of law, is indispensable to any scheme of regulation . . . Why so ? Because the regulator's jobs is to do something creative, to keep the department of human life entrusted to his supervision running reasonably smoothly and he cannot create anything if all he has to work with is rigidly preordained do's and don'ts.²⁴

La nature des choix posés par ces facteurs est technique ou politique. Vue d'une perspective technique, la discrétion devient un problème de responsabilité administrative qui est résolu par une meilleure définition des critères qui en déterminent l'exercice²⁵. La règle imprécise est alors « vague » et n'a qu'à être précisée sur un plan technique pour faire ressortir « l'intention » du législateur. W.A.R. Leys a suggéré que la discrétion pouvait également être vue non pas comme le résultat d'un langage « vague » mais plutôt d'un langage « ambigu ». La discrétion qui en résulte peut être reliée à certains choix précis mais non à l'un d'entre eux :

-
22. J. JOWELL, *Law and Bureaucracy*, Cambridge Mass., University Press of Cambridge, 1975, p. 134. De façon générale sur le rôle des normes dans la société, leur rôle dans la mesure, l'industrie, la sécurité, la consommation et les organismes de normalisation, voir R.F. LEGGET, *Les normes au Canada*, Conseil économique du Canada, Ottawa, Information Canada, 1970.
 23. A.D. SOFAER, « Judicial Control of Informal Discretionary Adjudication and Enforcement », (1972) 72 *Columbia L.R.* 1296.
 24. J. WILLIS, « Canadian Administrative Law in Retrospect », (1974) *U. of Toronto L.J.* 236.
 25. H.T. WILSON, « Discretion in the Analysis of the Administrative Process », (1972) 10 *Osgoode Hall L.J.* 128.

The language is indefinite but it does not stand for a vague criterion of action. Rather the public or the legislature is divided in favor of two or more sharply divided objectives.²⁶

Comme le professeur Wilson le suggère, la discrétion ne résulte pas alors du caractère techniquement vague de la norme mais d'une imprécision dont la cause est la politique. Cette distinction fait ressortir la nature politique de certaines décisions discrétionnaires et les jugements de valeur qui les sous-tendent²⁷.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire constitue une étape essentielle de la détermination du droit dans des cas précis où les droits et obligations des parties ne découlent pas de la simple détermination d'une question de faits dont dépend l'application d'une règle. Lorsque ce processus n'est pas possible, le pouvoir discrétionnaire intervient. L'administrateur jouera ce rôle en mettant en œuvre une politique qui deviendra les motifs à l'appui de sa décision. Par ailleurs, il est important de noter que la discrétion qui en découle peut non seulement impliquer un jugement individualisé à une situation unique ou un jugement technique mais également un jugement politique.

2. La mise en œuvre d'une politique

L'exercice de la discrétion est souvent vu par les administrés comme un exercice de l'arbitraire incompatible avec le bon fonctionnement d'un système fondé sur la légalité ou la *rule of Law*. En effet, les attentes créées par les principes de notre système constitutionnel et le fait que les pouvoirs de l'administration lui sont délégués par le parlement et contrôlés par les tribunaux font que le citoyen s'attend à ce que ces pouvoirs soient exercés conformément à certains principes qui se rat-

-
26. W.A.R. LEYS, « Ethics and Administrative Discretion », (1943) 3 *Public Administration Rev.* 10, à la page 13. En fait, Leys définit 3 catégories de pouvoirs discrétionnaires : (1) la discrétion de nature technique qui permet de choisir le moyen mais non l'objectif visé; (2) la discrétion qui permet de choisir le moyen et de préciser une vague définition de l'objectif, ce qui équivaut à créer un véritable pouvoir de planification sociale; et (3) la discrétion qui permet de choisir le moyen qui serait défini de manière ambiguë parce qu'il y aurait absence de consensus politique sur sa définition, ce qui équivaut à confier à l'administrateur la responsabilité de ce choix politique.
27. S.A. FISH, « Administrative Discretion in Social Housing Policy », (1972) *Osgoode Hall L.J.* 210: « Despite the ever present myth of public service neutrality, public administrators operate from a political base ». G. GANZ, « Allocation of Decision-Making Functions », (1972) *Public Law* 215.

tachent à l'application de règles de droit²⁸. Face à une décision discrétionnaire administrative qui déterminera ses droits et ses obligations (section 1.1.) sur des sujets personnels, techniques ou politiques (section 1.2.), le citoyen désire être en mesure de comprendre le processus qui guide les administrateurs et les motifs qui justifient sa décision et il souhaite participer à cette prise de décision²⁹. Pour évaluer le processus décisionnel utilisé par l'administrateur, on peut référer, par exemple, au modèle de L.L. Fuller. La moralité inhérente au droit qu'il propose peut servir d'outil de référence et représenter un modèle idéal de la décision prise dans un système de droit. Selon Fuller, un système de droit suppose nécessairement que les décisions qui ont force de loi doivent tendre à être prises selon les principes suivants³⁰ :

- 1) les décisions sont prises en vertu de règles d'application générale qui sont précisées au fur et à mesure que l'expérience acquise de leur application le justifie;
- 2) les règles doivent être connues des citoyens;
- 3) les décisions ne doivent pas être rétroactives;
- 4) les règles doivent être claires;
- 5) les règles ne doivent pas être contradictoires;
- 6) les règles ne doivent pas exiger l'impossible;
- 7) les règles doivent être raisonnablement permanentes; et

28. Il ne peut évidemment s'agir là que d'attentes et d'objectifs idéaux. Il est impensable de concevoir un système où toutes les décisions affectant les droits de citoyens seraient prises en vertu d'une règle sans qu'aucune discrétion ne joue un rôle. Malgré tout, on entend souvent des gens critiquer l'existence même du pouvoir discrétionnaire de l'administration. K.C. Davis qualifie ces gens de tenants d'une « version extravagante de la Rule of Law ». K.C. DAVIS, *op. cit. supra* note 4, p. 36. Cf. I. FELTHAM, « The New Regulatory State », (1973) 51 *R. du B. Can.* 207; H.W.R. WADE, *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, U. of Michigan Press, 1963, chap. 1.

29. R. TITMUS, « Welfare Rights, Law and Discretion », (1971) 42 *Political Quarterly*, 113, p. 116 : « New pressures on democracy through consultation and participation reflects the need for a closer link between powers and citizens ». P. NONET, *Administrative Justice*, New-York, Russell Sage Foundation, 1969, p. 7: « The protection and growth of law will therefore depend upon how effectively legal authorities are sensitized and made responsive to the problems and demands of their constituency ». P. GARANT, « Les tribunaux administratifs et la participation des groupes », *Le Devoir*, 23 août 1977, p. 5.

30. L.L. FULLER, *The Morality of Law*, éd. rev., New Haven, Yale Univ. Press, 1969.

8) il doit y avoir une grande cohérence entre l'application d'une règle et la signification apparente de celle-ci.

Ces principes valent d'abord pour les règles et on peut affirmer qu'en général l'administrateur devrait s'en inspirer. De façon plus spécifique, Kenneth Culp Davis a proposé un modèle qui vise précisément à étudier l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans cette perspective.

2.1. Le modèle de K.C. Davis

Dans un livre intitulé *Discretionary Justice*, Davis a exprimé le souhait de voir disparaître les pouvoirs discrétionnaires inutiles et, surtout, il a proposé le recours à certaines techniques pour améliorer l'exercice de la discrétion :

The answer is, in broad terms, that we should eliminate much unnecessary discretionary power and that we should do much more than we have been doing to confine, to structure and to check necessary discretionary power.³¹

« To confine, to structure and to check » signifient *limiter, organiser et vérifier* l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Limiter l'exercice du pouvoir discrétionnaire implique que les frontières en soient déterminées et que la discrétion ne puisse être exercée que dans ce cadre³². En fait, c'est la discrétion même qui diminue d'ampleur³³. Le parlement peut plus ou moins limiter la discrétion dès l'adoption de la loi. L'autorité qui possède le pouvoir d'adopter des règlements a également une importante responsabilité à cet égard. La loi et les règlements s'imposant à l'administrateur, leurs rôles sont primordiaux dans tout effort visant à limiter la discrétion. Par ailleurs, organiser l'exercice du pouvoir discrétionnaire offre toutefois plus de possibilités. Il s'agit de déterminer ce que l'administrateur doit faire pour exercer son pouvoir³⁴. La limitation du pouvoir discrétionnaire vise à tracer une ligne alors que son organisation vise plutôt à contrôler la manière dont il sera exercé. Davis suggère 7 moyens principaux, caractérisés par leur caractère public³⁵ :

31. K.C. DAVIS, *op. cit. supra* note 4, p. 3.

32. *Ibid.*, à la page 55.

33. J. JOWELL, « Controlling Bureaucracy », *Socialist Commentary*, Nov. 1974, p. 14.

34. K.C. DAVIS, *ibid.*, à la page 97.

35. *Ibid.* à la page 103. Davis explique la différence entre limiter la discrétion et en organiser (structurer) l'exercice : « A rule may provide that over here at the right end the answer is always yes, and that over here at the left end the answer is always no; when it does that it confines discretion of the middle territory. But the rule may go on and structure the discretion in that middle territory. For instance, it may provide that in exercising discretion the agency will consider three factors. That much is a partial

- 1) rendre publics les projets de l'administrateur;
- 2) définir publiquement les énoncés de la politique;
- 3) déterminer des normes publiques;
- 4) rendre publiques les conclusions sur les faits;
- 5) motiver les décisions;
- 6) rendre publiques les décisions antérieures;
- 7) recourir à une procédure équitable.

Davis insiste beaucoup sur la publicité et sur la nécessité de formuler sous diverses formes (règles, normes, énoncés de politique, motifs) ce sur quoi reposent les décisions. Ces techniques ne sont pas des limites que l'administrateur ne peut franchir ou qui restreignent l'ampleur du choix que son pouvoir discrétionnaire lui confère. Il doit cependant confronter son processus de décision avec les personnes directement concernées et l'opinion publique. Seul l'administrateur qui ne prendrait pas franchement la même décision en public et de façon plus secrète peut estimer qu'une telle organisation de l'exercice de son pouvoir équivaut à une limitation. Enfin, la vérification de l'exercice du pouvoir discrétionnaire est une technique qui a traditionnellement fait l'objet de beaucoup de commentaires. Il s'agit tout simplement du contrôle a posteriori de la décision tant administrative que judiciaire³⁶.

Les propositions de Davis reposent sur la prémisse que les décisions discrétionnaires administratives sont fondées ou devraient être fondées sur les éléments d'une politique élaborée à cet effet dans la loi habilitante, dans les règlements ou dans des énoncés administratifs qui limitent ou organisent l'exercice de la discrétion. Il croit qu'une telle approche accroît l'autonomie de l'administré, force l'administrateur à justifier l'application de la politique dans chaque cas et permet une évaluation de l'application de la politique. Davis estime que cette décision est alors plus susceptible d'être juste, ou à tout le moins, de participer à un système où la valeur « justice » est importante³⁷. L'objectif premier de Davis est

structuring of discretion. Then the rule may state the result when the three factors pull together but provide that the result will be worked out from case to case when the three pull against each other. Such a rule structures discretion, leaving many questions open. A rule which does not generalize but which gives illustrations may help structure discretion ».

36. *Ibid.*, à la page 56.

37. A.D. SOFAER, *loc. cit. supra* note 23, p. 138: « The evidence seemed to confirm the hypothesis that relatively undefined grounds of decision more frequently cause inconsistent results than well defined grounds ».

d'intensifier l'élément justice dans les relations entre l'administrateur de l'Etat et le citoyen individuel³⁸.

Davis ne propose pas que la solution idéale soit le maximum de limitation, d'organisation et de vérification de l'exercice de la discrétion. Il s'agit plutôt de déterminer dans chaque cas d'espèce la combinaison optimale³⁹. Les facteurs qui déterminent ce niveau sont multiples. Des questions de coût⁴⁰, de ressources humaines disponibles ou de temps, la complexité des problèmes, le rythme des changements de situations en sont. De plus, le processus de limitation et d'organisation de l'exercice du pouvoir discrétionnaire favorise la formulation de règles générales qui tendent à devenir obligatoires ou réglementaires dans les faits. Les avantages et désavantages du recours à des règles deviennent alors d'autres facteurs qui influencent le processus. Il faut donc voir dans chaque situation si ce recours à une règle ou à un énoncé de la politique favorise la cohérence entre les objectifs et les décisions, l'évaluation de la décision, la planification du travail ou protège l'autorité de pressions indues. On pourrait au contraire estimer que le recours à la règle amènerait trop de rigidité dans le mécanisme décisionnel et favoriserait le légalisme⁴¹.

Il revient aux administrateurs d'évaluer les situations et de décider quelle combinaison de limites à la discrétion ou de facteurs organisant son exercice est nécessaire. Cette approche est conforme avec ce que K. Kernaghan nomme la responsabilité subjective de l'administrateur en opposition à la responsabilité objective exercée par des techniques institutionnelles ou procédurales qui lui sont imposées⁴². Davis s'en remet donc d'abord aux administrateurs, qui seront en définitive les premiers responsables du développement de techniques juridiques qui contribueraient positivement au développement du bien collectif. Il s'agirait là d'un apport important dans l'effort continu visant à concilier les exigences de la règle de droit et de l'administration publique contemporaine.

38. K.C. DAVIS, *ibid.*, à la page 5: « Without trying to draw precise lines, this essay is concerned primarily with a portion of discretionary power and with a portion of justice — with that portion of discretionary power which pertains to justice and with that portion of justice which pertains to individual parties ».

39. *Ibid.*, à la page 4. J. WILLIS, « The McRuer Report: Lawyers' values and Civil servants Values », (1968) *Univ. of Toronto L.J.* 351, p. 357: « The administrator wants enough room in his statutory powers to be able to do what is sensible in carrying out policy; on the other hand he also wants, for his own protection, some guidance from that organ of respectability, his legislature, on what he is supposed to do with them ».

40. Voir I. EHRLICH et R.A. POSNER, « An Economic Analysis of Legal Rule-Making », (1974) 3 *Journal of Legal Studies* 257.

41. J. JOWELL, *op. cit. supra* note 22, c. 1.

42. K. KERNAGHAN, « Responsible Public Bureaucracy: a Rational Framework for Analysis », (1973) *Adm. Pub. Can.* 572.

Nous nous proposons maintenant d'étudier les conséquences juridiques de l'exercice du pouvoir discrétionnaire administratif conformément à certaines techniques suggérées par Davis. Ayant conclu que l'administrateur décidera du droit dans des cas donnés en recherchant la mise en œuvre d'une politique, nous estimons important d'évaluer l'impact de divers moyens d'énoncer cette politique ou certains de ses éléments dans le texte législatif, le règlement et les documents purement administratifs. Les insatisfactions des administrés contre l'ampleur de la discrétion administrative au Québec sont suffisamment importantes pour jauger l'impact du recours plus généralisé à certaines techniques visant à modifier l'équilibre entre l'administration et le citoyen.

2.2. La discrétion et l'énoncé législatif d'une politique

Le législateur peut exprimer sa volonté d'intervenir dans un secteur d'activités donné par l'adoption d'une loi. En effet, par la mise en place d'organismes, la répartition de pouvoirs, l'établissement de règles de conduite, la définition de pouvoirs et de devoirs ainsi que par l'économie générale des lois qu'il adopte, il peut amorcer d'importants changements de politique. Toutefois, les écarts entre la réalité vécue par le parlement et celle vécue par l'administrateur et le citoyen sont souvent importants. Aussi, « l'intention du législateur »⁴³ est-elle facilement modifiée ou transformée notamment par l'administration chargée de mettre en œuvre la loi. Cette distorsion origine souvent du fait que face à une décision l'administrateur ne peut trouver dans la loi suffisamment d'indications sur la politique qu'il doit promouvoir⁴⁴. Or il est reconnu que cet administrateur bénéficierait d'un contenu plus riche de la loi :

43. Malgré l'importance dans le langage courant de cette expression, il est opportun de souligner la pertinence continue de cette remarque de H.J. LASKI: « Canons of interpretation exaggerate the degree to which the intention of Parliament may be discovered from the words of a statute », dans « Note on the Judicial Interpretation of Statutes » soumise au Donoughmore Committee, *Report of the Committee on Ministers' Powers*, 1932, Cmnd. 4060, Annex V, p. 135.

44. À ce sujet, l'Association britannique des professeurs de droit a suggéré dans « Memorandum to the Renton Committee on the Preparation of Legislation », (1974) 13 *Journal of Society of Public Teachers of Law* 96, à la page 99, que les lois soient accompagnées de notes explicatives (plus détaillées que celles utilisées au Québec) approuvées par le parlement et rédigés dans un langage compréhensible à tous. L'Association prétend que cette technique permettrait aux fonctionnaires d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires dans un cadre plus précis. Le gouvernement fédéral du Canada accompagne certains projets de lois de notes explicatives très élaborées.

Administrators need specific and unambiguous objectives if they are to make a contribution towards the achievement of the wider goals of the legislators.⁴⁵

Un cadre législatif plus significatif est particulièrement important si de vastes pouvoirs discrétionnaires sont confiés à l'administrateur. Bien que les possibilités offertes par la législation soient limitées à cet égard⁴⁶, il faut souligner l'importance que peuvent acquérir les énoncés législatifs de la politique et la définition des buts recherchés ou des orientations de la politique.

2.2.1. L'énoncé d'une politique

Une première technique à laquelle le législateur recourt est celle de l'énoncé global de la politique qui devra guider l'application de la loi. Par exemple, la Loi québécoise sur le cinéma énonce les éléments d'une « politique cinématographique » ainsi que d'une « promotion gouvernementale du cinéma québécois »⁴⁷. De même, l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* énonce une « politique de la radiodiffusion pour le Canada ». Dix paragraphes traitent entre autres du contrôle par des Canadiens du système de radiodiffusion, de la liberté d'expression, du contenu de la programmation, de la langue de radiodiffusion et de la célèbre clause concernant la contribution au développement de l'unité nationale⁴⁸. Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes est mandaté pour mettre en œuvre cette politique en réglementant et surveillant tous les aspects du système de la radiodiffusion canadienne⁴⁹. Au Royaume-Uni, le *Prices and Incomes Act, 1966*

45. J.A. FARMER, *Tribunals and Government*, London, Weidenfeld and Nicholson, 1974, p. 142; voir également E. HEHNER, « Public Servant and Legalistic Mentality », (1970) 13 *Adm. Pub. Can.* 324 qui décrit la nécessité pour l'administrateur d'être dirigé quant aux objectifs sociaux qui sont visés et aux méthodes qui doivent être utilisées pour y arriver.

46. Sur les difficultés du législateur d'énoncer de façon détaillée des politiques, voir entre autres, C. HOCKIN, « The advance of Standing Committees in Canada's House of Commons: 1965-70 », (1970) 13 *Adm. Pub. Can.* 195; C. HARMEGNIES, « Les commissions parlementaires à Québec », (1974) 15 *C. de D.* 73; J.A.G. GRIFFITH, *Parliamentary Scrutiny of Government Bills*, Londres, Allen and Unwin, 1974, c. 8.

47. *Loi sur le cinéma*, L.Q. 1975, c. 14, chapitre II et section II du chapitre III.

48. S.R.C. 1970, c. B-11. Voir également la nouvelle *Loi concernant l'immigration au Canada*, projet de loi no C-24, 1976, 2^e session, 30^e Législature : « Partie I : Politique canadienne d'immigration » (art. 3 à 7), ainsi que la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, S.C. 1973-74, c. 46, art. 2.

49. *Ibid.*, art. 15 modifié par *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, S.C. 1974-75-76, c. 49, art. 18. Cette politique ne peut être invoquée pour évaluer une retransmission particulière mais plutôt la programmation générale d'un détenteur de permis au moment du renouvellement de ce permis : *National Indian Brotherhood v. Juneau (No 3)*, (1971) C.F. 498.

contenait un énoncé détaillé des éléments qui devaient guider la Commission nationale des prix et des revenus⁵⁰. Par ailleurs, des clauses dites « d'objets » peuvent également servir à définir de façon globale les éléments d'une politique en spécifiant que la loi ou la création d'un organisme a pour objet de . . .⁵¹. L'énumération des devoirs d'un organisme peut aussi permettre de comprendre la politique que le législateur souhaite voir mise en œuvre⁵².

En plus des énoncés globaux dans la loi, on rencontre des énoncés particuliers rattachés à l'exercice d'un pouvoir. Celui-ci sera plus ou moins discrétionnaire selon le degré de précision de l'énoncé de la politique. Ainsi, le législateur peut définir explicitement les limites d'une discrétion administrative ou les facteurs qui devront être pris en considération dans son exercice. Par exemple, la *Loi sur le crédit forestier* prévoit les fins pour lesquelles l'Office du crédit agricole peut consentir des prêts⁵³. Par ailleurs, la *Loi de l'aide au développement industriel du Québec* énonce les éléments d'une politique d'aide financière qui devront être complétés par règlement⁵⁴. Au Royaume-Uni, le *Housing Act, 1957* spécifie que la décision relative à l'habitabilité d'une maison devra être prise en tenant compte d'une liste de facteurs tels que les répartitions nécessaires, l'éclairage, le drainage des eaux, etc. Le législateur peut aussi exiger l'existence de faits ou de conditions préalables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire⁵⁵. Une loi peut également préciser les critères généraux qui devront guider l'octroi de prêts favorisant la construction d'habitations à loyer modique⁵⁶. Dans d'autres cas, l'analyse des pouvoirs réglementaires octroyés par une loi est la seule méthode qui

50. Art. 4 et annexe 2. Par contre, le *Counter Inflation Act 1973* ne prévoyait pas un tel énoncé qui devait plutôt être préparé sous la forme d'un code par le Ministère des finances.

51. *Loi des autoroutes*, S.R.Q. 1964, c. 134, a. 15. Voir également les clauses dites de « préambule » dont la portée est limitée mais qui peuvent tout de même servir à l'interprétation de la loi. Cf. *Loi sur la langue officielle*, L.Q. 1974 c. 6; *Charte de la langue française*, L.Q. 1977 (projets de loi numéros 1 et 101).

52. *Loi de l'aide juridique*, L.Q. 1974, c. 14, art. 22.

53. L.Q. 1975 c. 33, art. 2, 14; voir *Maclean v. Liquor License Board of Ontario*, (1975) 51 D.L.R. (3d) 64.

54. L.Q. 1971, c. 64, art. 2, 4, modifié par 1974, c. 56. Cf. au Royaume-Uni, le *Industry Act, 1972*, art. 7(1) (2).

55. Art. 4, modifié par le *Housing Act, 1969*, art. 71.

56. S.R.C. 1970, c. N-10, art. 15. L'évolution des politiques de logement dans ce contexte a été analysée par S.A. FISH, « Administrative Discretion in Social Housing » *loc. cit. supra* note 27. Voir R.E. WRAITH et P.G. HUTCHESSON, *Administrative Tribunals*, Londres, Allen et Unwin, 1973, p. 159.

permette de connaître les éléments de la politique poursuivie par le législateur⁵⁷.

2.2.2. La portée de l'énoncé législatif

Bien que le degré de précision atteint par la loi peut être élevé dans le cas des règles relatives à des pouvoirs spécifiques, la rédaction d'énoncés de politique laisse souvent place à une large discrétion et leur influence sur les décisions individuelles est difficile à mesurer⁵⁸. Toutefois, la discrétion étant une question de degré plutôt que d'absolu, nous croyons qu'il est possible pour le législateur d'énoncer de façon significative une politique qui permettra à l'administrateur d'être mieux encadré dans son processus de prise de décision. Il est possible par ailleurs qu'un tel contexte permette aux tribunaux de contrôler d'un peu plus près l'exercice de ces pouvoirs discrétionnaires, même si les tribunaux préfèrent jongler avec des règles précises plutôt qu'avec les relations entre l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et l'énoncé global de la politique. Il ne s'agit évidemment pas de substituer les tribunaux à l'administrateur, mais de leur permettre d'intervenir en cas d'utilisation abusive ou contraire à la politique énoncée. Dans ce contexte, les tribunaux peuvent utiliser les énoncés législatifs de politique pour analyser la portée de pouvoirs discrétionnaires spécifiques, même si ces énoncés ne donnent pas ouverture à un recours par eux-mêmes. L'arrêt de la Chambre des lords dans l'affaire *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*⁵⁹ a établi que le pouvoir discrétionnaire ne pouvait être exercé que pour promouvoir la politique énoncée dans le texte législatif. Cette décision rejoint

57. Par exemple, la *Loi sur les agents de voyage*, L.Q. 1974 c. 53 met en place une structure de contrôle des agents de voyage par un système de permis mais n'est pas très explicite sur la politique visée par l'adoption de cette loi. À part l'obligation de tenir un compte en fiducie, on découvre ces éléments de politiques dans la liste des pouvoirs réglementaires confiés au gouvernement notamment en ce qui concerne l'obligation de fournir un cautionnement ainsi que la définition de charges incompatibles et des règles de publicité.

58. Voir concernant les énoncés généraux de politique linguistique *Joyal c. Air Canada*, (1976) C.S. 1211; *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal v. Ministre de l'éducation du Québec*, [1976] C.S. 430, aux pages 452 ss.; au Royaume-Uni, un « règlement » prévoyant qu'un syndicat avait pour objet de « improve the conditions and protect the interests of its members » ne créait aucun droit de recours en faveur d'un membre. La Cour a dit qu'une telle règle énonçait plutôt « one of the overall aims of the union » : *Oddy v. Transport Salaried Staffs Association*, [1973] 3 All E.R. 610.

59. [1968] A.C. 997.

l'approche que la Cour suprême avait adoptée dans *Roncarelli v. Duplessis*⁶⁰.

Une définition de politique dans les lois informe les citoyens de leurs droits et de leurs obligations et permet à l'administrateur de mieux évaluer les objectifs qu'il doit poursuivre dans son action. Cette définition permet toutefois aux tribunaux d'intervenir plus facilement mais sans doute de façon plus nuancée. Le juge est en meilleure position pour relier ses décisions aux problèmes sociaux visés par les lois. « L'intention du législateur » devient d'autant plus accessible, ce qui facilite le développement d'une jurisprudence conforme aux valeurs de l'époque. Cette approche est susceptible de mieux répondre aux attentes des citoyens, qui souhaitent en général voir une politique être définie dans la loi⁶¹.

2.3. La discrétion et l'énoncé réglementaire d'une politique

L'administrateur public qui a pour mandat de mettre en œuvre une politique par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, possède ainsi le pouvoir de déterminer la loi dans les cas qui font l'objet de ses décisions. Le texte de la loi est la première source qui déterminera le contenu de cette politique. Une seconde source est le texte réglementaire, sans doute un des outils les plus importants pour limiter et organiser l'exercice du

60. [1959] R.C.S. 121. Voir également *Corporation of the City of Prince George v. Payne*, Cour suprême du Canada, jugement non rapporté, rendu le 17 mai 1977; *Re Doctors Hospital and Minister of Health*, (1976) 68 D.L.R. (3d) 220 et l'intéressante analyse du juge Lacoursière dans *Re Multi-Malls Inc and Minister of Transportation and Communications*, (1977) 73 D.L.R. (3d) 18. Cette tendance ne rallie toutefois pas l'unanimité, selon J.A. FARMER, *op. cit. supra* note 45, 58 : « In legal theory, the fact that the ultimate decision may not have advanced the broad policy behind the Act or may even have had a detrimental effect on industrial relations was irrelevant ». Cf. *Minister of Transport for Ontario v. Phoenix Assurance Co. Ltd.*, (1974) 39 D.L.R. (3d) 481; *Cash v. George Dundas Realty*, (1974) 40 D.L.R. (3d) 31.

61. Voir *Les tribunaux administratifs au Québec*, Rapport du groupe de travail sur les tribunaux administratifs (Rapport Dussault), Québec, Ministère de la justice, 1971, 77; *Report of the Royal Commission Inquiry into civil rights*, (McRuer Report), report, vol. 3, p.p. 1095 à 1115; J.W. MORDEN, « Administrative Law », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto, Richard de Boo Ltd, 1967, 275, 280; K.C. DAVIS, *Discretionary Justice*, Baton Rouge, Louisiana State U.P., 1969, pp. 44-51; J.S. WRIGHT, « Beyond discretionary justice », (1971-72) 81 *Yale L.J.* 575; *Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries* (Franks Report), Cmnd 218, p. 90; W.A. ROBSON, *Justice and Administrative Law*, 3^e éd., Londres, Stevens and Sons, 1951, p. 607.

pouvoir discrétionnaire. Pour les fins de ce texte, ce pouvoir est défini⁶² comme un acte normatif à caractère général et impersonnel adopté en vertu d'une habilitation législative précise⁶³.

Le pouvoir d'adopter un règlement peut relever d'un organisme autre que celui qui y est chargé de prendre une décision discrétionnaire. Le lieutenant-gouverneur en conseil québécois possède ainsi de vastes pouvoirs réglementaires qui encadrent l'action des fonctionnaires ou des organismes autonomes. Il arrive également que l'autorité à qui un pouvoir discrétionnaire a été conféré soit également chargée d'adopter des règlements⁶⁴. L'exercice de ce pouvoir réglementaire peut alors être obligatoire afin de ne permettre l'exercice d'un pouvoir de portée individuelle que lorsque son contenu discrétionnaire aura été limité ou son exercice organisé. Cette technique souvent utilisée est un des principaux mécanismes permettant de mettre en forme une politique relative à des sujets tels l'éligibilité à l'aide juridique⁶⁵ ou les équivalences de diplômes et de formation aux fins de la délivrance de permis par les corporations professionnelles⁶⁶.

-
62. Sur les diverses définitions possibles du pouvoir réglementaire, voir le résumé de P. GARANT et H. GRENIER, « Réflexions sur l'acte réglementaire et quasi-réglementaire », (1976) 17 *C. de D.* 515, aux pages 516 à 520 et R. DUSSAULT, *op. cit. supra* note 2, aux pages 736 et 737.
63. En droit québécois et anglo-canadien, le pouvoir d'adopter des règlements est un pouvoir « délégué » ou subordonné à l'existence d'une disposition habilitante. Cette règle rend inapplicable chez nous l'affirmation de l'américain K.C. DAVIS, *Administrative Law Treatise, 1970 Supp.*, St. Paul, Minn., West Publishing Co. 1970, para. 6.16, à l'effet que « (. . .) any officer who has discretionary power necessarily also has the power to state publicly the manner in which he will exercise it, any such public statement can be adopted through a rule-making procedure, whether or not the legislative body has separately conferred a rule-making power on the officer ». Voir également *R. v. North Coast Air Services Ltd*, (1968) 65 D.L.R. (2d) 334; *North Coast Air Services Ltd v. Canadian Transport Commission*, [1968] R.C.S. 940 ainsi que R.F. REID, *Administrative Law and Practice*, Toronto, Butterworths, 1971; p. 263.
64. L'approbation par le lieutenant-gouverneur en conseil ou le gouverneur général en conseil des règlements adoptés par divers organismes est une procédure couramment utilisée au Québec et au Canada. Nous considérons alors que le pouvoir d'établir des normes appartient à ces organismes : R.F. REID, *op. cit. supra* note 63, p. 269; R. DUSSAULT, *op. cit. supra* note 2, aux pages 827 à 833. Au Royaume-Uni, les ministres sont généralement habilités à adopter des règlements sans autre approbation sous réserve d'un contrôle parlementaire prévu au *Statutory Instruments Act*, 1946, c. 36.
65. *Loi de l'aide juridique*, L.Q. 1972, c. 14, art. 2. Une récente décision vient de confirmer la nécessité d'adopter un règlement lorsque celui-ci doit limiter l'exercice d'un pouvoir par ailleurs discrétionnaire : *Re Hennigar and Prince Edward Island Liquor Control Commission*, (1976) 65 D.L.R. (3d) 744.
66. *Code des professions*, L.Q. 1973, c. 43, art. 84 g) et h), 92 f) et g).

Par ailleurs, la décision d'adopter ou non un règlement peut également être elle-même de nature discrétionnaire, soulevant ainsi le problème du choix d'élaborer une politique au fil des décisions individuelles ou par normes générales. Par exemple, la Commission canadienne des transports peut faire des règlements déterminant les conditions auxquelles des permis de service aérien commercial pourront être délivrés. En parallèle, la Commission possède le pouvoir discrétionnaire d'émettre des permis aux conditions qui lui apparaissent appropriées dans chaque cas individuel, sous réserve évidemment des conditions qui pourront avoir été établies par règlement si la Commission a exercé son pouvoir à cet effet⁶⁷. Devant une telle alternative, il est nécessaire de s'interroger sur l'existence de règles qui détermineraient l'obligation d'adopter ou non un règlement.

2.3.1. Le choix entre la discrétion et le règlement

Ce problème du choix entre l'adoption d'un règlement et l'élaboration d'une politique par des décisions individuelles a fait l'objet de longs débats aux Etats-Unis⁶⁸ mais non dans le contexte québécois ni

67. *Loi sur l'aéronautique*, S.R.C. 1970, c. A-3, a. 14(1)(b) et 16(1) à (6). Les articles 20 et 31 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.Q. 1972, c. 49, prévoient que le lieutenant-gouverneur en conseil peut prohiber par règlement l'émission ou le dégagement de certains polluants ou en limiter la quantité ou la concentration. Toutefois, même si la réglementation n'était pas adoptée ou ne prévoyait pas une possibilité particulière, les mêmes objectifs de contrôle pourraient être atteints par décision de poursuivre le citoyen qui émettrait ou dégagerait un polluant « (...) susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens ».

68. Voir K.C. DAVIS, *op. cit. supra* note 63, c. 6; W.E. BAKER, « Policy by Rule or Ad hoc Approach — Which should it be? », (1957) 22 *L. and C.P.* 658; H.J. FRIENDLY, « The Federal Administrative Agencies: The Need for Better Definitions of Standards », (1962) 75 *Harv. L.R.* 863; R.F. FUCHS, « Agency Development of Policy Through Rule-Making », (1965) 59 *New U.L.R.* 781; C.J. PECK, « The Atrophied Rule-Making Powers of the National Labour Relations Board », (1961) 70 *Yale L.J.* 729; C.J. PECK, « A critique of the National Labour Relations Board's Performance in Policy Formulation: Adjudication and Rule-Making », (1968) 117 *U. Pa. L. Rev.* 254; G.O. ROBINSON, « The Making of Administrative Policy: Another Look at Rule-Making and Adjudication and Administrative Procedure Reform », (1970) 118 *U. Pa. L. Rev.* 485; D.L. SHAPIRO, « The Choice of Rule-Making or Adjudication in the Development of Administrative policy », (1965) 78 *Harv. L.R.* 921; P.L. STRAUSS, « Rules, Adjudications and Other Sources of Law in an Executive Department: the Interior Department's Administration of the Mining Law ». (1974) 74 *Col. L.R.* 1231.

dans le monde de la common law⁶⁹. Cet intérêt américain peut être expliqué par une disposition de l'*Administrative Procedure Act*⁷⁰ qui prévoit l'application de la règle *audi alteram partem* au profit d'une personne intéressée dans le processus d'adoption d'un règlement. Ainsi, si les règles sont élaborés au fil des décisions individuelles, ces personnes n'ont pas nécessairement la possibilité de se faire entendre de la même manière que dans le cadre d'audiences publiques portant sur l'adoption d'un règlement. L'absence d'une telle disposition en droit québécois ou canadien n'a pas encouragé le développement d'un contentieux chargé⁷¹. La question fondamentale n'en demeure pas moins : sur le plan d'une saine administration, l'organisme administratif qui a le choix d'élaborer une politique par règlement ou au fil de ses décisions individuelles ne devrait-il pas opter, en principe, pour la première voie⁷².

Les tribunaux ont rarement discuté cette question. En général, ils analysent les pouvoirs conférés à l'organisme sans commenter les relations qui pourraient exister entre des pouvoirs discrétionnaires et des pouvoirs législatifs. Ainsi, le Conseil privé passa sous silence le fait que le Conseil de la ville de Singapour avait négligé d'adopter des règlements concernant la discipline de ses employés alors qu'une compilation des nombreuses directives administratives pouvait sûrement être considérée

69. O. KAHN-FREUND a toutefois étudié, en 1948, l'application de clauses dites de « fair wages » par un tribunal industriel qui avait ainsi à légiférer pour établir des salaires équitables en fonction de certains critères établis dans la loi : « Legislation through adjudication », (1948) 11 *Mod. L.R.* 269 (I), 429 (II).

70. Refondu à 5 *U.S. Code*, 551 ss.

71. Ni le droit québécois ni le droit anglo-canadien ne prévoient de façon générale une participation des administrés à l'élaboration et l'adoption des règlements. Une consultation est parfois prévue dans des lois particulières. Voir J.A.G. GRIFFITH et H. STREET, *op. cit. supra* note 6, aux pages 123 à 140. Par ailleurs, même si une loi québécoise sur les textes réglementaires se fait encore attendre, les législateurs canadiens et britanniques ont prévu une participation des parlementaires à l'adoption des règlements : *Loi sur les textes réglementaires*, S.C. 1970-71-72, c. 38; *Statutory Instruments Acts 1946*, *op. cit. supra* note 4.

72. Voir B. SCHWARTZ et H.W.R. WADE, *Legal Control of Government*, Oxford, Clarendon Press, 1972, aux pages 93 à 96. La Cour suprême des États-Unis s'est refusée à définir les rôles qui devraient jouer l'un par rapport à l'autre, le pouvoir réglementaire et le pouvoir discrétionnaire de portée individuelle même si elle a affirmé que la « (...) function of filling in the interstices of the Act should be performed as much as possible, through this quasi-legislative promulgation of rules to be applied in the future ». Les organismes régulateurs américains demeurent donc libres d'opter pour la procédure de leur choix : *Securities and Exchange Commission v. Chevery Corporation*, (1974) 332 U.S. 194, 202. Voir aussi *N.L.R.B. v. Wyman — Gordon Co.*, (1969) 394 U.S. 759; *N.L.R.B. v. Bell Aerospace Co., Division of Textron*, (1974) 40 L. Ed. 2d 134.

comme un indice sérieux du besoin de règles en ce domaine. Mais la Cour ne discute pas la décision de la ville de procéder ainsi, même si cette absence de règles formelles laissait sans protection les employés de la ville qui pouvaient être congédiés à la discrétion de la ville⁷³. En Écosse, une politique administrative a été mise en œuvre de façon discrétionnaire par le Secrétaire d'État qui a ainsi créé une condition supplémentaire à celles déjà déterminées par règlement dans le choix d'un chef de police⁷⁴. La cour se refusa à commenter cette procédure.

Lorsque ce choix d'agir en vertu d'un règlement ou par des décisions individuelles n'existe pas, il est intéressant de noter que le législateur est déjà intervenu pour le créer. À la suite d'une action judiciaire qui visait à faire déclarer qu'une Régie ne possédait à l'égard de certaines décisions qu'un pouvoir réglementaire⁷⁵, le Parlement ontarien modifia le *Milk Act* pour permettre à cette Régie d'exercer ses pouvoirs non seulement par voie réglementaire mais également par ordonnance ou directive de portée individuelle⁷⁶. Dans une affaire subséquente portant sur une loi analogue, la Ontario High Court remarqua toutefois :

In this respect, (the Act) seems to have telescoped policy-formulation functions, which would normally be of a legislative nature, into adjudicative functions . . . A local is enable to formulate and adjudicate as part of the same process. This may be considered to be a rather striking example of a legislative authorization of a departure from the principles of the rules of law.⁷⁷

2.3.2. Le contrôle du choix entre le règlement et la discrétion

Les tribunaux auraient-ils pu jouer un rôle plus actif dans l'élaboration de principes devant guider l'administrateur possédant ce

73. *Pillai v. City Council of Singapore*, (1968) 1 W.L.R. 1278. Dans *Blackpool Corporation v. Locker*, (1947) 1 K.B. 349, la Cour suggéra qu'une circulaire valablement émise par ailleurs aurait dû être adoptée comme règlement afin d'être assujettie aux règles concernant la publication des règlements.

74. 74. *Magistrates of Kilmarnoch v. Secretary of State for Scotland*, (1961) Sess. Court 350.

75. *Brandt Dairy Co. Ltd v. Milk Commission of Ontario* (1973) R.C.S. 131.

76. *Re Bedesky and Farm Products Marketing Board of Ontario*, (1976) 58 D.L.R. (3d) 484, 503 approuvé en appel à (1976) 62 D.L.R. (3d) 265.

77. S.O. 1965, c. 72 modifié *inter alia* par S.O. 1968-69, c. 67, a. 1, maintenant R.S.O. 1970, c. 273. Un exemple semblable se trouve dans le *Acts Interpretation Act, 1924* de la Nouvelle-Zélande, modifié par l'article 2(2) du *Statutes Amendment Act, 1945*, qui semble créer un choix semblable puisqu'un règlement ne peut être déclaré illégal pour le motif qu'il crée un pouvoir discrétionnaire. Toutefois, les tribunaux ont considérablement limité la portée de cet article. Voir P.H. THORP, « The Key to the application of the Maxim — Delegatus non potest delegare », (1972) 2 *Auckland U.L.R.* 85 et C.C. AIKMAN, « Subdelegation of the legislative power », (1960) 3 *Vict. U. of Wellington L.R.* 69.

double pouvoir d'agir par règlement ou par décisions individuelles ? Nous ne le croyons pas. En premier lieu, les tribunaux ne peuvent qu'interpréter les lois et définir les pouvoirs des administrateurs tels qu'ils y sont décrits. À notre connaissance, il n'existe aucun principe de droit susceptible de fonder une intervention judiciaire. Les décisions citées plus haut indiquent que les tribunaux ne soulèvent sûrement pas la question par eux-mêmes. Par ailleurs, ne serait-il pas possible d'émettre l'hypothèse qu'un *duty to be fair* pourrait requérir que des décisions administratives soient autant que possible prises selon des normes prédéterminées comme le laisserait entendre le jugement *Bedesky*. Par exemple, la *fairness* et l'exercice raisonnable de la discrétion impliqueraient que des politiques administratives établies ne pourraient être modifiées par une décision de portée individuelle si cette modification se voulait de portée générale⁷⁸. Toutefois, nous sommes d'accord avec Schwartz et Wade qui disaient, à propos du pouvoir discrétionnaire d'un ministre de décider en appel de certaines décisions :

On a broad view of this problem, legal opinion in Britain would probably support the majority of the U.S. Supreme Court in holding that the existence of the rule-making power does not fetter the minister's discretion in deciding appeals.⁷⁹

La seconde raison qui justifie les tribunaux québécois et anglo-canadiens de ne pas s'être prononcés sur l'opportunité d'agir par règlement ou par décision individuelle repose sur le fait que cette question est d'abord et avant tout une question d'administration intimement reliée aux circonstances de chaque cas. De plus, les tribunaux ne sont saisis que de cas individuels et ne peuvent apprécier l'ensemble d'une situation. Le fait qu'une décision aurait pu être prise selon une norme générale n'implique pas que cette méthode est préférable dans tous les cas. Il n'en demeure pas moins qu'en principe nous partageons l'opinion de K.C. Davis :

(. . .) recognition of the superiority of rule-making procedure over adjudicative procedure for making law or policy affecting more than a few parties means that agencies should strive to use rule-making procedure to the greatest extent they find possible.⁸⁰

Qui alors serait en position d'inciter les administrateurs québécois et canadiens à exercer leur pouvoir réglementaire ? Nous croyons qu'il s'agit là d'une responsabilité que l'institution de l'ombudsman devrait

78. Une décision à cet effet a été rendue par le Juge Friendly dans *Bell Aerospace Company, Division of Textron*, (1973) 475 Fed. Rep. 2d 485. Cette décision a toutefois été renversée par la Cour suprême; voir *supra*, note 72. Sur le sens du mot *fairness*, voir N.L. BROWN et M. BOUCHARD, « Le contrôle judiciaire en droit britannique : justice naturelle ou *fairness* », (1977) 18 C. de D. 155.

79. *Op. cit. supra* note 72, p. 105.

80. K.C. DAVIS, *op. cit. supra* note 63, p. 285.

assumer. En effet, étant plus près de l'administration, il est en meilleure position d'évaluer l'équilibre qui doit exister entre la norme et la discrétion. D'ailleurs, le protecteur du citoyen a mis en relief cette question à l'occasion d'un de ses rapports annuels⁸¹. Par exemple, il critiqua le Ministère des affaires sociales qui sur-réglementait l'administration de l'aide pour les besoins spéciaux⁸². Par contre, le haut-commissariat à la jeunesse, aux loisirs et aux sports fut l'objet d'une critique inverse puisque le protecteur estima que l'absence de règlements permettait trop facilement l'octroi arbitraire de subventions à diverses organisations de loisirs ou de sports⁸³. De façon similaire, le commissaire parlementaire à l'administration britannique interviendrait s'il estimait que l'absence de réglementation équivaut à mauvaise administration⁸⁴.

On constate donc que les administrateurs ne sont pas assujettis à des règles ni à des guides de nature judiciaire dans l'exercice d'une discrétion permettant d'agir par règlement ou décision particulière. Evidemment, cette question est moins controversée qu'aux Etats-Unis où le fait que les organismes régulateurs possèdent régulièrement ces deux types de pouvoirs concurremment, l'absence de responsabilité ministérielle à leur égard et les garanties procédurales reliées à l'adoption des règlements ont suscité de longs débats autour de cette question. Toutefois, nous croyons qu'il s'agit là d'un ordre de problèmes que le protecteur du citoyen devrait continuer à examiner de façon régulière.

Les tribunaux sont par ailleurs intervenus pour contrôler la manière dont est exercé un pouvoir réglementaire lorsque l'administrateur a décidé d'y recourir. A ce moment, l'administré a droit d'être informé par le règlement des normes et des critères qui formeront le cadre de ses relations avec l'administrateur. Toutefois, il arrive que l'autorité réglementante ne définisse aucune norme ou le fasse de façon imprécise.

2.3.3. L'exercice du pouvoir réglementaire et l'obligation de définir une norme

Une difficulté pour l'administré qui désire être informé de façon précise de ses droits et de ses obligations est la réticence des administrateurs à établir des normes significatives. Une technique qui illustre ce problème est celle qui consiste à transformer le caractère législatif du

81. Le protecteur du citoyen, 4^e Rapport annuel, Québec, Editeur officiel, 1972.

82. *Id.*, à la page 42.

83. *Id.*, à la page 61.

84. *Parliamentary Commissioner for Administration Act*, 1967, a. 5 (1). B. SCHWARTZ et H.W.R. WADE, *op. cit. supra* note 72, p. 105.

règlement en un pouvoir administratif, c'est-à-dire transformer le pouvoir de décider selon des normes en un pouvoir de décider à sa discrétion :

Alors qu'on attend (de l'Administration) sur certaines questions de détail non prévues par la loi, l'édictation de normes objectives de comportement uniformes pour tous les administrés, celle-ci s'accorde au contraire, par ce procédé rédactionnel, la discrétion de rendre une décision particulière dans chaque cas.⁸⁵

La Cour suprême du Canada est intervenue pour déclarer *ultra vires* un règlement qui était rédigé de cette façon⁸⁶. La « Milk Commission of Ontario » avait délégué à un Office de mise en marché, conformément au *Milk Act*⁸⁷, le pouvoir de prévoir, par voie réglementaire seulement et non par des décisions *ad hoc*⁸⁸, la mise en marché d'un produit réglementé sur une base de quotas et de prévoir, toujours par voie réglementaire, la fixation et l'attribution de quotas à des personnes à l'égard de la mise en marché du produit réglementé sur la base que l'Office jugerait appropriée. Ce dernier exerça ce pouvoir en adoptant un règlement qui répétait les termes mêmes du mandat qui lui avait été confié :

L'Office de mise en marché peut fixer et attribuer des quotas à des personnes à l'égard de la mise en marché du lait, sur la base qu'il juge appropriée.⁸⁹

Le juge Laskin exprima clairement l'opinion de la majorité sur le recours à cette procédure :

L'alinéa 11 de l'art. 8(1) est une clause « prévoyant » telle et telle chose: la Commission, et par délégation, l'Office, sont autorisés à établir par règlement un système de quotas et des quotas. L'Office a exercé ce pouvoir en usant des termes mêmes du mandat qui lui a été conféré. Il n'a pas établi un système de quotas ni attribué des quotas, mais a simplement repris la formule de la loi, en ne précisant aucune norme et en laissant tout à sa discrétion . . .

« Le fait que les pouvoirs conférés doivent être exercés sur la base que l'Office juge appropriée ne l'autorise pas à ne pas préciser ses normes dans le règlement.

85. R. DUSSAULT, *op. cit. supra* note 2, p. 774. Cette hypothèse n'en est vraiment pas une de délégation illégale à moins qu'on ne la considère comme une délégation à soi-même.

86. *Brandt Dairy Co. Ltd v. Milk Commission of Ontario*, *loc. cit. supra* note 75.

87. *Loc. cit. supra* note 77.

88. *Id.*, art. 8 (1) para. 11. L'interprétation à l'effet que cet article ne permettait pas à l'office d'agir autrement que par règlement a été confirmée à nouveau dans la décision *Re Bedesky and Farm Products Marketing Board of Ontario*, *loc. cit. supra* note 76, aux pages 495 ss. Cette conclusion de l'arrêt *Brandt* allait à l'encontre d'un jugement antérieur de la Cour suprême dans *Robbins v. Ontario Flue-Cured Tobacco Growing Marketing Board*, [1965] R.C.S. 431, dans lequel la Cour avait fait sienne les propos du juge Grant de la Ontario High Court, (1964) 41 D.L.R. (2d) 107, à la page 117 : « (The Act) makes it clear that it was the intention of legislative to confer an unrestricted discretion (on the authority). There are no limits in the Act of the discretion granted to the Board and there is nothing therein requiring the Board to set up standards ». Cette décision ne fait donc plus autorité.

89. Ont. Reg. 52/68, a. 42, maintenant R.R.O., 1970, Reg. 592.

Cette clause de la loi habilitante qui se distingue par l'expression « juge approprié » donne une grande latitude à l'Office (en sa qualité de sous-délégué) dans l'établissement et la fixation de quotas, mais, selon mon interprétation de la loi, elle ne lui permet pas d'échapper à son obligation d'incorporer sa ligne de conduite dans un règlement.

Les organismes créés par statut qui ont le pouvoir de faire quelque chose par règlement n'agissent pas dans les limites de leurs attributions en se contentant de reprendre, dans un règlement, les termes par lesquels ce pouvoir a été conféré. C'est là se soustraire à l'exercice de ce pouvoir et, de fait, c'est là faire d'un pouvoir législatif un pouvoir administratif. Cela équivaut à une nouvelle délégation que l'Office se fait à lui-même, dans une forme différente de celle qui a initialement été autorisée.⁹⁰

Le juge Laskin poursuit :

Je ne méconnais pas l'élément discrétionnaire qui est en jeu lorsque l'on octroie des pouvoirs à la Commission puis, par le biais de la sous-délégation, à l'Office en cause dans la présente espèce . . . Ce à quoi l'on peut s'occuper, selon mon interprétation du droit, ce n'est pas à l'étendue de la délégation ou de la sous-délégation, mais au défaut du sous-délégué (défaut de la Commission elle-même en sa qualité de déléguée) de fournir ne serait-ce qu'un minimum de directives et de précisions . . . On a donné à la Commission la discrétion d'établir des « règles » en certaines matières et on l'a autorisée à sous-déléguer son pouvoir à l'Office. En sa qualité d'organisme de réglementation, chacun d'eux peut conserver un pouvoir discrétionnaire quant à l'exécution ou à l'application des « règles », mais ce n'est pas le cas pour autant que l'art. 4 est en jeu. Aucune « règle » n'a été énoncée.⁹¹

On note avec intérêt que même si l'Office a négligé de réglementer adéquatement, il avait tout de même jugé nécessaire d'indiquer sa ligne de conduite en publiant une note et en émettant quelques déclarations sur sa politique⁹².

La majorité de la Cour suprême invoqua l'autorité de l'arrêt *Attorney-General of Canada v. Brent*⁹³. Dans cette affaire, le gouverneur général en conseil avait adopté un règlement par lequel il délégua clairement à un enquêteur spécial le pouvoir d'agir discrétionnairement à l'égard des matières qui devaient faire l'objet du règlement. La Cour déclara illégal un tel règlement :

Parliament had in contemplation the enactment of such Regulations . . . as his Excellency in council's own opinion were advisable and not a wide divergence of rules and opinions.⁹⁴

90. *Brandt Dairy Co. Ltd v. Milk Commission of Ontario*, loc. cit. supra note 75, à la page 146. Voir également *Re Canadian Institute of Public Real Estate Companies and City of Toronto*, (1977) 70 D.L.R. (3d) 97, aux pages 104 à 107.

91. *Ibid.*, à la page 150.

92. *Ibid.*, à la page 151.

93. (1956) 2 D.L.R. 503.

94. *Ibid.*, à la page 505.

L'arrêt *Brandt* pouvait également être appuyé par une autre décision de la Cour suprême, dans l'affaire *Verdun v. Sun Oil Ltd*, où le juge Fauteux écrivait :

Thus, s. 76 effectively transforms an authority to regulate by legislation into a mere administrative and discretionary power to cancel by resolution a right which, untrammelled in the absence of any by-law, could only, in a proper one, be regulated.⁹⁵

De même, un règlement sera *ultra vires* s'il spécifie que l'emploi d'un fonctionnaire prendra fin à la discrétion du ministre lorsque par ailleurs la loi habilitante prévoit l'adoption d'un règlement déterminant un âge auquel ce fonctionnaire doit cesser de travailler⁹⁶. Évidemment, un citoyen ne pourra à l'inverse prétendre que le pouvoir de « prescrire la manière de déterminer la valeur des biens » devrait être exercé sur une base individuelle⁹⁷. En plus de l'arrêt *Verdun*, plusieurs décisions en droit municipal avaient déjà adopté l'approche de la Cour dans l'arrêt *Brandt*⁹⁸.

Les tribunaux ont analysé ces divers exercices du pouvoir réglementaire en étudiant directement le texte législatif lui-même et en se prononçant sur le sens des mots utilisés. Ils n'ont donc pas eu recours à une approche plus abstraite fondée sur l'application directe de la maxime *delegatus non potest delegare* à des pouvoirs législatifs⁹⁹.

95. (1952) 1 D.L.R. 529, à la page 534.

96. *The Queen v. Robertson*, (1973) 30 D.L.R. (3d) 383.

97. *M.N.R. v. Creative Shoes Ltd*, [1972] C.F. 993, à la page 1001 où l'expression « prescrire » a été interprétée comme signifiant « prescrire par règlement ». Voir aussi *Berryland Canning Co. Ltd v. The Queen*, (1974) 44 D.L.R. (3d) 568.

98. Certaines de ces décisions sont, comme dans *Verdun*, des exemples de la création à son propre bénéfice d'un pouvoir discrétionnaire sous le couvert d'un règlement : *Cité d'Outremont v. Protestant School Trustees*, [1952] 2 R.C.S. 506; *The Town of St-Louis v. Citizens Light and Power Co.*, (1904) 13 B.R. 19; *Ville St-Laurent v. Marien*, [1953] B.R. 792. Le même raisonnement s'applique évidemment si le règlement vise à créer une discrétion au bénéfice d'une autre personne : *Vic Restaurant v. City of Montreal*, [1959] R.C.S. 58, à la page 99 : (le juge Cartwright) : « The impugned provision of by-law no 862 appears to me to be fatally defective in that no standard, rule or condition is prescribed for the guidance of the Director ». *Re Pride Cleaners and Dyers Ltd*, (1967) 50 W.W.R. 655; *Re Davis and Village of Forest Hill*, (1965) 47 D.L.R. (2d) 392; *Regina v. Carland Ltd*, (1962) 38 W.W.R. 439; *Blais v. Ville de Berthierville*, [1961] C.S. 176; *City of Toronto v. Outdoor Neon Displays Ltd*, [1960] R.C.S. 307.

99. Voir P.H. THORP, « The Key to the Application of the maxim « Delegatus non potest delegare » », *loc. cit. supra* note 14. Thorp dit que la question de l'application de cette maxime est « (...) essentially one of the construction of the statute, and in the construction of any statute, if the intention underlying a particular provision is unclear from the words of that provision, the court must turn to the language, scope and purposes of the whole enactment (...) » (à la p. 87) et non « (...) whether the subdelegated function fits into the legislative, administrative or judicial categories, whatever that may be (...) » (à la p. 90). J. WILLIS, « Delegatus non potest delegare », (1943) 21 R. du B. Can. 257.

2.3.4. Le degré de précision de la norme

Les tribunaux ont donc reconnu le principe qu'un règlement doit établir une norme. Toutefois, le degré de précision requis de cette norme est difficile à établir. Cette approche rejoint la question de l'imprécision ou de l'incertitude d'un règlement¹⁰⁰. Bien qu'il ne soit pas possible de définir de façon très précise la frontière entre une norme acceptable et une norme imprécise, il est nécessaire d'établir les guides que reconnaissent les tribunaux.

Une première approche peut être définie en fonction de l'administré qui doit agir conformément à la norme :

It is to be expected that the by-law creating such obligations will itself be so explicit that a well intentioned citizen seeking to observe the provisions of the by-law may, from a reading of (it), without the enlargement of its requirements by the aides of a municipal servant, be able to satisfy himself that he has complied with its requirements.¹⁰¹

Cette approche rigide est acceptable lorsqu'il s'agit de définir des normes de construction en relation avec la sécurité contre le feu, comme dans l'affaire *Sandler*, mais nous ne croyons pas qu'elle doive servir de test d'application générale sur le degré de précision requis d'un règlement. En effet, il est également nécessaire de tenir compte de l'objet du règlement et des politiques recherchées par la loi qui autorise le règlement¹⁰². Ainsi, la définition d'une faute déontologique n'a pas à être aussi précise que l'épaisseur d'une feuille d'amiante¹⁰³. De même, on comprend que le lieutenant-gouverneur en conseil québécois, appelé à définir les normes qui déterminent la connaissance d'usage de la langue française requise des candidats à un permis d'une corporation professionnelle, ait trouvé opportun de recourir à des tests dont il ne pouvait donner les questions et les réponses dans le règlement¹⁰⁴. L'évaluation des candidats aux bourses d'études supérieures peut également laisser place à une certaine discrétion¹⁰⁵. L'autorité réglementante doit établir des

100. R. DUSSAULT, *op. cit. supra* note 2, aux pages 768 ss.; S.A. DE SMITH, *op. cit. supra* note 2, aux pages 312-313.

101. *R. v. Sandler*, (1972) 21 D.L.R. (3d) 286.

102. Voir P.A. COTE, « Le règlement municipal indéterminé », (1973) 33 *R. du B.* 474.

103. *Pottinger v. Council of College of Dental Surgeons of British Columbia*, [1973] 3 W.W.R. 183.

104. *Règlement relatif à la connaissance d'usage de la langue française nécessaire pour l'obtention d'un permis d'une corporation professionnelle*, (1976) 108 *Gazette officielle du Québec* 3903.

105. *Règlement des bourses de l'enseignement supérieur du ministère de l'Éducation 1975-76*, (1975) 107 *Gazette officielle du Québec* 3646.

normes qui doivent être raisonnablement précises¹⁰⁶ compte tenu de la loi habilitante. La marge de discrétion qui est susceptible de demeurer dans l'application du règlement doit devoir être exercée en fonction des objectifs recherchés par la loi¹⁰⁷. À cet égard, l'autorité réglementante doit être encouragée à développer les techniques les plus souples possibles pour établir des normes.

Le règlement est devenu un des instruments d'énoncé de politique des plus importants de l'administration contemporaine. Son rôle dans la limitation du pouvoir discrétionnaire est fondamental. Même si les tribunaux demeurent silencieux sur la question du choix entre l'énoncé d'une politique par décisions *ad hoc* et l'énoncé réglementaire, il est essentiel qu'ils contribuent à préserver l'objet même du règlement, soit l'établissement de normes : « L'exercice d'un pouvoir réglementaire doit avoir pour objet l'adoption de normes générales et non l'établissement d'une discrétion administrative »¹⁰⁸.

2.4. La discrétion et l'énoncé administratif d'une politique

Dans le cadre établi par la loi et les règlements, l'administrateur exerce la discrétion administrative qui lui est conférée. À l'intérieur de ces limites, il doit maintenant développer la politique qu'il suivra pour exercer cette discrétion¹⁰⁹. Il doit aller plus loin que la loi et les règlements et combler la différence entre le degré de précision de ces derniers et le degré de précision de la norme nécessaire pour exercer la discrétion dans chaque cas¹¹⁰. C'est ce processus que nous identifions comme celui

106. *McEldowney v. Forde*, [1969] 3 W.L.R. 179, 205; (Lord Diplock) : « A regulation whose meaning is so vague that it cannot be ascertained with reasonable certainty cannot fall within the words of (the enabling disposition) ». Voir à ce sujet, l'argumentation bien nuancée du juge Osler dans *Re Canadian Institute of Public Real Estate Companies and City of Toronto*, *loc. cit. supra* note 90; J.A. FARMER, *Tribunals and Government*, *op. cit. supra* note 45, p. 95.

107. Une étude détaillée du degré de précision atteint dans certains règlements concernant la sécurité du travail : P.A. COTE et G. LORD, *Validité et application des règlements concernant la salubrité et la sécurité du travail dans les mines et les carrières*, Comité d'étude sur la salubrité dans l'industrie de l'amiante, Document no 3, Québec, Éditeur Officiel du Québec.

108. R. DUSSAULT, *op. cit. supra* note 2, à la page 774.

109. H.W.R. WADE, *Administrative Law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1971, 207 : « In truth, every discretionary administrative decision involves policy to some extent ».

110. R.G.S. BROWN, *The Administrative Process in Britain*, Londres, Methuen and Co., 1971, p. 19 : « From merely administering legislation, civil servants began to interpret it and to prepare schemes for its implementation ».

de l'élaboration d'une politique administrative, comme l'expliquait très bien le juge Thorson de l'ancienne Cour de l'échiquier du Canada :

When the minister makes his discretionary determination that an expense is to be disallowed as excessive he does an administrative act, but in my view, his determination is more than that. He is acting in respect of a policy which Parliament has indicated but not defined. It has left the limits of the field in which he is to operate to be defined by him in his discretion; the Minister's determination is thus really a definition of policy¹¹¹.

2.4.1. L'élaboration d'une politique administrative

La politique administrative doit s'insérer dans le contexte de la loi et des règlements. Hehner les rattache aux facteurs suivants :

with the principles which should guide public servants . . . with the communication of common understanding of the social purpose of legislation to the increasing numbers of public servants, often remote by status or by geography from the politically responsible ministers of the Crown . . . with there being an understanding of the objectives which individual exercises of discretion should seek to serve.¹¹²

Les tribunaux ont depuis longtemps reconnu que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire impliquait la possibilité d'élaborer une politique. Ainsi, dans *R. v. Port of London Authority, ex parte Kynoch Ltd*, lord Bankes écrivait :

I think counsel for the applicants would admit that if the policy has been adopted for reasons which the tribunal may legitimately entertain, no objection could be taken to such a course.¹¹³

Cette approche a été retenue pour déclarer appropriée la conduite des magistrats qui, dans l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, comme la délivrance de permis de vente d'alcool, développaient des lignes de conduite¹¹⁴. A fortiori, les ministres « must be able to lay down general

111. *Pure Spring Co. Ltd v. Minister of National Revenue*, (1974) 1 D.L.R. 501, 508.

112. E. HEHNER, *loc. cit. supra* note 45, p. 329.

113. [1919] 1 K.B. 176, 184.

114. *R. v. Holborn Licensing Justices, ex parte Stratford Catering Co.*, (1927) 136 Law Times 278; *R. v. Rotherham Licensing Justices, ex parte Chapman*, [1939] 2 All. E.R. 710, 715 : (le juge Humphreys) : I by no means, desire to whittle away the powers which, in my opinion, the licensing justices undoubtedly possess to make certain general rules, *R. v. Torquay Licensing Justices, ex parte Brockman*, [1951] 2 K.B. 280; voir aussi *R. v. Walsall Justices*, (1854) 24 Law Times (O.S.) 111; *Boyle v. Wilson*, [1907] A.C. 45. Pour un commentaire sur d'autres décisions anciennes ne reconnaissant pas la même possibilité d'élaborer des politiques, voir R.F.V. HEUSTON, « Policy and Discretion Licensing Cases », (1952) 15 *Modern L.R.* 353.

policy »¹¹⁵. Par exemple, lorsqu'un ministre décide en appel sur des questions d'opportunité en matière de zonage, il peut prendre ses décisions dans le cadre d'une politique¹¹⁶. Le maître des rôles de la Cour d'appel anglaise, lord Denning, a réitéré cette approche :

it is perfectly legitimate for an administrative body such as an education authority to lay down a general policy which it proposes to adopt in the cases before it.¹¹⁷

La Cour d'appel du Québec a repris cette approche développée depuis longtemps au Royaume-Uni¹¹⁸ ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario qui a reconnu que « (. . .) the right of an administrative tribunal to formulate general principles by which it is to be guided is undoubted »¹¹⁹. L'attitude des tribunaux tient donc compte de la réalité vécue par l'administrateur qui doit situer ses décisions dans un contexte rationnel qu'il ne peut uniquement trouver dans la politique énoncée dans la loi ou les règlements.

Par ailleurs, une politique de gestion interne d'un organisme peut parfois être difficilement distinguée de la politique qui doit guider une décision discrétionnaire particulière, comme l'indique ce commentaire du Ministère de la santé nationale et du bien-être social devant le Comité fédéral sur les instruments statutaires :

Il est presque impossible en certains cas de distinguer entre une instruction émise dans l'accomplissement des travaux courants et une instruction qui pourrait être considérée comme une législation complémentaire. Il est encore plus difficile, à

-
115. *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, [1969] 1 All. E.R. 904; *Stringer v. Minister of Housing and Local Government*, [1971] 1 All. E.R. 65; *British Oxygen Co. v. Minister of Technology*, [1971] A.C. 610; *Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation loc. cit. supra* note 60.
116. *Lavender and Son v. Minister of Housing and Local Government*, [1970] 1 W.L.R. 1231; *B. Johnson and Co. (Builders) Ltd v. Minister of Health*, [1947] 2 All. E.R. 395; *Franklin v. Minister of Town and Country Planning*, [1948] A.C. 87.
117. *Cumings v. Birkenhead Corporation*, [1971] 2 All. E.R. 881, 885. En Nouvelle-Zélande, la Cour suprême disait qu'il était « (. . .) quite clear in the light of the British Oxygen case that there is in general no legal objection to an administrative body formulating a general rule of policy (. . .) », dans *Hamilton City v. Electricity Distribution Commission*, (1970-72) 15 *New Zealand Local Gov. R.* 23, à la page 52.
118. *National Cablevision Ltd v. Régie des services publics*, [1975] C.A. 335; *Lecavalier v. Montmorency Ford Sales Ltée*, [1976] C.A. 19.
119. *Re Hopedale Developments Ltd and Town of Oakville*, (1967) 47 D.L.R. (2d) 482, 486; *Re Armstrong and Canadian Nickel Co. Ltd*, (1970) 9 D.L.R. (3d) 330, à la page 335. Voir aussi *Calgary Power Ltd v. Copithorne*, (1959) R.C.S. 24; *City of Vancouver v. Simpson*, (1976) 65 D.L.R. (3d) 669; *Re Sheehan and Criminal Injuries Compensation Board*, (1975) 52 D.L.R. (3d) 728.

la réflexion, de distinguer entre les instructions qui peuvent viser le public et celles qui ne visent pas le public, mais seulement le ministère.¹²⁰

R. Dussault considère ces normes ainsi :

En somme, malgré l'absence d'autorisation légale précise et de sanction judiciaire, il reste que dans les faits les directives quasi-réglementaires ont d'importantes répercussions juridiques sur les droits des administrés, et qu'en conséquence elles peuvent être considérées comme des textes réglementaires issus d'un pouvoir réglementaire implicite.¹²¹

Nous croyons, comme P. Garant et H. Grenier¹²², que ces directives ne peuvent être qualifiées de texte réglementaire¹²³. Nous préférons les considérer comme des énoncés d'une politique qui peut valablement être préparée.

La politique administrative peut de plus se retrouver dans tout genre de documents puisqu'il n'existe aucune obligation à ce qu'elle soit exprimée sous une forme ou sous une autre, telle que des directives, des raisons à l'appui d'une décision, des lettres, des discours, des circulaires, des notes aux employés, etc . . .

L'élaboration d'une politique administrative est une partie inhérente de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Toutefois, il est important de déterminer sa portée juridique dans l'exercice de cette discrétion. Bien que la politique n'ait pas l'effet juridique d'un règlement, l'administrateur ne peut-il pas en faire une « loi administrative » limitant ainsi la discrétion qui lui a été conférée¹²⁴ ? Nous croyons qu'un tel comportement va au-delà de ce qui lui est permis mais que le recours à une politique peut constituer un facteur important pour organiser l'exercice de la discrétion et accroître les possibilités que la décision prise sera motivée par rapport à l'ensemble des décisions prises tout en respectant le caractère particulier du cas individuel. L'administré peut, selon le résultat désiré, contester l'application de la politique ou, au contraire, la rechercher.

2.4.2. L'application de la politique est contestée

Dans cette première hypothèse, l'administré peut invoquer trois motifs. Il peut prétendre que la discrétion n'a pas réellement été exercée

120. MARC MACGUIGAN, *Troisième rapport du comité spécial sur les instruments statutaires*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p. 25.

121. *Op. cit. supra* note 2, à la page 716. Voir l'opinion du juge Pigeon dans *Martineau v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, (1977) 74 D.L.R. (3d) 1.

122. *Loc. cit. supra* note 62.

123. *Supra* notes 62 et 63 et texte pertinent. Voir aussi R.E. MEGARRY, « Administrative quasi-legislation », (1944) 60 *Law Quarterly Review* 125.

124. J.F. GARNER, *Administrative Law*, 4^e éd., Londres, Butterworths, 1974, aux pages 80 ss.

dans son cas puisque l'administrateur n'aurait fait qu'appliquer automatiquement une politique; il peut également contester la décision en disant que l'autorité administrative chargée d'exercer la discrétion ne l'a pas fait elle-même puisqu'elle se serait limitée à exercer la politique élaborée par un autre, notamment la politique générale du gouvernement; enfin, il peut prétendre que l'énoncé de politique équivaut à faire preuve de partialité.

2.4.2.1. La politique qui lie l'exercice du pouvoir discrétionnaire

La création d'un pouvoir discrétionnaire implique que son détenteur doit agir à sa discrétion dans chaque cas qui doit faire l'objet d'une décision. D'une part, il est admis que l'administrateur peut élaborer une politique et, d'autre part, on exige des décisions particularisées. Ce paradoxe peut être analysé sous plusieurs angles. La jurisprudence britannique est particulièrement riche à ce sujet.

Déjà au 19^e siècle, les tribunaux anglais sont intervenus pour garantir l'exercice de la discrétion en fonction des faits de chaque cas. Lord Turner énonçait cette règle dans l'affaire *Tinkler v. The Board of Works for the Wandsworth District* :

The Board were bound to exercise their jurisdiction in each particular case and (. . .) it was not competent to them to lay down any such rule¹²⁵.

Par exemple, l'obligation pour le propriétaire d'une maison de prévoir « *a sufficient water-closet* », *earth-closet or privy* » ne permet pas à l'organisme administratif chargé d'appliquer cette loi, d'exiger dans tous les cas un système particulier (celui du « *water-closet* »)¹²⁶. Chaque décision semble devoir être prise à son mérite ce qui constitue « (. . .) quite a different thing from saying that in every case, it would be right to apply a hard and fast general rule »¹²⁷. Toutefois, la formulation classique de ce principe, jusqu'à récemment, était celle de lord Bankes dans l'arrêt *R. v. Port of London Authority, ex parte Kynoch* :

There are on the one hand cases where a Tribunal in the honest exercise of its discretion has adopted a policy, and, without refusing to hear an applicant, intimates to him what its policy decide against him, unless there is something

125. (1858) 27 *Law Journal (Ch.)* 342; cf. aussi *R. v. Glamorganshire J.J.*, (1850) 19 *Law Journal (M.C.)* 172; *R. v. Merionethshire J.J.*, (1844) 6 *Q.B.* 63; *R. v. Sylvester*, (1862) 31 *Law Journal (M.C.)* 93.

126. *Wood v. Widnes Corporation*, (1898) 1 *Q.B.* 462, voir sur cette décision, H.L. MOLOT, « The Self-Created Rule of Policy and Other ways of Exercising Administrative Discretion », (1972) 18 *McGill L.J.* 319; au même effet, voir *R. v. London County Council, ex parte Corrie*, (1918) 1 *K.B.* 68.

127. *R. v. Holborn Licensing Justices, ex parte Stratford Catering Co.*, *loc. cit. supra* note 114, p. 281.

exceptional in his case (. . .) On the other hand there are cases where tribunal has passed a rule or come to a determination, not to hear any application of a particular character by whomsoever made. There is a wide distinction to be drawn between the two classes.¹²⁸

Cette approche a par la suite été adoptée d'une manière restrictive dans *R. v. Rotherham Licensing J.J., ex parte Chapman* :

The rule itself, however, or the principle if that word be preferred, seems plainly designed to prevent the application of an unfettered judgment to the individual case, and to prescribe in advance a hard-and-fast rule, save in exceptional circumstances.¹²⁹

Par ailleurs, *R. v. Torquay Licensing J.J. ex parte Brockman* permet l'application d'une politique sous réserve que l'on décide de son applicabilité dans chaque cas¹³⁰. Lord Devlin s'exprima de la même façon dans *Merchandise Transport Ltd v. British Transport Commission* :

(. . .) a tribunal may not make rules which prevent from examining each case on its merits.¹³¹

Cette question de la relation entre l'application de la politique et l'exercice de la discrétion a continué à faire l'objet de décisions des tribunaux anglais. Plus récemment, un ministre décidant en appel de questions de zonage a vu une de ses décisions être annulée par la Cour qui estima qu'il avait renoncé à exercer son pouvoir discrétionnaire en appliquant sa politique de façon rigide¹³². Une application semblable du test de lord Bankes fût faite dans l'affaire *Stringer v. Minister of Housing and Local Government*, où l'on permit l'application d'une politique sous réserve que « (. . .) the existence of that general policy does not preclude him from fairly judging all the issues which are relevant to each individual case as it comes up for decision »¹³³.

L'arrêt British Oxygen Co.

La Chambre des lords a toutefois jeté un éclairage nouveau sur cette série de décisions dans un arrêt *British Oxygen Co. v. Minister of Technology*, dans lequel lord Reid, commentant les propos de lord Bankes, dit :

I see nothing wrong with that, but the circumstances in which discretions are exercised vary enormously and that passage cannot be applied literally in every

128. *Loc. cit. supra* note 113, p. 184.

129. *Loc. cit. supra* note 114, p. 714.

130. *Loc. cit. supra* note 114, p. 789.

131. (1962) 2 Q.B. 173, p. 193.

132. *Lavender v. Minister of Housing and Local Government, loc. cit. supra* note 116.

133. *Loc. cit. supra* note 115, p. 80.

case. The general rule is that anyone who has to exercise a statutory discretion must not « shut » his ears to an application.¹³⁴

Dans cette affaire, le ministre avait le pouvoir de donner des octrois pour favoriser le développement industriel. À cette fin, il avait toutefois établi une politique à l'effet qu'aucun octroi ne serait donné pour l'achat d'équipement coûtant moins de \$65.00. La compagnie qui désirait acheter plusieurs milliers de bonbonnes s'estimait lésée par l'application de cette politique. Lord Reid donna cependant raison au ministre, à la condition qu'il « écoute » ce que la compagnie avait à dire. Ces propos suggèrent une approche fort différente. Alors que les décisions dans la ligne de celle de lord Bankes dans *ex parte Kynoch* insistaient pour que les décisions soient prises à leur mérite, au fond, malgré l'élaboration d'une politique, l'arrêt *British Oxygen* suggère que la réserve à l'application de la politique n'est peut-être que procédurale, à savoir donner l'occasion à l'administré d'être entendu¹³⁵. Dans cette même décision, le vicomte Dilhorne alla même très loin puisqu'il suggéra que l'application d'une politique était légitime au point que l'administré doit non plus démontrer qu'il mérite une exception à la politique mais que c'est cette dernière même qui doit être changée :

I must confess that I feel some doubt whether the words used by lord Bankes (. . .) are really applicable to a case of this kind. It seems somewhat pointless and a waste of time that the Board should have to consider applications which are bound as a result of its policy decisions to fail. Representations could of course be made that the policy should be changed.¹³⁶

Cet arrêt de la Chambre des lords créa l'incertitude sur les critères qui devaient être utilisés pour analyser l'exercice de la discrétion administrative comme en fait foi la décision de la Cour d'appel britannique dans *Sagnata Investments Ltd v. Norwich Corporation*¹³⁷. D'une part, la majorité revint au test rattaché au fond de la décision et conclut que la municipalité avait refusé d'exercer sa discrétion en appliquant sa politique sans réellement se prononcer sur les faits pertinents à cette décision. D'autre part, lord Denning, s'appuyant sur l'arrêt *British Oxygen*, reprit le test relatif à la procédure :

134. *Loc. cit. supra* note 115, p. 625.

135. La Cour d'appel avait déjà suggéré cette approche dans *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs loc. cit. supra*, note 115, p. 908 : « (Lord Denning, M.R.) So long as the Minister is ready to listen to reasons why, in an exceptional case, that policy should not be applied ».

136. *Loc. cit. supra* note 115, p. 625.

137. (1971) 2 Q.B. 617. Voir également *Cummings v. Birkenhead Corporation, loc. cit. supra* note 117.

I take it to be perfectly clear now that an administrative body, including a licensing body, which may have to consider numerous applications of a similar kind, is entitled to lay down a general policy which it proposes to follow in coming to its individual decisions, provided always that it is a reasonable policy which it is fair and just to apply. Once laid down, the administrative body is entitled to apply the policy in the individual cases which come before it. The only qualification is that the administrative body must not apply the policy so rigidly as to reject an applicant without hearing what he has to say.¹³⁸

Cette interprétation peut évidemment conduire à une situation où l'administré peut être informé que son cas doit être tranché conformément à la politique établie même si les faits pourraient justifier une décision en sa faveur si ce n'était de cette politique. Les tribunaux n'interviendraient pas s'il a par ailleurs été en mesure de se faire entendre. Alors que l'administré espère profiter de la souplesse que permet le pouvoir discrétionnaire, il rencontre une norme administrative qui semble, dans les faits, avoir autant de force que la norme réglementaire ou législative. Nous croyons que cette approche permet trop facilement à l'administration « d'écouter » les représentations de l'administré sans à avoir véritablement à se prononcer sur les mérites du cas individuel¹³⁹.

Les arrêts québécois et canadiens

Les tribunaux québécois et canadiens n'ont été appelés que beaucoup plus récemment à étudier cette question. On peut toutefois constater qu'un cheminement analogue a été effectué. En 1967, la Cour d'appel d'Ontario décidait que « (. . .) to lay some considerations down as principles by which the Board would be guided may therefore be both reasonable and wise but to say that the applicant must comply with them before the Board will allow the application is clearly wrong »¹⁴⁰. De même, un registraire délivrant des permis de vendeurs itinérants aux conditions qu'il estime nécessaires ne peut décider de façon absolue de ne pas accorder de permis à des vendeurs ayant recours à la méthode dite pyramidale¹⁴¹. Dans *Re Armstrong and Canadian Nickel Co. Ltd*, le test de l'exercice de la discrétion au mérite de chaque cas fut appliqué¹⁴².

138. *Id.*, à la page 626.

139. *Id.*, à la page 639 : voir les propos de Lord Phillimore.

140. *Loc. cit. supra* note 119, p. 486.

141. *Re Jackson and Beaudry*, (1970) 7 D.L.R. (3d), p. 737.

142. *Loc. cit. supra* note 119. Voir également *R. ex re. Wilson v. Holmes*, (1931) 3 D.L.R. 218 (un inspecteur sanitaire doit poser un jugement dans chaque cas pour déterminer si une habitation est salubre). *Re Copeland and Adamson*, (1972) 28 D.L.R. (3d) 26 (chaque décision relative à l'écoute électronique doit être prise à son mérite). Voir également *Sarachman c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, (1974) R.L. 462 et *Commission scolaire de Matane c. Conseil provisoire de la Commission scolaire de Matane* (1973) R.P. 171.

Cette approche semble toutefois avoir évolué vers une approche qui exige moins d'attention dans chaque cas.

Le meilleur exemple canadien des relations qui devraient exister entre l'obligation d'exercer un pouvoir discrétionnaire et l'application d'une politique est celui fourni par les divers efforts de la Commission canadienne des transports¹⁴³ pour mettre en œuvre une politique générale qui visait à interdire à certains transporteurs d'opérer entre des destinations mentionnées en vertu de permis d'autres transporteurs afin de préserver un monopole en faveur de ces derniers. En 1967, la Cour d'appel de la Colombie Britannique décida¹⁴⁴ qu'une ordonnance générale à cet effet¹⁴⁵, datant de 1951, était *ultra vires* puisque ni la loi¹⁴⁶ ni les règlements¹⁴⁷ n'habilitaient l'ancienne Commission à adopter une règle d'application générale. Suite à cette décision et à l'adoption de la nouvelle loi¹⁴⁸, la Commission adopta une nouvelle ordonnance (no 1968-A-5), qui avait également pour effet de protéger ces monopoles. Cette fois, la Cour suprême du Canada décida que cette ordonnance n'était pas valide puisque, de l'avis de la Cour, la Commission ne pouvait appliquer une règle d'application générale que par l'adoption d'un règlement dûment approuvé par le gouverneur général en conseil comme c'était le cas en vertu de l'ancienne loi¹⁴⁹. En 1970, la Commission modifia son approche et décida d'arriver à ses fins par la modification de chacun des 450 permis de transporteurs concernés. Cette méthode fut contestée à nouveau, cette fois, devant la Cour fédérale. La décision d'appel de cette dernière s'appuya sur les arrêts *R. v. Port of London Authority, ex parte Kynoch*¹⁵⁰ et *Re Hopedale Developments Ltd and Town of Oakville*¹⁵¹ et déclara

143. Anciennement la Commission des transports du Canada : S.C. (1966-67), c. 69, art. 94. Voir la *Loi sur les transports*, S.R.C. 1970, c. N-17.

144. *R. v. North Coast Air Services*, *loc. cit. supra* note 63.

145. *Ordonnance générale 51515 de la Commission des transports du Canada*. La Commission était habilitée à adopter des règlements avec l'approbation du gouverneur-général en conseil mais l'ordonnance n'avait pas été adoptée en vertu de ce pouvoir.

146. *Loi sur l'aéronautique*, S.R.C. 1952, c. 2 (maintenant S.R.C. 1970, c. A-3).

147. *Règlement concernant le transport aérien commercial*, C.P. 1965-1440, DORS/65-369.

148. *Loc. cit. supra* note 143.

149. *North Coast Air Services v. Commission canadienne des transports*, *loc. cit. supra* note 63. Voir également *Procureur général du Canada v. Commission des relations de travail dans la fonction publique*, (1977) 74 D.L.R. (3d) 307, où un règlement limitant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire spécifique a été jugé *ultra vires* parce que les dispositions habilitant l'organisme à adopter le règlement n'étaient pas suffisamment précises pour permettre la limitation d'un pouvoir discrétionnaire, ainsi que *South Otago Hospital Board v. Nurses and Midwives Board*, (1972) *New Zealand Law Report* 828.

150. *Loc. cit. supra* note 128.

151. *Loc. cit. supra* note 119.

que la Commission pouvait dans l'exercice de sa discrétion dans chacune des 450 décisions appliquer sa politique générale en autant qu'il demeurait possible pour chacun des transporteurs d'essayer de justifier que son cas pouvait constituer une exception¹⁵². Ce trio de décisions illustre les distinctions qui existent entre le règlement, le pouvoir discrétionnaire et l'application d'une politique administrative. Le juge en chef Jackett a bien expliqué cette situation :

Je ne peux pas déduire du fait que la Commission n'avait pas le pouvoir d'adopter une interdiction par voie d'une ordonnance générale qu'elle ne pouvait adjoindre à chaque permis une condition ayant le même effet prohibitif. Si la Commission avait eu le pouvoir d'adopter une ordonnance prohibitive générale, elle aurait créé une interdiction légale quelles que soient les circonstances dans chaque cas particulier. Elle n'avait pas le pouvoir d'adopter un tel règlement. Par contre, la Commission a le pouvoir exprès d'adjoindre à un permis particulier une condition imposant une telle interdiction à son titulaire si elle estime que c'est « nécessaire ou désirable dans l'intérêt public » (art. 16 (6)) ou « si, à son avis, la commodité ou les besoins du public l'exigent » (art. 16 (8)). Ceci implique que la Commission étudie la situation particulière pour chaque permis, à la lumière des principes généraux d'orientation qu'elle a adoptés. Si, ce faisant, la Commission, par un raisonnement approprié, arrive au même résultat dans chaque cas, le résultat final est un exercice valable de ses pouvoirs même si, en fait, ce résultat est le même que celui qu'elle avait tenté antérieurement d'obtenir en utilisant un pouvoir réglementaire qu'elle ne possédait pas. Dans un cas, elle a fait ce que le Parlement l'a autorisée à faire. Dans l'autre, elle a tenté de faire ce qu'elle n'était pas en droit de faire.¹⁵³

Quelques décisions récentes laissent par ailleurs soupçonner que l'analyse des tribunaux s'approche de la ligne adoptée dans l'arrêt anglais *British Oxygen*¹⁵⁴. Dans *Re Capital Cities and CRTC*¹⁵⁵, la Cour a référé à ce dernier arrêt et suggéré une approche exprimée en relation à la

152. *Re North Coast Air Services*, (1972) C.F. 390. Comparer avec la technique utilisée par la Régie des Services Publics telle que décrite par P. Garant et H. Grenier, *loc. cit. supra* note 62, aux pages 528 et ss.

153. *Id.* à la page 396. H. Brun a suggéré que la portée de cette décision aurait été annulée par l'opinion majoritaire du juge en chef Laskin dans *Brandt Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario*, *loc. cit. supra* note 75. L'assertion de H. Brun est fondée sur une interprétation qui veut que le Milk Commission (ou Board) aurait été habilité à décider soit par l'adoption d'un règlement soit par décision *ad hoc*. Nous différons respectueusement d'avis, voir *supra* les notes 77 et 88 et les textes pertinents. De plus, nous doutons que l'arrêt *Brandt Dairy* puisse s'appliquer dans l'affaire *Re North Coast Air Services* puisque dans ce dernier cas, la Commission des transports ne possédait aucun pouvoir réglementaire pertinent. Si par ailleurs, le professeur Brun avait raison, la question du choix entre l'application d'une politique par règlement ou décision *ad hoc* serait tranchée puisqu'il faudrait conclure qu'il existe un devoir d'agir par règlement.

154. *Loc. cit. supra* note 115.

155. (1975) 52 D.L.R. (3d) 415.

procédure. De même, dans *Re Bedesky and Farm Products Marketing Board*¹⁵⁶, on a permis une application générale d'une norme sans que l'on ait requis de l'organisme qu'il considère véritablement les mérites de chaque cas¹⁵⁷.

Toutefois, on peut dire qu'en général la politique administrative ne doit pas limiter de façon formelle le pouvoir discrétionnaire mais en guider l'exercice. H.L. Molot a exprimé ainsi la différence fondamentale entre une telle politique et une « règle réglementaire illégale » :

It is whether the tribunal conducts itself in such a way as to convey the impression that it believes itself bound by the general rules in issue or whether that rule forms but one consideration among others which the administrative body can accept or reject at will.¹⁵⁸

Cette distinction entre les deux concepts est évidemment d'une grande importance pour l'administrateur qui désire élaborer des politiques dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires et ainsi organiser cet exercice.

2.4.2.2. La politique qui constitue une abdication de l'exercice du pouvoir discrétionnaire

Le second motif susceptible d'être invoqué par le citoyen qui désire contester l'application d'une politique est de prétendre que ceci équivaut à renoncer à l'exercice d'un pouvoir lorsque cette politique a été élaborée par une autre autorité. En effet, le pouvoir discrétionnaire conféré à une autorité publique doit réellement être exercé par cette dernière et non pas sous la dictée d'un autre organisme ou d'une autre personne¹⁵⁹. Ce principe a été appliqué dans des cas où une décision a été prise sous les ordres précis d'une autre autorité¹⁶⁰ mais il demeure pertinent lorsque la

156. *Loc. cit. supra* note 76. Au même effet, voir *Re Retmar Niagara Peninsula Developments Ltd*, (1976) 58 D.L.R. (3d) 517.

157. Voir aussi *Re Cruikshank*, (1976) 64 D.L.R. (3d) 420. L'arrêt *Lloyd v. Superintendent of Motor Vehicles*, (1971) 20 D.L.R. (3) 181 est toutefois un cas où la cour exigea que l'administrateur se forme une opinion précise dans chacune des décisions qu'il a à faire malgré qu'elles soient très nombreuses de même. *Sernach v. McTavish*, (1970) 15 *Fed. Law R.* (Aus) 381 est au même effet que l'arrêt *Lloyd*.

158. *Loc. cit. supra* note 126, p. 331. Voir également *Martin v. Ministre de l'Immigration et de la Main-d'œuvre*, [1972] C.F. 844; *Re Hershoran and City of Windsor*, [1974] 40 D.L.R. (3d) 171; *Re Cowlshaw and Director of Rehabilitation and Social Improvement*, (1972) 22 D.L.R. (3d) 508; *Alden v. Gagladi*, [1973] R.C.S. 199.

159. Voir R. DUSSAULT, *op. cit. supra* note 2, p. 1278; S.A. DE SMITH *op. cit. supra* note 2, p. 273.

160. *Jaillard v. City of Montreal*, (1934) 72 C.S. 112; *Roncarelli v. Duplessis*, *loc. cit. supra* note 60.

décision contestée a été prise dans le cadre d'une politique élaborée par une autorité autre que celle qui décide. Par exemple, on peut se demander jusqu'à quel point un pouvoir discrétionnaire donné peut être exercé en vertu de la politique générale d'un gouvernement plutôt que dans le cadre plus restreint d'une politique circonscrite aux facteurs qui influencent directement un pouvoir ? Les efforts incessants des gouvernements pour accroître la cohérence de leurs actions incitent les organismes administratifs à tenir compte de l'ensemble de la politique du gouvernement dans les décisions qu'ils doivent prendre par ailleurs de façon autonome.

Quelques décisions australiennes illustrent bien ce dilemme. Dans *King v. Mahoney, ex parte Johnson*¹⁶¹, l'autorité administrative a admis avoir tenu compte de la politique générale du gouvernement sans toutefois s'y croire liée. Cette attitude fut approuvée par la Cour qui dit que « (. . .) the officer was not debarred from considering the existence of such a policy (. . .) but above all, the discretion to be exercised would be his discretion, and he could not allow the Executive or any other person to exercise it for him »¹⁶². La Cour suprême d'Australie fut divisée sur une question semblable dans *The Queen v. Anderson, ex parte Ipec Air Pty Ltd*¹⁶³. Les deux juges minoritaires estimèrent que la discrétion n'avait pas réellement été exercée mais que l'autorité y avait renoncé en faveur du ministre ayant élaboré la politique¹⁶⁴. Toutefois, la majorité en décida autrement. Deux juges adoptèrent la ligne de conduite énoncée dans l'arrêt *Mahoney*¹⁶⁵ alors que le troisième juge alla beaucoup plus loin :

But, in my opinion, (his discretionary power) does not mean that he is to grant or refuse permission according to some view of his own, giving weight or no weight as he chooses to the policy of the Crown. On the contrary, I think his duty is to obey all lawful directions of the Minister under whom he serves the Crown. The Minister is answerable before Parliament.¹⁶⁶

Bien que cette dernière opinion mette en relief la nécessité de préserver la responsabilité ministérielle du ministre, elle néglige la répartition des pouvoirs prévus dans la loi qui a confié explicitement l'exercice d'un pouvoir à une autorité autre que le ministre. Nous croyons plutôt que la politique gouvernementale ne doit être qu'un des facteurs

161. (1931) 46 *Commonwealth L.R.* 131.

162. *Ibid.*, à la page 145.

163. (1965) 113 *Commonwealth L.R.* 177.

164. *Ibid.*, à la page 201 : « (le juge Kitto) What the officer did was to seek from his Minister, and then automatically obey, an *ad hoc* pronouncement from the Government as to the direction in which he ought to decide the matter ».

165. *Ibid.*, à la page 200.

166. *Ibid.*, à la page 206.

considérés et que cette politique ne doit pas indirectement constituer une directive formelle¹⁶⁷ ni d'ailleurs la politique d'un ministre à l'égard du pouvoir d'un autre ministre. Lorsque, par exemple, le pouvoir de décider en appel de certaines décisions a été conféré au ministre du logement, ce dernier ne peut considérer la politique du ministre de l'agriculture comme s'il s'agissait d'instructions¹⁶⁸ même si cette politique peut être pertinente. Cette délicate question de l'équilibre qui devrait exister entre le poids d'une politique gouvernementale et l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire vient également de faire l'objet d'une intéressante analyse dans l'arrêt *Re Multi-Malls and Minister of Transportation and Communications*¹⁶⁹. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'argument qu'un ministre pouvait « (. . .) as a general rule to have regard to all matters of interest to the Crown, and not be confined to matters relevant to his own department »¹⁷⁰. La Cour d'appel, s'appuyant sur l'arrêt *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*¹⁷¹ et quelques autres récents jugements ontariens¹⁷², en vint plutôt à la conclusion que la politique gouvernementale ne pouvait être considérée que dans le cadre de la promotion des objectifs législatifs établis dans la loi habilitante. Dans ce cas, cette loi traitait de l'usage de certaines routes de sorte que la Cour estima que le ministre ne pouvait se référer à une politique générale concernant l'utilisation du sol. Vue sous l'angle du gouvernement, on peut prétendre que cette décision place des embûches dans la mise en œuvre d'une politique cohérente. Toutefois, l'administré peut prétendre que les pouvoirs discrétionnaires créés par une loi doivent être exercés dans le contexte de celle-ci et non de tout élément de politique auquel le ministre jugerait bon de recourir. Ce serait d'ailleurs retomber là dans un arbitraire très grand.

167. *R. v. Stepney Corporation*, (1902) 1 K.B. 317; *Simms Motor Units Ltd v. Minister of Labour and National Service*, (1964) 2 All E.R. 201.

168. *Lavender v. Minister of Housing and Local Government* loc. cit. supra note 116. Un ministre peut toutefois tenir compte des vues d'un de ses collègues : *Darlassis v. Minister of Education*, (1954) 52 *Local Gov. Rep.* 304.

169. *Loc. cit. supra* note 60.

170. Jugement infirmé de la Cour divisionnaire, (1976) 61 D.L.R. (3d) 430, à la page 433.

171. [1968] A.C. 997. Voir aussi *Congreve v. Home Office* (1976) 2 W.L.R. 291.

172. *In the Matter of the Environmental Protection Act*, 1971 (non rapporté); *MacLean v. Liquor Licence Board of Ontario*, (1976) 61 D.L.R. (3d) 237; *Re Dinardo and Liquor Licence Board of Ontario*, (1974) 49 D.L.R. (3d) 537; *Teubner v. Minister of Highways*, (1965) 50 D.L.R. (2d) 195. Voir aussi *Att. Gen. for British Columbia v. Parklane Private Hospital*, (1974) 47 D.L.R. (3d) 57.

2.4.2.3. La politique, indice de partialité chez l'administrateur

Un troisième argument a été invoqué pour contester l'application d'une politique. Il arrive fréquemment que l'administrateur énonce cette politique à l'avance et crée ainsi chez le citoyen l'impression que son cas ne sera pas décidé avec impartialité. Les tribunaux ont toutefois rejeté cette proposition depuis très longtemps. Par exemple, le fait pour un magistrat d'émettre publiquement l'opinion que trop de permis ont déjà été délivrés dans un secteur donné ne peut l'empêcher de continuer à décider de donner suite ou non à des demandes de permis¹⁷³. De la même façon, la Cour d'appel du Québec a refusé de voir un élément de partialité dans les propos d'un président de la Régie des alcools du Québec qui, à l'ouverture d'une audience, déclarait qu'il ne serait plus aussi tolérant qu'auparavant envers les détenteurs de permis qui ne respectaient pas les lois et les règlements¹⁷⁴. Par ailleurs, le fait de prononcer un discours par le président du Comité sur le transport ferroviaire de la Commission canadienne des transports ne constitue pas un indice de partialité à l'égard d'un requérant à la délivrance d'un permis même si l'application de la politique énoncée dans le discours allait contre les vues de celui-ci¹⁷⁵. Evidemment, les principes énoncés précédemment concernant la nécessité d'évaluer chaque cas à son mérite ou, à tout le moins; de recevoir avec un esprit ouvert les commentaires de l'administré, demeurent pertinents¹⁷⁶. On constate toutefois, qu'en soi, l'annonce à l'avance d'une politique ne peut être retenue contre l'administrateur comme indice d'impartialité.

La réalité administrative nous amène même à conclure avec le professeur de Smith qu'une certaine partialité institutionnelle peut être justifiée :

It might have said that whilst the justices must not treat an individual application as a *chose jugée*, they are not obliged to act with the unblemished open-mindedness of the ideal judge, and that as members of an administrative tribunal concerned with the formulation and application of standards of policy it is enough in some cases for them to keep their minds ajar.¹⁷⁷

173. *Boyle v. Wilson*, loc. cit. supra note 114.

174. *Leduc et Chez Patee v. Régie des Alcools du Québec*, [1972] C.A. 344.

175. *R. v. Pickersgill, ex parte Smith*, (1970) 14 D.L.R. (3d) 717.

176. *Nanda v. Public Service Commission*, [1972] C.F. 277. Cf. R. DUSSAULT, op. cit. supra note 2, p. 1378.

177. S.A. DE SMITH, « Policy and Discretion in Licensing Functions », (1952) 15 *Modern L.R.* 73, 74.

Cette approche est d'autant plus justifiée lorsque la décision concernée peut être considérée comme une décision administrative plutôt qu'une décision quasi-judiciaire¹⁷⁸.

En résumé, les attaques judiciaires contre la légitimité de l'application d'une politique administrative n'ont pas réussi. Les tribunaux ont reconnu que l'administrateur détenteur d'un pouvoir discrétionnaire possédait implicitement le pouvoir d'élaborer une politique pour le guider dans l'exercice de cette discrétion. L'administrateur se doit de garder l'esprit ouvert aux mérites de chaque cas mais, en soi, le fait de tenir compte de cette politique ne peut lui être reproché. Cette conclusion ouvre donc d'importantes perspectives pour l'administrateur qui désire organiser l'exercice de sa discrétion.

Nous venons de voir les règles concernant l'application d'une politique mais, à l'inverse, il faut également étudier le cas de l'administrateur qui, contre la volonté de l'administré décide de ne pas mettre en œuvre la politique annoncée.

2.4.3. L'application de la politique est recherchée

Le citoyen qui conteste l'application d'une politique à son cas espère plutôt bénéficier d'une décision individualisée. Toutefois, ses intérêts peuvent au contraire lui faire espérer l'application d'une politique administrative qui a déjà été annoncée. Il soutiendra alors que le fait d'avoir annoncé le contenu d'une politique empêche l'administrateur de décider autrement. Si celui-ci souhaite organiser l'exercice de sa discrétion en rendant publique la politique qu'il souhaite mettre en œuvre, jusqu'à quel point l'administré peut-il se fier à cette politique et jusqu'à quel point, l'administrateur sera-t-il lié par sa propre politique ?

L'énoncé d'une politique peut-il être considéré comme une décision qui ne puisse plus être modifiée ? Le ministère canadien du revenu rend public des circulaires ministérielles exposant la politique du ministère relative à l'interprétation de la loi. Il a été décidé à quelques reprises qu'elles sont « (. . .) for the general guidance of their officers and cannot be regarded as the exercise of a statutory discretion by the respondent in any particular case »¹⁷⁹. Malgré ces décisions, la Commission de revision

178. *Franklin v. Minister of Town and County Planning*, loc. cit. supra note 116.

179. *Pioneer Laundry and Dry Cleaners v. M.N.R.*, (1939) 4 D.L.R. 481, à la page 484; voir aussi *Hearn Brothers Lumber Co. v. M.N.R.*, (1950) 50 D.T.C. 467; *Aspinall v. M.N.R.*, (1970) 70 D.T.C. 1669.

de l'impôt a décidé dans *Bowen v. Minister of National Revenue*¹⁸⁰ qu'un citoyen pouvait exiger l'application d'une circulaire :

I have come firmly to the conclusion that it is not now open to the Minister of plead Article X of the Schedule to the Canada — New Zealand Income Tax Agreement (having the force of law in Canada) to the exclusion of and, without having due regard to Information Bulletin No 41 (. . .).¹⁸¹

Cette décision a été renversée en Cour fédérale où le juge Cattanach a dit « (. . .) this information bulletin is nothing more than the Department's interpretation (. . .) is is not a statute ». Le ministère n'était donc pas tenu de s'y sentir lié.

La nature de ces bulletins est analogue à celle d'autres énoncés de politiques ou d'interprétation comme le *Manitoba Regulations Policy Manual* qui sert de guide administratif pour l'application du *Social Allowances Act* :

The policy Manual is helpful in casting light upon the interpretation and intent which those charged with responsibility for implementing the Social Allowances Act place upon its words, but nothing more.¹⁸³

Même si un organisme possède le pouvoir de faire des règlements, la publication de circulaires qui n'ont pas été adoptées selon la procédure prévue pour l'adoption d'un règlement ne peut en tenir lieu et l'administré ne peut en invoquer l'application¹⁸⁴. Même lorsque le pouvoir d'émettre des directives est prévu dans la loi, il semble qu'il ne soit pas possible d'exiger leur application si elles ne peuvent être identifiées comme un règlement. Cette règle a été appliquée aux directives du Commissaire des pénitenciers dont l'adoption est prévue explicitement par le paragraphe 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers* mais dont la portée diffère de celle d'un règlement :

These Directives may and probably do govern the employer-employee relationship within the administrative structure . . . but any conduct on the part of a staff member which in the absence of directives, would not constitute an infringement of some civil right or right conferred on the inmate by the statute and regulations does not by virtue of the directives become such an infringement. In other words, there is no obligation owed by a staff member to an inmate to adhere to

180. (1972) 72 D.T.C. 1161. Une décision identique a été rendue dans *Walker v. M.N.R.*, (1972) 72 D.T.C. 1167.

181. *Ibid.*, à la page 1166.

182. *Stickel v. M.N.R.*, (1972) 27 D.L.R. (3d) 721, à la page 731, infirmée pour d'autres motifs [1973] C.F. 259.

183. *Re Van Den Bosch and Minister of Health*, (1973) 30 D.L.R. (3d) 81, à la page 87. Voir au même effet, *Re O'Byrne and Bailey*, (1971) 3 O.R. 309.

184. *Park Lane Private Hospital Ltd v. Vancouver*, (1973) 33 D.L.R. (3d) 169, (1974) 47 D.L.R. (3d) 57. *Pillai v. City Council of Singapore*, *loc. cit. supra* note 73.

the directives. The duty owed by the staff member to the inmate must be found in the statute and regulations.¹⁸⁵

Cette décision vient de recevoir une confirmation importante par la Cour suprême dans l'affaire *Martineau v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*¹⁸⁶ où le juge Pigeon a émis l'opinion que ces directives étaient de nature administrative plutôt que législative et ne pouvaient donner ouverture au recours prévu à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. De plus, le juge Pigeon était d'avis que la diminution de la réduction statutaire de peine par une décision disciplinaire n'implique pas le devoir d'agir conformément au processus judiciaire. Le juge en chef Laskin, dissident, émit l'opinion contraire que dans un cas où le processus judiciaire doit être respecté, des directives prévues par la loi concernant la procédure devant être suivies, lient la discrétion de l'autorité décisionnelle et lui sont opposables. Cette dernière approche ne concerne toutefois que des matières de procédures et est justifiable sur le plan de la justice naturelle¹⁸⁷.

Par ailleurs, lorsque l'énoncé de politique concerne le fond d'une question, nous croyons qu'il est clair que l'autorité ne peut être liée, comme l'exprimait la Cour suprême déjà en 1939, même si les administrés en invoquent l'application :

It is entirely within the competence of the Board to lay down and follow any principle or rule of practice but it cannot be a rule of law binding the Board and precluding it from acting on other grounds.¹⁸⁸

De la même façon, même si le premier ministre d'une province annonce à certains producteurs un changement de la politique qui les concernait, il n'est pas possible d'obtenir la sanction judiciaire d'un tel engagement :

That assurance of the Premier that a new policy would be initiated did not amount to a legal argument binding upon the Board.¹⁸⁹

L'importance d'une telle politique ou de directives peut cependant être forte dans les faits et l'administré peut parfois à bon droit exiger leur

185. *R. v. Beaver Creek Correctional Camp Head, ex parte McCaud*, (1969) 2 D.L.R. (3d) 345.

186. *Loc. cit. supra* note 121.

187. Dans le même sens, voir *Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation and Communication, loc. cit. supra* note 60; *R. v. Liverpool Corp., ex parte Liverpool Taxi Fleet Operator's Association*, (1972) 2 Q.B. 299.

188. *Canadian National Railway v. Bell Telephone Co.*, (1939) R.C.S. 308, *Re General Increase in Freight Rates*, 76 C.R.T.C. 12.

189. *British Columbia Egg Marketing Board v. Kovachich*, (1975) 53 D.L.R. (3d) 733.

application. C'est l'application particulière de ce phénomène en matière d'impôts qui a fait dire à R.E. Megarry :

Although no Court would enforce them no official body would fail to honour them, and as they are not merely concessions in individual cases but are intended to apply generally to all who fall within their scope, the description of — quasi-legislation — is perhaps not inept.¹⁹⁰

L'administrateur peut donc annoncer les éléments qui guideront l'exercice de sa discrétion sans craindre d'être juridiquement tenu à les respecter.

Conclusion

La responsabilité de limiter la discrétion et d'organiser son exercice revient selon le niveau de leurs responsabilités au législateur, à l'autorité réglementante ou à l'autorité administrative. En effet, les tribunaux ne peuvent intervenir pour forcer l'élaboration d'une politique. Toutefois, nous croyons que la nature des relations juridiques qui existent entre l'exercice d'une discrétion administrative et la mise en œuvre d'une politique, que cette dernière soit énoncée par voie législative, réglementaire ou administrative, favorise le recours aux techniques suggérées par K.C. Davis pour limiter et organiser l'exercice de la discrétion administrative.

En effet, nous estimons que les tribunaux ont laissé une grande souplesse à l'administrateur pour élaborer une politique et, sur le plan administratif, en permettre l'annonce sans que l'on puisse reprocher à l'administrateur de figer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, d'y renoncer ou d'agir avec partialité ou, à l'inverse, de lier sa liberté d'action. Nous croyons que cette grande souplesse juridique devrait favoriser le recours à la discussion publique de la politique qui guidera l'administrateur.

190. *Loc. cit. supra* note 123, à la page 125.