

L'émergence d'un principe de proportionnalité

Nathalie Belley

Volume 38, numéro 2, 1997

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043442ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043442ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Belley, N. (1997). L'émergence d'un principe de proportionnalité. *Les Cahiers de droit*, 38(2), 245–313. <https://doi.org/10.7202/043442ar>

Résumé de l'article

Dans le présent article, après une définition du principe de proportionnalité, l'auteure met en évidence ses fondements en droit administratif, de même qu'en droit public général. La proportionnalité est ensuite abordée sous l'angle du contrôle judiciaire des faits, à travers l'évolution de la notion de l'erreur manifestement déraisonnable. L'interaction du principe en matière de droits et libertés ainsi qu'en droit supranational, par référence à la notion américaine de la substantial évidence, a également retenu l'attention de l'auteure. Une analyse des manifestations jurisprudentielles, en droit administratif, du principe de proportionnalité suit ces premiers développements. Y sont alors successivement abordés les thèmes de la proportionnalité de la sanction, de la suffisance de la preuve et de la nécessité de l'atteinte à un droit. Enfin, une discussion portant sur la théorie française du « bilan coûts et avantages » précède celle qui traite de l'incidence de la proportionnalité en matière de contrôle réglementaire, laquelle complète l'étude.

L'émergence d'un principe de proportionnalité*

Nathalie BELLEY**

Dans le présent article, après une définition du principe de proportionnalité, l'auteure met en évidence ses fondements en droit administratif, de même qu'en droit public général. La proportionnalité est ensuite abordée sous l'angle du contrôle judiciaire des faits, à travers l'évolution de la notion de l'erreur manifestement déraisonnable. L'interaction du principe en matière de droits et libertés ainsi qu'en droit supranational, par référence à la notion américaine de la substantial evidence, a également retenu l'attention de l'auteure. Une analyse des manifestations jurisprudentielles, en droit administratif, du principe de proportionnalité suit ces premiers développements. Y sont alors successivement abordés les thèmes de la proportionnalité de la sanction, de la suffisance de la preuve et de la nécessité de l'atteinte à un droit. Enfin, une discussion portant sur la théorie française du « bilan coûts et avantages » précède celle qui traite de l'incidence de la proportionnalité en matière de contrôle réglementaire, laquelle complète l'étude.

In this article, following a definition of the principle of proportionality, the author highlights its basis in administrative law as well as in general public law. Thereafter, proportionality is seen from the perspective of a judicial review of facts, through the evolution of the concept of the patently unreasonable error. The interaction of the principle in matters of rights and liberties, as well as in supranational law, with reference to the American concept of substantial evidence, also captures the author's attention. An

* Le présent texte est une version remaniée du mémoire de maîtrise de l'auteure, présenté dans le cadre de ses études de deuxième cycle en droit à l'Université Laval en 1996.

** LL. M., avocate.

analysis of case-law examples in administrative law of the proportionality principle follows the foregoing developments. This paper then turns in succession to the proportionality of the punitive sanction, the sufficiency of the evidence and the need for the violation of a right. Finally, a discussion on the French theory of the "costs and advantages assessment" precedes deliberations on the effects of proportionality in matters of regulatory supervision, which brings this study to a close.

	<i>Pages</i>
1. Les fondements d'un principe de proportionnalité.....	253
1.1 En droit administratif.....	257
1.1.1 L'ultra vires et le contrôle judiciaire des faits.....	257
1.1.2 Le contrôle judiciaire des faits et la notion de compétence.....	260
1.1.3 L'uniformisation des critères de contrôle et le principe de proportionnalité.....	264
1.2 L'impact du droit public général.....	266
1.2.1 Le lien entre les chartes des droits et libertés et la proportionnalité.....	266
1.2.2 Le principe de proportionnalité et le droit supranational.....	270
2. Le contrôle judiciaire et la reconnaissance du principe de proportionnalité dans la jurisprudence en droit administratif.....	272
2.1 La proportionnalité vue sous l'angle du contrôle de l'équilibre de la décision .	272
2.1.1 La proportionnalité de la mesure.....	272
2.1.1.1 La proportionnalité de la sanction.....	274
2.1.2 La proportionnalité de la décision raisonnable au regard de la preuve ..	284
2.1.2.1 L'interaction de la proportionnalité en ce qui concerne la suffisance de la preuve.....	286
2.1.2.2 L'incidence de la proportionnalité en ce qui concerne l'appréciation de la preuve.....	292
2.2 La proportionnalité vue sous l'angle de la nécessité.....	296
2.2.1 La proportionnalité et le contrôle de l'atteinte aux droits.....	296
2.2.1.1 Les chartes et le principe de proportionnalité.....	296
2.2.1.2 La proportionnalité et les droits non protégés.....	297
2.2.2 L'intérêt collectif et la proportionnalité.....	301
2.2.2.1 La théorie du « bilan coûts et avantages ».....	301
2.2.2.2 La proportionnalité et le contrôle réglementaire.....	305
Conclusion : L'uniformisation du contrôle judiciaire par la norme du raisonnable.....	307

Le principe de proportionnalité est essentiellement un principe de modération du pouvoir : l'autorité publique, qu'elle soit législative ou administrative, doit respecter au mieux les droits des personnes et, par conséquent, ne restreindre ceux-ci que dans la stricte mesure où cela est nécessaire à l'intérêt général¹.

Le principe de proportionnalité ne jouit pas encore d'une reconnaissance officielle en matière de contrôle judiciaire en droit administratif canadien. La doctrine n'en fait d'ailleurs pratiquement pas mention. Le but de notre texte est donc de découvrir si un tel principe existe en jurisprudence. Notre objectif global est, en outre, d'évaluer les chances qu'il a d'être reconnu en tant que principe général du droit et d'expliquer pourquoi nous croyons que la proportionnalité offre une perspective intéressante d'évolution du contrôle judiciaire.

Plusieurs systèmes de droit européen reconnaissent déjà le principe de proportionnalité en matière de contrôle judiciaire de légalité. Sans entrer dans une analyse de droit comparé, nous estimons nécessaire de recourir aux diverses définitions du concept qu'offrent ces différents systèmes, faute pour nous de posséder un point de référence en droit interne.

On doit d'abord percevoir le principe comme un moyen de modérer l'action administrative, d'en limiter la portée. Ainsi, en Allemagne, l'épanouissement des libertés ne saurait se réaliser si l'action étatique n'était pas réduite à son minimum. Selon cette conception, la proportionnalité apparaît essentiellement comme un principe de modération du pouvoir. Otto Mayer écrivait ce qui suit à propos du principe :

La réaction de l'autorité de police ne peut viser que l'administré dont provient la perturbation. Lorsque la loi autorise des mesures énergiques, cela va de soi. Mais en outre, en raison de son fondement dans le droit naturel, l'exigence de proportionnalité de la réaction demeure valable et détermine l'ampleur de la manifestation de force qui doit être considérée comme admissible. Elle s'impose juridiquement, comme toutes ces choses, par la voie de l'interprétation des lois relatives à la matière concernée et des habilitations générales accordées par la loi à l'autorité administrative².

Cet extrait nous fait découvrir la dimension du principe qui commande la proportionnalité des sanctions ; l'auteur fait appel au droit naturel pour fonder cette première manifestation du principe.

1. M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », (1995) *A.J.D.A.* 156, 165.
2. O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3^e éd., t. 1, 1925, p. 222 ; M. FROMONT, *loc. cit.*, note 1, 157.

Mais le principe intervient à d'autres niveaux de l'activité administrative et il convient de citer le passage suivant, tiré du volume de Maurer, pour s'en rendre compte :

Le principe de proportionnalité, qui s'applique avant tout lors de l'émission d'actes administratifs imposant une charge ou une sujétion, mais également de façon générale en dehors de ce domaine, se réfère au rapport entre le but et les moyens. Une mesure qui est mise en œuvre en vue d'atteindre un but (ou un résultat) déterminé doit obligatoirement être conforme à une certaine proportionnalité au sens large du terme, c'est-à-dire qu'elle doit être appropriée, nécessaire et demeurer dans de justes proportions par rapport à son but. La terminologie n'est pas parfaitement fixée ; on parle parfois de l'interdiction de l'excès, de l'exigence de l'atteinte la plus faible possible aux droits des intéressés, etc. Dans la réalité des choses, il y a toutefois accord sur les points suivants : 1) La mesure en cause n'est *appropriée* que si elle est de nature à atteindre à coup sûr le résultat recherché ; 2) La mesure appropriée n'est *nécessaire* que si d'autres moyens appropriés affectant de façon moins préjudiciable la personne concernée et la collectivité ne sont pas à la disposition de l'autorité ; 3) La mesure nécessaire ne présente un caractère de *proportionnalité au sens étroit* que si elle est hors de proportion avec le résultat recherché [...] Le principe de proportionnalité au sens large découle du principe de l'État de droit et doit toujours être respecté³.

Ce dernier passage définit relativement bien le principe de proportionnalité et marque toute son importance au sein d'un État de droit. On remarquera qu'il se caractérise par deux concepts dominants. L'un fait référence à la proportion de la mesure, à son équilibre par rapport à l'ensemble des circonstances ; cela correspondrait au sens étroit de la proportionnalité. L'autre concept est celui de la nécessité qui assume une sorte de lien entre l'aspect d'équilibre et celui de l'atteinte à un droit individuel.

En droit suisse, reconnu aussi en matière de sanction administrative, le principe de proportionnalité est plutôt défini comme « l'exigence d'une adéquation à la fin d'intérêt public poursuivie⁴ ». Tout comme le droit allemand, le droit suisse associe au principe trois règles. La première, celle de l'aptitude, exige que la mesure soit propre à atteindre le but visé. La seconde, plus perceptible, est celle de la nécessité. Selon celle-ci, le moyen choisi doit, parmi plusieurs disponibles, être celui qui porte le moins atteinte aux intérêts privés. Enfin, la troisième règle est celle de la proportionnalité au sens étroit, qui met en balance la gravité des effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public⁵. Selon Pierre Moor :

3. M. FROMONT, *loc. cit.*, note 1, 157 ; H. MAURER, *Droit administratif allemand*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 272 ; X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Paris, Economica, 1990.

4. P. MOOR, *Droit administratif*, t. 1, « Les fondements généraux », 1988, p. 351 ; X. PHILIPPE, *op. cit.*, note 3.

5. M. FROMONT, *loc. cit.*, note 1, 157.

Le principe de proportionnalité est le complément nécessaire du principe de l'intérêt public, dont il est parfois malaisé de le distinguer. Par rapport à l'opération de balance des intérêts, la proportionnalité manifeste qu'un intérêt public en soi suffisant ne peut néanmoins pas se réaliser à n'importe lequel prix, ou autrement dit, qu'il peut arriver que les moyens requis sont si graves qu'il importe de renoncer à l'objectif poursuivi⁶.

Voilà que commence à être perceptible tout le potentiel que possède le principe de proportionnalité dans le contexte du contrôle judiciaire. Le principe pourrait ainsi se présenter comme une manifestation particulière de l'intérêt public.

Ajoutons que l'influence germanique s'est aussi fait sentir en droit français où le principe jouit maintenant d'une reconnaissance certaine, notamment au regard de la proportionnalité de la mesure, de la sanction, susceptible de porter atteinte à des droits individuels.

En droit autrichien, le principe semble toutefois limité au contrôle de la légalité en présence d'une atteinte à des droits et libertés protégés en vertu d'un texte législatif. Ainsi, le principe ne jouit pas de la même reconnaissance qu'en droit allemand, suisse ou français, où, en plus du fait de trouver application en matière de droits protégés, il figure à plus d'un niveau de l'activité administrative. En cela, la conception autrichienne du principe rejoint celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle rejoint de même la notion de proportionnalité que nous connaissons en vertu du test de l'arrêt *Oakes*. La Cour suprême reconnaît en effet depuis peu l'application de la proportionnalité comme norme de contrôle judiciaire des mesures ou décisions administratives qui portent atteinte à un droit protégé par la Charte. Disons qu'il s'agit là d'une manifestation précise du principe, où celui-ci jouit d'un champ d'action restreint au domaine des droits protégés.

Il faut de plus mentionner que la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît elle aussi le principe. Cette cour exerce notamment le contrôle de la légalité des mesures européennes portées à son attention et qui sont susceptibles de porter atteinte à des droits protégés ou à des valeurs véhiculées par le Traité. Dans ce contexte, on perçoit toute l'ampleur que peut prendre la reconnaissance du principe de proportionnalité comme outil de modération des interventions d'une activité administrative supranationale. Ainsi, en vertu du principe de proportionnalité, les mesures communautaires ne doivent pas enfreindre les libertés individuelles reconnues au-delà de ce qui est nécessaire à l'atteinte de l'objectif législatif qui leur est sous-jacent. Ce raisonnement vaut également dans la détermination de la validité de restrictions au commerce imposées par divers États membres de l'Union. Un règlement pourra notamment être cassé s'il porte atteinte à un droit

6. *Ibid.*

reconnu à un individu, comme la liberté de commerce par exemple, au-delà de ce qui est nécessaire. Autrement dit, si l'objectif visé par la réglementation contestée peut être atteint au moyen d'une norme moins contraignante, on retiendra ce raisonnement pour invalider la mesure⁷.

Une telle application du principe peut nous apparaître éloignée. Cependant, depuis l'avènement des accords de libre-échange, on ne peut plus dire que cela soit le cas. Ainsi un raisonnement semblable tient-il aussi dans le contexte nord-américain, où l'on exigera qu'une mesure ayant des effets plus contraignants pour une partie soit annulée si l'objectif poursuivi peut être autrement atteint⁸.

Il résulte de tout cela que « partout, le principe a pour objet de modérer le pouvoir des autorités publiques, dans le souci d'assurer le respect d'un minimum d'autonomie des individus, autonomie qui trouve généralement son expression dans des droits subjectifs opposables aux pouvoirs publics⁹ ». Nous apprécions particulièrement cette définition du principe. Elle met en évidence non seulement l'interaction du principe à l'endroit des droits individuels protégés, mais elle l'associe plus globalement à un ensemble de droits dits subjectifs. Cette réflexion nous sera notamment utile lorsque nous traiterons de l'incidence du principe dans les situations où aucun droit protégé n'est en cause.

Il reste que le tour d'horizon des droits étrangers ne serait pas complet si nous passions outre au droit anglais, duquel découle notre propre système de droit public. En droit anglais, comme nous aurons l'occasion de le voir plus loin, les cours se montrent plutôt réticentes à l'idée de la proportionnalité. Il s'agit d'une notion qui compromet, selon certains, la nature du contrôle judiciaire en lui conférant une dimension opportuniste. Mais, selon Jowell, l'un des premiers auteurs à avoir traité du principe en Angleterre, il ne s'agirait pas d'une notion si nocive : « Far from being dangerous, it embodies a basic principle of fairness, the explicit recognition of which would we believe greatly strengthen the coherence of our developing system of administrative law¹⁰. » En réalité, il semble que le contrôle judiciaire anglais a tendance à se détacher de la conception traditionnelle du contrôle pour se transformer en un contrôle dit de *fair Administration*. C'est du moins le résultat auquel conduit une interprétation extensive du droit

7. *Cassis de Dijon*, Décision 120/78, [1979] E.C.R. 649.

8. *Canada's Landing Requirements for Pacific Coast Salmon and Herring*, [1989] F.T.A.D. n° 1.

9. M. FROMONT, *loc. cit.*, note 1, 160.

10. J.L. JOWELL et A. LESTER, « Proportionality: Neither Novel Nor Dangerous », dans J.L. JOWELL et D. OLIVER (dir.), *New Directions in Judicial Review*, Londres, Stevens & Sons, 1988, p. 51.

d'être entendu. Ainsi, la récente évolution du contrôle judiciaire anglais l'inscrit sur une base plus substantive que juridictionnelle, davantage propice à la réception de la proportionnalité.

En conséquence, l'exercice visant à situer le contrôle judiciaire actuel par rapport à celui conçu par Dicey nous apparaît déroutant. C'est que le contrôle judiciaire que l'on connaît aujourd'hui est caractérisé par une dichotomie : contrôle de l'*ultra vires*, d'un côté, ou, plus exactement, de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires administratifs, et contrôle juridictionnel des organismes et tribunaux administratifs occupant des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, d'un autre côté.

Dicey faisait preuve de méfiance envers l'Administration et ses institutions. C'est pourquoi il prônait la primauté du droit, de la *rule of law*, une valeur qui ne pouvait, selon lui, être garantie sans un contrôle judiciaire poussé des actes de l'Administration. En vertu de cette théorie, le contrôle reposait sur l'interprétation juste de la loi, de la volonté du Parlement. La conception de Dicey¹¹ n'était pas une conception d'efficacité administrative, non plus qu'elle n'était adaptée à la situation d'un État d'une importance égale à celle que nous connaissons de nos jours.

Par contre, elle visait fondamentalement la protection de l'individu contre les débordements d'un État souvent enclin à commettre des abus. Une vision qui caractérise encore actuellement le contrôle judiciaire mais qui, pouvons-nous dire, est comprise à un second degré.

Aussi, ce qui nous éloigne notamment de la théorie de Dicey, c'est l'évolution de l'État. Les ramifications multiples de l'État, sa structure imposante, le réseau complexe des tribunaux et organismes administratifs qui le composent rendent difficile l'application à la lettre de la théorie de la légalité de Dicey. C'est pourquoi les cours ont fini par reconnaître une autonomie grandissante aux réseaux des tribunaux administratifs. Cela a conduit, entre autres, au développement de la notion de l'erreur manifestement déraisonnable qui, reconnue initialement pour limiter les interventions sur la base de l'erreur de droit, fut étendue aux erreurs de fait.

Du reste, de la récente évolution du contrôle judiciaire, du moins en ce qui concerne le contrôle juridictionnel, nous avons observé une attitude plus interventionniste de la part la cour dans sa façon d'évaluer le caractère raisonnable d'une conclusion. Tout en s'éloignant de la conception de Dicey du contrôle judiciaire basée sur l'interprétation juste de la loi, la norme du caractère raisonnable de la décision permet elle aussi à la Cour d'assurer le

11. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., Londres, MacMillan & Co., 1959.

respect de la *rule of law*. La norme du raisonnable possède, en effet, une capacité telle d'extension que les situations injustes, abusives ou oppressives pour les individus échappent rarement au contrôle judiciaire. En réalité, on assiste à une sorte de revirement d'attitude qui prédispose la Cour à un contrôle plus poussé, propice à l'introduction du principe de proportionnalité.

Comme on a pu le constater en droit étranger, le contrôle de proportionnalité oblige en effet la Cour à scruter davantage les faits de chaque cas. Un exercice qui lui vaut d'ailleurs sa lente intégration en droit anglais. La réticence du droit anglais constitue-t-elle aussi un obstacle réel et fondé à la reconnaissance du principe en droit administratif canadien ? Nous croyons que non. Au contraire, comme le contrôle judiciaire s'intéresse justement davantage aux conclusions de fait depuis quelques années, il est même possible que le principe se soit déjà manifesté dans notre droit à notre insu.

Qui plus est, notre étude de la proportionnalité ne se limite pas au contrôle dit juridictionnel. Elle s'intéresse aussi au contrôle judiciaire des actes administratifs discrétionnaires et réglementaires. De cette manière, il nous sera possible d'avoir une vision d'ensemble de la place réelle qu'occupe la proportionnalité en droit administratif canadien.

La recherche de la proportionnalité en jurisprudence nous permettra de constater comment le contrôle judiciaire s'est développé au cours des dernières années et comment de nouveaux concepts ont réussi à s'y introduire sans nécessairement le détourner de son rôle fondamental. Nous pourrons finalement mieux définir la notion de l'erreur manifestement déraisonnable et ainsi circonscrire les concepts qui lui sont sous-jacents. Cela nous permettra également de jeter un regard d'ensemble sur le contrôle judiciaire et de saisir l'effet unificateur qu'a eu la notion de l'erreur déraisonnable sur les deux branches principales du contrôle.

Somme toute, pour nous, la reconnaissance du principe de proportionnalité s'inscrit dans une perspective d'évolution du pouvoir de surveillance. Il est prévisible que la cour, contrainte de mesurer le caractère raisonnable d'une décision, en arrive à adopter un instrument semblable. Le principe de proportionnalité pourrait éviter, en certaines circonstances, à la Cour de statuer sans repère, de trancher subjectivement. Dans le cadre d'une société où la reconnaissance des droits individuels jouit d'un statut constitutionnel, le saut à faire n'est pas si grand. Il est vrai que certains pourront critiquer l'adoption de ce critère comme étant contraire aux règles du contrôle judiciaire traditionnel qui empêchent la Cour de s'attaquer au mérite des décisions qu'elle révisé. Cette position reste fidèle à la conception classique

rattachée à la notion de compétence pour agir et à celle de l'*ultra vires*. Peut-on dire, cependant, sans risquer de se tromper, qu'il s'agit toujours de la conception dominante en matière de contrôle judiciaire en droit administratif canadien ? La recherche d'un équilibre entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire a longtemps passé par la notion de compétence que les cours de contrôle cherchaient à protéger au nom du respect de la *rule of law*. La transformation du rôle de l'État, sa modernisation, la transparence grandissante de son action, le développement de techniques modernes de rédaction et d'interprétation législative placent dorénavant les cours de contrôle face à une évolution certaine, voire nécessaire. Le rattachement du contrôle judiciaire à des notions rigides, comme celle de compétence notamment, ne peut contribuer à l'avancement du droit. Il faut réfléchir sur le rôle que les cours de contrôle doivent jouer aujourd'hui, libérer le contrôle judiciaire des débats stériles sur les questions théoriques de compétence. Les cours de contrôle sont peut-être les seules qui, de nos jours, peuvent encore donner au citoyen un pouvoir concret sur l'action étatique. L'on est en effet en droit de s'interroger sur la représentation réelle du citoyen au sein du Parlement. Souvent, la volonté du Parlement qui vote les lois n'est celle, en réalité, que du Gouvernement qui, bien qu'il représente la majorité des électeurs, ne peut que difficilement concilier les intérêts collectifs et individuels. N'est-il pas temps, dès lors, de réorienter notre droit par l'introduction de nouvelles valeurs qui, à l'instar de celles des droits administratifs américain et européen, feraient davantage place à l'expression des libertés individuelles ? Les cours ont peut-être déjà fait cette transition, ou encore sont-elles sur le point de le faire. C'est ce que nous voulons découvrir en réalisant notre étude portant sur le principe de proportionnalité en droit administratif canadien.

1. Les fondements d'un principe de proportionnalité

Quelle place occupe le contrôle judiciaire des faits dans notre système de droit administratif ? Voilà une question intéressante, qui étonne et qui peut surprendre aussi. Depuis quand, en effet, les faits peuvent-ils faire l'objet du contrôle judiciaire ? N'est-il pas depuis longtemps admis, et répété, que l'appréciation des faits relève exclusivement de celui qui entend les parties, de celui chargé de rendre une décision sur la base de certains faits¹² ? Les cours de contrôle ne sont effectivement pas habilitées à jouer le

12. *Métivier c. Cadorette*, [1977] R.C.S. 371 ; *Landry c. Lapointe*, [1980] 2 R.C.S. 412.

rôle d'une cour d'appel. Seule une cour d'appel peut, selon le texte habilitant, modifier la décision prise tant sur la base des faits que du droit¹³.

Pourtant la réalité, quant à elle, se révèle tout autre. On peut dire que le pouvoir de surveillance s'intéresse maintenant aux questions de fait même si cela n'a pas toujours été le cas, et même si une certaine réticence caractérise encore aujourd'hui les interventions sur cette base¹⁴. Cette réticence tend toutefois à s'estomper de plus en plus, notamment par la quête du raisonnable. La norme du raisonnable force en effet la Cour à tenir compte de l'ensemble des faits particuliers d'une situation pour rendre une décision. C'est dans cette évolution du contrôle factuel que nous situons l'émergence du principe de proportionnalité.

Outre ses origines germaniques, le principe de proportionnalité, que nous avons décrit en introduction, possède également des affinités avec le droit pénal¹⁵ où le paine infligée doit être proportionnelle à l'offense commise. Le principe, tel que nous l'abordons dans notre analyse, se rapproche cependant davantage du principe de proportionnalité reconnu en droit européen, qui n'a de commun avec la conception pénale que l'élément d'équilibre.

Le principe de proportionnalité recoupe, comme nous l'avons vu, trois sous-principes, chacun trouvant application en des circonstances différentes. Le premier a trait à l'équilibre de la décision ou de la mesure contestée

-
13. *Ségal c. Montréal (ville de)*, [1931] R.C.S. 460; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. III, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1989, p. 212 : « On sait en effet que le contrôle de la légalité consiste à s'assurer que les autorités administratives ont la compétence pour agir et la conservent tout au long du processus décisionnel, alors que le contrôle d'opportunité, exercé par le mécanisme de l'appel, s'intéresse plutôt au fond de la décision. »
 14. D. LEMIEUX, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Cowansville, Éditions CCH-FM, pp. 4.310-4.319; D.J. MULLAN, « Natural Justice and Fairness-Substantive as well as Procedural Standards for the Review of Administrative Decision-Making », (1982) 27 *Mc Gill L. J.* 250, 256 et 257; S.A. DE SMITH, L. WOOLF et J.L. JOWELL, *Judicial Review of Administrative Action*, 5^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, p. 288 : « In general it is right that the courts do leave the assessment of fact to bodies which are primarily suited to gathering and assessing the evidence. Review must not become appeal. On the other hand it should be presumed that Parliament intended inferior bodies rationally to relate the evidence and their reasoning to the decision with which they are charged with making. The taking into account of a mistaken fact can just as easily be absorbed into a traditional legal ground of review by referring to the taking into account of an irrelevant consideration, or the failure to provide reasons that are adequate or intelligible, or the failure to base the decision upon any evidence. In this limited context material error of fact has always been a recognised ground for judicial intervention. »
 15. N.L. BROWN, « La nouvelle justice naturelle : l'administrateur « équitable et raisonnable » », (1980) 21 *C. de D.* 67, 83.

par rapport aux faits. C'est la recherche d'un juste équilibre entre tous les intérêts en cause qui anime cet aspect du principe. Il s'agit du volet proportionnel proprement dit¹⁶. Le second aspect du principe est celui qualifié de « test de nécessité ». En vertu de ce test, on se demande si la mesure ou la décision contestée est réellement nécessaire pour l'atteinte de l'objectif. Sous cet aspect du principe, on s'attarde alors à évaluer si la mesure n'est pas excessive, par exemple par son impact sur les droits de certains individus, pour l'atteinte de l'objectif visé¹⁷. Les deux premiers aspects du principe se manifestent assez fréquemment. En revanche toutefois, le principe apparaît beaucoup plus rarement sous son troisième volet et, par le fait même, revêt moins d'importance aux fins de notre étude¹⁸.

On constate que dans certains cas la notion de proportionnalité, en faisant appel notamment à celle de « nécessité », oblige le juge de contrôle à préférer une option parmi d'autres. Il devrait alors opter pour celle qui porte le moins atteinte aux droits de l'individu touché par la décision par rapport à l'objectif poursuivi par la législation. Du moins, il devrait choisir l'option qui ne porte pas atteinte aux droits individuels au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé. Il s'agit d'un contrôle plus poussé, plus opportuniste, diront certains. C'est notamment cet aspect du principe de proportionnalité qui freine sa reconnaissance explicite en droit anglais¹⁹.

L'absence de charte des droits et libertés consacrée en Angleterre constitue également un obstacle à la reconnaissance officielle du principe²⁰.

-
16. S.A. DE SMITH, L.WOOLF et J.L. JOWELL, *op. cit.*, note 14, p. 598 : « whether the relative merits of differing objectives or interests were appropriately weighed or « fairly balanced » (e.g. was the right to information fairly balanced against the need to protect the authority of the judiciary ?) ».
 17. *Ibid.* : « whether the measure in question was in the circumstances excessively restrictive or inflicted an unnecessary burden on affected persons (e.g. was the increased cost of skimmed milk powder unnecessarily burdensome on users? Could the measure have been achieved by a less restrictive alternative ?) ».
 18. *Id.*, p. 597.
 19. W. WADE et C. FORSYTH, *Administrative Law*, 7^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 403 : « proportionality requires the court to judge the necessity of the action taken as well as whether it was within the range of courses of action that could reasonably be followed. Proportionality is therefore a more exacting test in some situations and is then to be rejected as requiring the court to substitute its own judgment for that of the proper authority. »
 20. *Brind and others c. Secretary of State for the Home Department*, [1991] All E.R. 720 (H.L.) (On peut retenir comme idée générale de cet arrêt que si l'absence d'une charte des droits en Angleterre freine l'introduction du principe de proportionnalité, plusieurs juges ne contestent pas sa possible introduction à l'avenir.); S. BOYRON, « Proportionality in English Administrative Law : A Faulty Translation », (1992) 12 *Oxford J.Legal Stud.* 237.

Malgré cette lacune, le principe gagne davantage de terrain en droit britannique depuis une décennie. On peut même dire que sous certains aspects le principe de proportionnalité fait déjà partie du droit anglais²¹. De Smith associe le principe sous son aspect proportionnel proprement dit aux cas où la Cour est intervenue pour contrôler l'imposition de sanctions administratives excessives²². Il souligne aussi sa connexité avec les affaires où la Cour est intervenue pour sanctionner le poids excessif ou insuffisant accordé à certaines considérations de fait par une autorité administrative²³. Quant à la manifestation du principe sous son aspect de nécessité, de Smith l'associe plus précisément aux affaires où des droits individuels sont en cause, où la Cour intervient pour s'assurer que l'atteinte, si elle est nécessaire, soit la moins grave possible²⁴. Il souligne aussi l'utilisation du principe de nécessité dans des affaires de zonage où des exigences ont parfois été cassées pour avoir été injustement imposées. Ainsi, des conditions n'ayant aucun lien rationnel avec l'objectif de zonage seront annulées si d'autres mesures moins contraignantes et tout aussi efficaces auraient pu être envisagées²⁵.

-
21. J. JOWELL et A. LESTER, *loc. cit.*, note 10; S.A. DE SMITH, L. WOOLF et J.L. JOWELL, *op. cit.*, note 14, pp. 593-607 (chapitre consacré au principe de proportionnalité).
22. *R. c. Barnsley Metropolitan Borough Council, ex p. Hook*, [1976] 1 All E.R. 452 (C.A.) (Le retrait d'un permis de marchand fut jugé excessif par rapport à l'infraction commise, dans ce cas, le fait pour le titulaire du permis d'avoir uriné dans une rue avoisinant le marché public de la ville.); *R. c. Secretary of State for Home Department, ex p. Benwell*, [1980] 1 C.R. 723, 736 (J. Hodson): « in an extreme case an administrative or quasi-administrative penalty can be attacked on the ground that it was so disproportionate to the offence as to be perverse ».
23. S.A. DE SMITH, L. WOOLF et J.L. JOWELL, *op. cit.*, note 14, p. 603: « We have seen that the courts do intervene, albeit sparingly, where excessive or manifestly inadequate weight is accorded to a relevant consideration. Proportionality is here applied as a test to ensure that the proper process of decision-making was carried out; that the relevant considerations were properly balanced. »
24. *Ibid.*: « As in the case law of the European Community, proportionality in English law has greatest potential force in connection with infringements of fundamental human rights. Many of these rights are necessary for the preservation and the vitality of a democratic society. The courts will wish to guard against any unnecessary interference with those rights and will exercise a close scrutiny upon any derogations. In cases involving human rights, the court may do well to use the « necessity test », demanding that the infringement of the human right in question be the least restrictive alternative. »
25. *Id.*, p. 604: « planning conditions have been struck down because a less restrictive or less onerous alternative could be provided [...] compulsory purchase of land has been invalidated because the authority was able voluntarily to acquire other equally suitable land. In a recent case it was held that the decision to delist a company, as opposed to « lesser measures » (such as the continuation of the suspension of the shares) was, in the circumstances, and having taken into account the interests of the shareholders, « not disproportionate to the damage which it was designed to prevent either at common law or under Community law ». »

Reste maintenant à savoir si ce principe, propre au contrôle judiciaire des faits, est reconnu en droit administratif canadien. Pour y parvenir, il faut, à notre avis, d'abord retracer comment le contrôle judiciaire des faits s'effectue en droit administratif, tout en ayant à l'esprit cette recherche de la proportionnalité. Dans cette perspective, la difficulté principale de notre exercice réside dans le caractère dualiste de notre système de contrôle judiciaire.

Aussi avons-nous choisi de respecter cette dichotomie du pouvoir de surveillance pour traiter des règles du contrôle judiciaire des faits. Nous tenterons de mettre en évidence les portes ouvertes par la Cour au contrôle judiciaire des faits et, par extension, à la proportionnalité, dans certains cas. C'est ainsi que nous préciserons les assises actuelles de la proportionnalité en droit administratif canadien, que cela soit en matière de contrôle judiciaire des actes purement administratifs ou au sujet des décisions des tribunaux administratifs.

Une fois cet exercice de synthèse terminé, nous nous intéresserons au droit constitutionnel, plus précisément aux chartes des droits et libertés. Les chartes des droits par leur statut constitutionnel sont en effet appelées à jouer, comme nous le verrons, un rôle déterminant dans l'expression du principe de proportionnalité en droit canadien.

Nous nous attarderons également sur le droit supranational qui, tout comme le droit constitutionnel, contribuera progressivement, selon nous, à l'introduction du principe de proportionnalité ou, à tout le moins, à la reconnaissance d'un principe similaire : le principe de la *substantial evidence* du droit américain.

1.1 En droit administratif

1.1.1 L'*ultra vires* et le contrôle judiciaire des faits

Alors que l'on peut soutenir que le contrôle judiciaire se veut plus poussé en ce qui concerne les actes administratifs²⁶, le contrôle des faits y est par voie de conséquence aussi plus évident. Du moins est-il plus facilement admis et reconnu, car sous le couvert du principe de l'*ultra vires* les cours de contrôle n'hésitent pas à modifier une décision rendue pour y substituer leur interprétation correcte de la loi. En matière d'*ultra vires*, les cours n'ont pas à faire preuve de retenue judiciaire.

26. P. GARANT, *Droit administratif*, 3^e éd., t. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, pp. 170-175.

Ainsi, les municipalités, les commissions scolaires, les ministres et autres décideurs titulaires de larges pouvoirs discrétionnaires font l'objet d'un contrôle serré pour éviter les abus de pouvoir²⁷. Contrairement à l'attitude de déférence qu'elle adopte face aux décisions des tribunaux administratifs, la Cour supérieure n'a pas à faire preuve de la même retenue devant une autorité administrative. Précisons d'abord que le décideur, dans un tel cas, ne jouit pas de l'expertise que l'on reconnaît aujourd'hui aux membres des tribunaux et organismes spécialisés. De plus, son action ne bénéficie généralement pas de la protection législative conférée par les clauses privatives²⁸.

En résumé donc, c'est en ce sens que le contrôle judiciaire des actes purement administratifs se veut plus poussé.

En se trompant sur une question d'ordre juridictionnel, l'autorité administrative risque de statuer au-delà de ce que lui permet la loi et, ce faisant, d'agir *ultra vires*. C'est ainsi que la Cour contrôle les faits relatifs à la compétence²⁹. En cette matière, que la Cour contrôle un acte purement administratif ou une décision prise par un organisme administratif spécialisé, elle recherche l'intention du législateur et, dans cette perspective, elle fait rarement preuve de retenue judiciaire³⁰.

27. *Prince George (City of) c. Payne*, [1978] 1 R.C.S. 458, 463 (j. Dickson): « Les tribunaux répugnent à s'immiscer dans des décisions prises de bonne foi par des organismes dont les membres sont élus ou nommés parce que d'autres font confiance à leur expérience et à leur intégrité. Mais quand de telles entités exèdent leurs pouvoirs légaux, les tribunaux doivent les contrôler. »

28. *Reese c. Alberta*, [1992] 7 C.E.L.R. 89, 114-115 (j. McDonald) (C.A.): « The Minister is not like an administrative tribunal, the members of which have been appointed, supposedly at least, because they bring to their task an existing expertise in the area or who have been appointed in the expectation that they will acquire such expertise in the course of carrying out their duties. Judicial deference to the merits of the decisions of such bodies in matters which are within the jurisdiction of such tribunals and where the statute governing the tribunal contains a privative clause, or a gloss similar to privative clause, is reflected by the contemporary principle of Canadian administrative law that the court will interfere with the decision only when it is patently unreasonable. »

29. P. GARANT, *op. cit.*, note 26, pp. 116-138.

30. *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212; *Produits Shell Canada c. Ville de Vancouver*, [1994] 1 R.C.S. 231; E.R. YOUNG, « Unreasonableness: Waiting for the Right Case », (1988) 2 C.J.A.L.P. 136 (commentaire de l'arrêt *Bell c. La Reine*, (1979) 2 R.C.S. 212, qui, selon l'auteur, aurait fourni l'occasion à la Cour de reconnaître au Canada explicitement le principe de l'*unreasonableness* mais qui finalement s'est joué sur l'interprétation législative de la disposition habilitante).

Le contrôle de la légalité interne de la décision suppose aussi un contrôle factuel. Le contrôle de la légalité interne est le contrôle qui s'intéresse à la décision en elle-même. C'est-à-dire qu'une fois que la compétence de l'autorité à rendre une décision a été reconnue, la Cour vérifie si cette même autorité est demeurée dans les limites de sa compétence par la décision qu'elle a prise. C'est à ce stade que s'observe le principe de proportionnalité. Principe visant notamment le juste équilibre entre les faits et la décision prise, le principe de proportionnalité s'associe, par sa connexité avec eux, à plusieurs motifs d'intervention du contrôle judiciaire. Aussi toute considération non pertinente ou toute considération pertinente dont on n'aura pas tenu compte pourra-t-elle justifier l'intervention de la Cour (*relevant and irrelevant consideration*)³¹. Il en ira de même si l'autorité commet une erreur manifeste dans l'appréciation de la preuve. Vu sous l'angle de la proportionnalité, ce motif d'intervention fournit dans certaines circonstances un exemple explicite de la manifestation du principe³². Selon nous, ce fondement du contrôle judiciaire a favorisé l'introduction, en jurisprudence, du critère de proportion sous-jacent au principe de proportionnalité.

La disproportion entre les faits et la décision prise³³ constitue une autre manifestation du contrôle judiciaire des faits. On estime que rendre une décision dans une situation où les faits sont insuffisants pour la soutenir représente une erreur manifeste d'appréciation³⁴. L'imposition de sanctions administratives peut, à l'occasion, conduire à ce type de contrôle³⁵. C'est sous ce dernier aspect que nous rejoignons notamment l'élément d'équilibre du principe de proportionnalité.

31. D.P. JONES et A.S. DE VILLARS, *Principles of Administrative Law*, 2^e éd., Scarborough, Carswell, 1994, pp. 156-158 ; D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 14, p. 4.314.

32. *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 ; *Secretary of State for Education and Science c. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 ; *Laker Airways c. Department of Trade*, [1977] 1 Q.B. 643 : tous ces arrêts prônent une vision large du contrôle judiciaire de discrétions administratives, notamment en mentionnant que le décideur peut errer tant sur les faits que sur le droit. (*misdirection in fact or in law, incorrect basis of fact*) ; D.P. JONES et A.S. DE VILLARS, *op. cit.*, note 31, p. 146 ; T.H. JONES, « Mistake of Fact in Administrative Law », (1990) *Public Law* 509.

33. D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 14, pp. 4.313 et 4.314.

34. *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, précité, note 32 ; *Secretary of State for Education and Science c. Tameside Metropolitan Borough Council*, précité, note 32 ; *Laker Airways c. Department of Trade*, précité, note 32.

35. 2620-5443 *Québec Inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, J.E. 94-81 (C.S.) ; 2634-1966 *Québec Inc. c. Régie des permis d'alcool, des courses et des jeux*, [1994] R.J.Q. 1914 (C.S.) ; *Lombart c. Régie des alcools, des courses et des jeux du Québec*, J.E. 94-990 (C.S.) ; 135734 *Canada inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, [1995] R.J.Q. 1740 (C.S.) (décision portée en appel, C.A. 200-09-000293-950).

Du reste, expression encore plus surprenante du contrôle judiciaire des faits sur le plan de la substance de la décision, la non-adéquation de la décision à la pratique normalement suivie par un organisme administratif s'ajoute aux autres manifestations du contrôle judiciaire des faits³⁶.

Enfin, le contrôle judiciaire des faits peut aussi survenir d'une façon plus subjective si la Cour estime que la décision rendue est déraisonnable. Le terme « déraisonnable » est ici entendu pour désigner l'exercice irrationnel ou absurde d'un pouvoir. Nous faisons référence, en l'occurrence, aux décisions qui sont injustes ou encore insolites. Il s'agit pratiquement de véritables cas de détournement de pouvoir. Ainsi, pourront être qualifiées de déraisonnables, les décisions qui ont été prises de mauvaise foi, de façon discriminatoire ou pour des motifs non pertinents³⁷. Et là encore, on peut, dans certains cas, étiqueter l'intervention judiciaire sous le label de la proportionnalité.

En réalité, nous estimons que certaines décisions sont qualifiées de déraisonnables parce qu'elles ne respectent pas le principe de proportionnalité. Ainsi, face à l'injustice d'une situation ou au préjudice que cause une décision à un individu, la Cour intervient, non pas parce que la décision rendue n'est pas une décision parmi celles que l'autorité aurait pu rendre, mais plutôt parce que, compte tenu des faits et du préjudice causé à l'individu, ce n'est pas cette décision qui aurait dû être rendue. Cette intervention en équité de la Cour n'est autre chose que la manifestation du principe de proportionnalité. Il est vrai que la distinction peut paraître subtile, mais elle s'avère néanmoins d'une importance capitale, car le contrôle judiciaire qui s'inscrit dans cette perspective est beaucoup plus interventionniste. Le principe de proportionnalité ouvre en effet une dimension beaucoup plus vaste au contrôle judiciaire qu'il ne le ferait s'il était uniquement perçu comme un instrument de mesure du caractère raisonnable d'une décision.

1.1.2 Le contrôle judiciaire des faits et la notion de compétence

Nous venons de revoir brièvement les grandes lignes du contrôle judiciaire des faits à l'égard des actes purement administratifs. Il reste maintenant à couvrir l'autre dimension du contrôle judiciaire, celle relative aux décisions des tribunaux et organismes administratifs. Cette branche du contrôle judiciaire a connu une évolution rapide au cours des 20 dernières années. Notre objectif est de faire ressortir de façon sommaire les grandes étapes ayant marqué l'évolution du contrôle judiciaire des faits à l'égard des tribunaux administratifs.

36. D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 14, pp. 4.316-4.318; D.J. MULLAN, *loc. cit.*, note 14, 254-256.

37. D.P. JONES et A.S. DE VILLARS, *op. cit.*, note 31, pp. 153-155; D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 14, pp. 4.110-4.137, 4.310-4.312, 4.314 et 4.315.

D'entrée de jeu, précisons que la perspective du contrôle judiciaire change lorsqu'il s'agit de réviser des décisions d'organismes administratifs spécialisés. En raison de l'autonomie dorénavant reconnue à ces organismes administratifs, les principes applicables se sont resserrés autour d'un noyau, celui du caractère raisonnable des décisions rendues.

Le contrôle judiciaire des faits relatifs à la compétence intervient aussi à l'égard des organismes juridictionnels, notamment en vertu de l'approche de la théorie des questions préalables à la compétence³⁸.

Quant au contrôle de la légalité interne de la décision, on peut dire que le contrôle factuel s'est d'abord fait discrètement sous le couvert de l'erreur de droit³⁹. Par la suite, c'est la règle de l'absence de preuve qui a permis le contrôle des faits. À cet égard, notons que la Cour de contrôle n'a pas le pouvoir de substituer sa propre appréciation de la preuve à celle de l'autorité qui, elle, l'a vue et l'a entendue. Malgré la règle fermement établie, la Cour supérieure peut toutefois contrôler l'existence ou l'inexistence de la preuve soutenant une décision soumise à la révision judiciaire⁴⁰. Ce n'est pas la position qui, initialement, fut adoptée en jurisprudence, mais c'est celle qui, aujourd'hui, est reconnue et acceptée⁴¹. On reconnaît que le fait de

38. P. GARANT, *op. cit.*, note 26, 1991, pp. 138-147; D.P. JONES et A.S. DE VILLARS, *op. cit.*, note 31, p. 372; *B.N.C. c. Union des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; P.W. HOGG, « The Jurisdictional Fact Doctrine in the Supreme Court of Canada: *Bell c. Ontario Human Rights Commission* », (1971) 9 *Osgoode Hall L. J.* 203; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, précité, note 30; *Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 R.C.S. 827; *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, (1969) 2 A.C. 147.

39. R. DUSSAULT et L. BERGEAT, *op. cit.*, note 13, pp. 316-323; J. BEATSON, « The Scope of Judicial Review for Error of Law », (1984) 4 *Oxford Journal of Legal Studies* 22, 40: « The only question of law that can arise with respect to a primary fact is whether there is any evidence to support the finding. It is the characterization of secondary facts that has provoked controversy. There are basically two approaches, each with considerable support in the cases. The first and « logical » or « analytic » approach is that all inferences from primary facts are questions of law. The second is that although within a zone of « reasonable » conclusions an inference will be a question of « fact and degree », outside that zone it will be a question of law. This has been called a pragmatic approach »; P. GARANT, *op. cit.*, note 26, p. 115; S.A. DE SMITH, L. WOOLF et J.L. JOWELL, *op. cit.*, note 14, pp. 277 et 286; W. WADE et C. FORSYTH, *op. cit.*, note 19, p. 948.

40. P. GARANT, *op. cit.*, note 26, p. 178.

41. *R. c. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] A.C. 128; R. DUSSAULT et L. BERGEAT, *op. cit.*, note 13, pp. 334-337; D.W. ELLIOTT, « « No Evidence » : A Ground of Judicial Review in Canadian Administrative Law ? », (1972) 37 *Sask. L.R.* 48; P. GARANT, *op. cit.*, note 26, pp. 179-182; D.P. JONES et A.S. DE VILLARS, *op. cit.*, note 31, pp. 378-380; W. WADE et C. FORSYTH, *op. cit.*, note 19, pp. 312 et 313.

rendre une décision en l'absence ou sur la base d'une insuffisance de preuve rend la décision déraisonnable, ce qui porte ainsi atteinte à la compétence de l'organisme administratif⁴².

La position du droit anglais à l'égard de la *no evidence rule* est similaire à celle que nous observons ici⁴³.

Wade pousse son raisonnement plus loin en assimilant la *no evidence rule* à celle de la *substantial evidence* du droit américain :

No evidence does not mean only a total dearth of evidence. It extends to any case where the evidence, taken as a whole is not reasonably capable of supporting the finding, or where, in other words, no tribunal could reasonably reach that conclusion on that evidence. This « no evidence » principle clearly has something in common with the principle that perverse or unreasonable action is unauthorised and *ultra vires*. It also has some affinity with the substantial evidence rule of American law, which requires that findings be supported by substantial evidence on the record as whole⁴⁴.

Nous partageons le point de vue de Wade. Pour notre part, tout en reconnaissant la connexité de la règle avec la notion de la *substantial evidence* du droit américain, nous préférons cependant, en l'occurrence, la qualifier d'expression particulière du principe de proportionnalité. Le test de la proportionnalité, par son exigence relative à la proportion entre les faits et la décision prise, implique en effet un exercice similaire à celui fait par un juge pour déterminer la suffisance ou l'insuffisance de preuve au soutien d'une décision. C'est sous cet angle que la règle de l'insuffisance de preuve rejoint le principe de proportionnalité.

Enfin, l'introduction du critère de l'erreur manifestement déraisonnable a donné un souffle nouveau au contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs et marque le point de départ de la transformation du contrôle judiciaire vers un contrôle portant davantage sur la substance

42. *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, Cour suprême du Canada, n° 24724, 27 février 1997, paragr. 48; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association Unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, 687 (j. McLachlin): « S'il existe un élément de preuve susceptible d'appuyer une conclusion reconnaissant l'existence de l'obligation du successeur, la Cour maintiendra la décision de la Commission même si cette décision ne correspond pas à la conclusion qu'aurait tirée la Cour. Par contre, en l'absence de tels éléments de preuve, la décision doit être annulée »; R. DUSSAULT et L. BORGÉAT, *op. cit.*, note 13, p. 337; P. GARANT, *op. cit.*, note 26, pp. 164 et 165.

43. T.H. JONES, *loc. cit.*, note 32, 523.

44. W. WADE et C. FORSYTH, *op. cit.*, note 19, p. 312.

des décisions⁴⁵. L'arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltée* demeure la décision clef en matière de contrôle judiciaire des faits⁴⁶.

Le critère de l'erreur manifestement déraisonnable d'appréciation des faits constitue donc le critère central du contrôle judiciaire des faits en ce qui concerne les décisions des organismes judiciaires et quasi judiciaires⁴⁷. Nous croyons que le contrôle judiciaire a connu une évolution déterminante par l'extension de ce critère aux erreurs de fait. Il évite les exercices de qualification parfois périlleux entre questions de droit et de fait et amorce une transition dans la conception classique du contrôle judiciaire à l'égard des faits⁴⁸.

Sous ce dernier aspect, notre droit administratif rejoint le droit anglais. Wade⁴⁹ mentionne en effet ce qui suit sur le même sujet :

The rules about non-judicial errors of fact appear to be in the course of radical development much like that which has already taken place in the case of errors of law. It seems probable that the court will review findings both for want of evidence and for error of material fact, without attempting to fit the new rules into the context of the earlier law. That would be another extension of judicial review, and quite in keeping with present judicial philosophy.

45. *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 ; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, pp. 324-333 ; D.P. JONES et A.S. DE VILLARS, *op. cit.*, note 31, p. 399 : « In other words, the « patently unreasonable » test is used as a sword to defeat the operation of a privative clause. »

46. *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476 ; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, pp. 337-343 ; P. GARANT, *op. cit.*, note 26, p. 159.

47. *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations de travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, 442 (j. Beetz) ; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048 (test de l'analyse pragmatique et fonctionnelle pour décider de la compétence de qui relève une question et préciser le critère de contrôle applicable) ; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, (1989) 1 R.C.S. 1722 ; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614 (reconnaissance du test de l'analyse pragmatique et fonctionnelle) ; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 (reconnaissance de l'analyse pragmatique et fonctionnelle de l'affaire *Bibeault*) ; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557 (degré de déférence à afficher en fonction de l'organisme en présence) ; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, Cour suprême du Canada, n° 24915, 20 mars 1997 ; P. GARANT, *op. cit.*, note 26, pp. 147-158 ; D.P. JONES et A.S. DE VILLARS, *op. cit.*, note 31, pp. 409-419 ; F. MORIN, « Le « raisonnable » déraisonnable ! ou la rationalité du raisonnable », *Relations industrielles*, n° 40, 1985, p. 646.

48. P. GARANT, *op. cit.*, note 26, p. 115.

49. W. WADE et C. FORSYTH, *op. cit.*, note 19, p. 311.

1.1.3 L'uniformisation des critères de contrôle et le principe de proportionnalité

Enfin, que le contrôle s'intéresse à des décisions administratives ou de tribunaux administratifs, dans un cas comme dans l'autre, nous sommes d'opinion qu'il est possible d'observer une uniformisation des règles, du moins un certain regroupement autour de notions unificatrices⁵⁰. Certains auteurs ont d'ailleurs déjà tenté de regrouper sous trois volets les grands principes du contrôle judiciaire. On parle, entre autres, de *jurisdiction*, *reasonableness* et *fairness*⁵¹. On parle aussi d'*illegality*, *irrationality* et de *procedural impropriety*⁵².

Le test de l'erreur manifestement déraisonnable, dans son articulation, rejoint les deux sens de l'*unreasonableness* du droit anglais.

La notion de l'*unreasonableness* puise son fondement dans l'arrêt *Wednesbury*⁵³. On cite même ce principe comme étant le *Wednesbury principle*⁵⁴. Le concept de l'*unreasonableness* décrit par lord Greene dans l'arrêt *Wednesbury* est devenu l'un des plus prolifiques⁵⁵ du contrôle judiciaire anglais.

Le standard de l'*unreasonableness* se définit en droit anglais d'une manière analogue à celui du caractère raisonnable d'une décision en droit administratif canadien. En fait, tout comme ici d'ailleurs, la notion de l'*unreasonableness* en recoupe plusieurs autres sous-jacentes. Wade le souligne d'ailleurs clairement en ces mots :

Unreasonableness has thus become a generalised rubric covering not only absurdity or caprice, but merging into illegitimate motives and purposes, a wide category of errors commonly described as « irrelevant considerations », and mistakes and misunderstandings which can be classed as self-misdirection, or addressing oneself to the wrong question. But the language used in the cases shows that, while the abuse of discretion has this variety of differing legal facets, in practice the courts often treat them as distinct.

50. H.N. JANISCH, « Towards a more General Theory of Judicial Review in Administrative Law », (1989) 53 *Saskatchewan Law Review* 327.

51. J.H. GREY et L.-M. CASGRAIN, « Jurisdiction, Fairness and Reasonableness », (1987) *Dalhousie Law Journal* 89.

52. *Council of Civil Service Union v. Minister for the civil service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.), 410 (lord Diplock); S.A. DE SMITH, L. WOOLF et J.L. JOWELL, *op. cit.*, note 14, pp. 293 et 294 (les auteurs retiennent ce système pour aborder les *grounds* de la *judicial review*).

53. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223.

54. R.E. YOUNG, *loc. cit.*, note 30, 139.

55. W. WADE et C. FORSYTH, *op. cit.*, note 19, p. 390: « *Wednesbury* is now a common and convenient label indicating the special standard of unreasonableness which has become the criterion for judicial review of administrative discretion. »

[...]

Taken by itself, the standard of unreasonableness is nominally pitched very high : « so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority » (Lord Greene MR) ; « so wrong that no reasonable person could sensibly take that view » (Lord Denning MR) ; « so outrageous in its defiance to logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it » (Lord Diplock)⁵⁶.

Comme on peut le constater, la notion de l'*unreasonableness* semble exiger un haut degré d'irrationalité. Cependant, limitée à un tel niveau, l'application du critère n'aurait certainement pas été aussi prolifique en Angleterre⁵⁷. Wade⁵⁸ explique ce phénomène en ces termes :

This is not because ministers and public authorities take leave of their senses, but because the courts in deciding cases tend to lower the threshold of unreasonableness to fit their more exacting ideas of administrative good behaviour.

C'est sans doute dans cette perspective de recherche de l'idéal administratif que s'inscrit le principe de proportionnalité en droit anglais. Généralement perçu comme une composante, un principe sous-jacent du concept de l'*unreasonableness*, le principe de proportionnalité jouit d'une cote grandissante chez les juristes anglais⁵⁹.

Ainsi, si l'on réunit les deux approches du contrôle judiciaire, celle des actes administratifs et celle des décisions des tribunaux administratifs, sous l'angle de la nouvelle attitude de la Cour suprême en matière de contrôle judiciaire depuis l'affaire *National Corn Growers*⁶⁰, il est possible, selon nous, de conférer à la définition d'un acte déraisonnable une autre dimension. Une dimension qui correspond à celle plus large de la notion de l'*unreasonableness* du droit anglais, c'est-à-dire une conception du raisonnable englobant et les fondements traditionnels du contrôle et ceux plus récents : la prise en considération d'éléments non pertinents, ou le défaut de tenir compte des éléments pertinents, la non-adéquation de la décision à la

56. *Id.*, pp. 400 et 401.

57. G.L. PEIRIS, « Wednesbury Unreasonableness : The Expanding Canvas », (1987) *Cam. L. J.* 53.

58. W. WADE et C. FORSYTH, *op. cit.*, note 19, p. 401.

59. P. GRAIG, *Administrative Law*, 3^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1994, pp. 411-421 ; J. JOWELL et A. LESTER, « Beyond Wednesbury : Substantive Principles of Administrative Law », (1987) *Pub. L.* 368 ; J.L. JOWELL et A. LESTER, *loc. cit.*, note 10.

60. *National Corn Growers c. Tribunal canadien des importations*, [1990] 2 R.C.S. 1324 ; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association Unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, précité, note 42 (contrôle judiciaire poussé) ; P. GARANT, *op. cit.*, note 26, pp. 163-165 ; D.P. JONES et A.S. DE VILLARS, *op. cit.*, note 31, pp. 419-423 ; D. MULLAN, « Of Chaff Midst the Corn : American Farm Bureau Federation c. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review », (1991) 45 *Admin. L.R.* 264.

pratique normalement suivie, l'absence de preuve, la disproportion entre les faits et la décision et les cas manifestes d'abus de pouvoir (exercice discriminatoire, de mauvaise foi ou à des fins impropres d'une discrétion).

Voilà comment, si l'on s'inspire de la notion de l'*unreasonableness* du droit anglais, il nous semble possible d'unir les deux approches. Si l'on considère la chose sous cet angle, on ne peut nier que le contrôle judiciaire obéit fondamentalement aux mêmes principes directeurs, qu'il cherche à mesurer la légalité d'un acte purement administratif ou d'une décision d'un tribunal administratif. C'est pourquoi on peut dire que, malgré l'attitude de réserve que clame fortement la Cour suprême en matière de contrôle judiciaire, celui-ci devient paradoxalement de plus en plus interventionniste pour ce qui est des faits, de la substance de la décision. La Cour suprême n'a-t-elle pas soutenu que la quête du raisonnable doit se faire, dans certains cas, par une analyse en profondeur des décisions ?

Dans certains cas, le caractère déraisonnable d'une décision peut ressortir sans qu'il soit nécessaire d'examiner en détail le dossier. Dans d'autres cas, il se peut qu'elle ne soit pas moins déraisonnable mais que cela ne puisse être constaté qu'après une analyse en profondeur.

[...]

De même, la compréhension des questions soulevées par les appelants en l'espèce quant au caractère raisonnable de la décision du Tribunal exige une certaine analyse de la loi pertinente et de la façon dont le Tribunal l'a interprétée et appliqué aux faits⁶¹.

1.2 L'impact du droit public général

1.2.1 Le lien entre les chartes des droits et libertés et la proportionnalité

Les droits et libertés protégés par les chartes canadienne et québécoise jouissent d'une protection constitutionnelle qui leur confère un statut qui, dans l'échelle hiérarchique des normes juridiques, les place au-dessus de toutes normes. On reconnaît cette réalité juridique depuis l'adoption des chartes et l'on ne se surprend plus lorsqu'une disposition législative ou réglementaire est invalidée, parce qu'elle est discriminatoire notamment⁶². Ce qui est novateur, c'est l'utilisation des chartes des droits pour guider

61. *National Corn Growers c. Tribunal canadien des importations*, précité, note 60, 1370 (J. Gonthier); *Centre juridique de l'Estrie c. Sherbrooke*, [1996] 3 R.C.S. 84, 90-93; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, précité, note 42, paragr. 41-47; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, précité, note 47, paragr. 54.

62. P. GARANT, *Droit administratif*, 3^e éd., t. 3, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, ch. 27; P. HOGG, *Constitutionnal Law of Canada*, 3^e éd., Scarborough, Carswell, 1992, ch. 45 et 46; D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 14, p. 4.351.

l'exercice du contrôle judiciaire des discrétions administratives⁶³. C'est en ce sens que le droit constitutionnel offre une assise au principe de proportionnalité en droit administratif. Cette assise nous apparaît d'autant plus solide du fait que le contrôle judiciaire tend actuellement à glisser vers un contrôle portant davantage sur la substance de la décision.

On peut de plus soutenir que la Cour suprême a elle-même avalisé ce principe dans l'affaire *Slaight*, où, sous la plume du juge Lamer, elle précisait qu'une « *disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la Charte*⁶⁴ ».

Il faut ainsi comprendre qu'en vertu du principe de proportionnalité seule la décision qui ne porte pas atteinte aux droits et libertés d'un individu au-delà de ce qui est nécessaire pour la réalisation de l'objectif législatif sera jugée valide. L'arrêt *Black*⁶⁵ illustre également notre propos. C'est d'ailleurs en ces mots que la Cour exprime notre point de vue :

En définitive, je trouve que les restrictions apportées aux droits contenus au par. 6 (2) en raison du règlement 154 sont tout à fait disproportionnées aux objectifs législatifs allégués. Le fait que l'appelant n'ait envisagé rien de moins qu'une interdiction générale est, à mon avis, révélateur. Il existe plusieurs autres moyens raisonnables de réaliser l'objectif législatif qui était poursuivi sans porter atteinte si radicalement à la liberté de circulation et d'établissement. Le règlement n'est pas raisonnablement justifié comme l'exige l'article premier et il est donc inopérant⁶⁶.

Par analogie, le principe de proportionnalité, sous sa forme de test de nécessité, offre au contrôle judiciaire une perspective intéressante d'évolution. Il y a donc lieu de se demander si justement la jurisprudence n'a pas elle-même façonné, dans sa conception du raisonnable, un principe analogue au principe de proportionnalité. Il est possible que la Cour, bien qu'elle puisse ne pas y avoir fait nommément référence, ait appliqué ce principe en certaines circonstances⁶⁷. Nous verrons notamment si tel est le cas en jurisprudence dans la seconde partie de notre texte.

De plus, l'expression du principe de proportionnalité n'est évidemment pas sans rappeler le test de l'arrêt *Oakes* élaboré par la Cour suprême pour mesurer le caractère raisonnable des limites qui peuvent être imposées, dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux droits et libertés protégés

63. *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

64. *Id.*, 1077 et 1078 (l'italique est de nous).

65. *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591.

66. *Id.*, 633 (j. La Forest).

67. *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, note 63.

par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁸. À la manière du test de l'arrêt *Oakes*, applicable à la règle de droit, le principe de proportionnalité viendrait interagir sur le plan de la discrétion administrative pour en déterminer le caractère raisonnable. De cette façon, l'examen judiciaire pourrait être moins subjectif. En ce sens, nous partageons la position du juge Dickson dans l'affaire *Slaight*⁶⁹. Sous le couvert du principe de proportionnalité, l'action gouvernementale se verrait alors assujettie à l'emprise des chartes, même en ce qui a trait à son contrôle judiciaire⁷⁰.

Cela dit, d'autres arguments tirés des chartes jouent en faveur de la reconnaissance du principe de proportionnalité. Il faut en effet aussi mentionner que l'article 53 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁷¹ énonce que, en cas de doute dans l'interprétation d'une disposition législative, celui-ci doit être tranché dans le sens indiqué par la Charte. Par extension, on peut donc soutenir que, pareillement, en cas de doute sur le caractère raisonnable d'un acte ou d'une décision, le juge de contrôle devrait opter pour la solution qui s'inscrit dans le sens indiqué par la Charte. Il s'agit d'une interprétation rejoignant l'essence même du principe de proportionnalité.

Qui plus est, le *Code civil du Québec* énonce dans sa disposition préliminaire qu'il « régit en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit ». À notre avis, il s'agit d'une stipulation riche de sens. Combinée aux articles 300 et 321 du Code⁷², cette disposition pourrait servir, sommes-nous portée à croire, à l'interprétation du mandat assumé par certains individus au sein de personnes morales de droit public. On peut penser, entre autres, aux élus municipaux, aux commissaires des commissions scolaires, aux titulaires de pouvoirs dans différentes sociétés étatiques et aussi aux membres de conseils d'administration d'hôpitaux. L'exercice des pouvoirs discrétionnaires dont jouissent

68. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 ; *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U., c. 11)], art. 1 ; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 9.1.

69. *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, note 63, 1049 (j. Dickson).

70. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 875 (j. Lamer) : « La règle de common law qui confère un pouvoir discrétionnaire ne peut donner le pouvoir d'enfreindre la Charte. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé dans les limites prescrites par les principes de la Charte ; excéder ces limites constitue une erreur de droit justifiant l'annulation. »

71. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 68.

72. D. LEMIEUX, « L'impact du code civil du Québec en droit administratif », (1994) 15 *Admin. L.R.* (2d) 275.

ces mandataires de personnes morales de droit public pourrait possiblement s'en trouver modifié. Nous estimons notamment qu'en raison de son rôle le mandataire pourrait être appelé à rechercher le respect du principe de proportionnalité dans l'exercice de ses pouvoirs ; du moins ceux-ci pourraient-ils être interprétés à la lumière de celui-ci⁷³. À défaut, ses décisions pourraient être remises en cause parce qu'elles n'auraient pas été prises, par exemple, dans une optique de juste équilibre entre les droits respectifs des parties. À titre d'illustration, on peut se référer à deux arrêts anglais⁷⁴, qui laissent voir jusqu'où pourrait ultimement conduire un raisonnement semblable.

Ainsi, dans *Roberts c. Hopwood*⁷⁵ une résolution fixant le salaire d'employés fut cassée, car elle ne respectait pas l'obligation de fiduciaire que devait, selon la Cour, la municipalité à ses citoyens. Il en fut également de même dans *Bromley London Borough Council c. Greater London Council*⁷⁶ où une résolution ordonnant le prélèvement d'une taxe pour financer une réduction du coût du transport en commun fut jugée déraisonnable du fait qu'elle violait l'obligation de fiduciaire du Greater London Council envers ses citoyens⁷⁷.

Sensiblement dans le même ordre d'idées, Lemieux, en faisant référence au droit français, nous offre des exemples tout aussi surprenants de l'utilisation du principe sur le plan de l'action administrative :

Certaines expériences étrangères manifestent un degré plus important de contrôle judiciaire de la conformité des grandes opérations administratives (tracés d'autoroutes, de pipelines ou de lignes de transmission, sites de centrales nucléaires, de parc, d'aéroports, etc.).

[...]

De même, pour juger du caractère d'utilité publique d'une opération d'aménagement, le Conseil d'État examinera si « les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne

73. *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.) (cette affaire pourrait dans une certaine mesure illustrer la manifestation du principe par l'interprétation extensive que fait le juge de la notion d'intérêt public pour casser une obligation de résidence dans un contrat de travail, voir notamment : *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 9 et 1373 (ci-après cité : « C.c.Q »)).

74. G.L. PEIRIS, *loc. cit.*, note 57.

75. *Roberts c. Hopwood*, [1925] A.C. 578.

76. *Bromley London Borough Council c. Greater London Council*, [1983] 1 A.C. 768 (H.L.).

77. P. GRAIG, *op. cit.*, note 59, p. 436 : « The idea that a local authority owes a fiduciary duty to its ratepayers is by no means new, but it has never been subjected to a thorough judicial investigation. The idea seems self-evident : a local authority occupies a position of trust, or a fiduciary duty, in relation to the ratepayers whose money it is using, and who are the beneficiaries of the services being provided. »

sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ». Ce bilan des coûts et des avantages est effectué sous le couvert de l'erreur manifeste d'appréciation⁷⁸.

On voit ainsi comment, par la proportionnalité, le contrôle judiciaire peut prendre de l'expansion tout en favorisant une gestion administrative efficace et plus conciliante. L'utilisation du principe de proportionnalité dans ce contexte se veut certainement très subtile et sa reconnaissance en des circonstances semblables reste, par le fait même, des plus difficiles à prévoir en droit administratif canadien. C'est ce que nous chercherons, entre autres, à découvrir dans la seconde partie de notre texte.

Enfin, les chartes offrent un argument supplémentaire en faveur de la reconnaissance du principe de proportionnalité en droit administratif. On remarquera en effet que quelques-uns des droits protégés sont articulés en des termes qui impliquent nécessairement un contrôle judiciaire factuel. On n'a qu'à penser aux articles 8, 9, 12 et 23 de la Charte canadienne qui nécessitent une analyse factuelle pour leur mise en œuvre⁷⁹.

Nous croyons que l'article 7 de la Charte canadienne pourrait, de plus, offrir une assise constitutionnelle au principe de proportionnalité. Cet article, par l'interprétation judiciaire qui en a été faite, est suffisamment large, à notre avis, pour intégrer le principe de proportionnalité. Le principe possède en effet une certaine connexité avec celui de l'absence de preuve qui, lui-même, est parfois qualifié par les cours comme étant une expression particulière du droit d'être entendu, lequel est garanti par l'article 7⁸⁰. C'est donc par une interprétation extensive du droit d'être entendu que nous inscrivons le principe de proportionnalité dans l'article 7 de la Charte canadienne.

1.2.2 Le principe de proportionnalité et le droit supranational

Pour certains, la référence au droit supranational peut paraître surprenante en matière de contrôle judiciaire. Pourtant, celle-ci n'est pas dépour-

78. D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 14, p. 4352, cite les références suivantes en droit français : Cons. d'Ét. 28 mai 1971, *Ville Nouvelle-Est*, A.J.D.A. 1971.420, note Labetoulle et Cabanes, concl. Braibant, 463 ; Cons. d'Ét. 19 octobre 1979, *Ass. pour la sauvegarde du pays de Rhuis*, A.J.D.A. 1980.110, concl. Rougevin-Baville ; Cons. d'Ét. 27 juillet 1979, *Delle Drexel-Dahlgren*, A.J.D.A. 1980.97 ; Cons. d'Ét. 26 octobre 1973, *Grassin*, A.J.D.A. 1974.34.

79. *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 68 ; D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 14, p. 4351.

80. *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, (1993) 1 R.C.S. 471. (Bien qu'un tribunal doive démontrer un haut degré de déférence à l'égard d'un tribunal administratif protégé par une clause privative, une erreur sur une question de droit est toujours révisable quand elle va à la compétence. Le refus d'une preuve pertinente et recevable constitue une violation des règles de justice naturelle.)

vue d'intérêt pratique. Si l'on y prête attention, le chapitre 19 de l'ALENA peut être riche d'enseignement. Il ne faut pas en effet oublier que ce chapitre institue le mécanisme de groupes spéciaux binationaux de règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs. Ces groupes binationaux supplantent, dans la matière précitée, la Cour fédérale dans son rôle de cour de contrôle judiciaire⁸¹. Les critères d'examen judiciaire employés par ces groupes correspondent à ceux énoncés dans l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* de même qu'à ceux des États-Unis et du Mexique, en pareille matière. Dans cette perspective, il est pertinent de souligner que le régime de contrôle judiciaire fédéral, même s'il a presque toujours fait l'objet d'une interprétation plutôt restrictive, a le potentiel pour asseoir un contrôle judiciaire plus interventionniste⁸². Le principe de la *substantial evidence* du droit administratif américain pourra-t-il ainsi infiltrer le droit administratif canadien ? La question est posée.

Il est aussi intéressant de noter que les décisions des groupes spéciaux binationaux pourront elles-mêmes être remises en cause dans un délai raisonnable, contrairement au principe selon lequel il s'agit de décisions finales, si, par exemple, le groupe spécial a outrepassé manifestement ses pouvoirs en n'appliquant pas les critères d'examen appropriés⁸³. Voilà qui laisse croire que les critères de révision applicables seront mieux définis d'ici quelques années, d'autant plus que les parties ne partagent pas la même conception du contrôle judiciaire. En ce qui nous concerne, nous nous limiterons à un bref survol de la jurisprudence des groupes spéciaux. Par ailleurs, nous tenterons tout de même de mettre en évidence les appuis potentiels que le principe de proportionnalité trouve dans la jurisprudence des groupes spéciaux binationaux.

Il reste que, comme le contrôle judiciaire tend à faire de plus en plus de place au critère du caractère manifestement déraisonnable et que la Cour se lance maintenant dans une véritable quête du raisonnable en faisant une analyse minutieuse des conclusions de l'organisme contrôlé, il est, par le fait même, plus perméable à l'influence du droit supranational⁸⁴.

81. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1992, art. 1904 (1) (ci-après cité : « ALENA ») : « S'agissant des déterminations finales en matière de droits antidumping et de droits compensateurs, et selon qu'il est prévu au présent article, chacune des Parties substituera à l'examen judiciaire une procédure d'examen par des groupes spéciaux binationaux. »

82. *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C., c. F-7, art. 18. 1 (4) (d).

83. ALENA, art. 1904 (13).

84. H.N. JANISCH, *loc. cit.*, note 50 ; S.A. DE SMITH, L. WOOLF et J.L. JOWELL, *op. cit.*, note 14, p. 286.

Enfin, comme la proportionnalité s'impose aussi en matière de contrôle réglementaire — nous traiterons d'ailleurs de l'incidence du principe à cet égard dans la seconde partie de notre texte —, il est possible de lui trouver un fondement législatif dans l'article 3 de la *Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*⁸⁵. Cette disposition énonce l'obligation de compatibilité des dispositions d'une loi fédérale et de tout autre texte législatif fédérales destinées à la mise en œuvre de l'Accord. Or comme un certain contrôle du caractère proportionnel d'un règlement intervient en matière de restriction au commerce par exemple, cet article pourrait servir d'assise législative au contrôle de proportionnalité exercé par le groupe spécial visé⁸⁶. Cela pourrait aussi favoriser l'introduction de la norme en droit interne.

2. Le contrôle judiciaire et la reconnaissance du principe de proportionnalité dans la jurisprudence en droit administratif

2.1 La proportionnalité vue sous l'angle du contrôle de l'équilibre de la décision

Il est vrai que la doctrine ne reconnaît, à l'heure actuelle, aucun principe de proportionnalité en matière de contrôle judiciaire⁸⁷ au Canada. À notre avis, cette situation ne reflète pas exactement la réalité. Pour le lecteur avisé, il est possible de reconnaître le principe qui se manifeste sous divers aspects en jurisprudence et même explicitement dans certains cas, lorsque des droits protégés par les chartes sont en cause notamment. Nous traitons ci-après de l'aspect de l'équilibre de la décision par rapport aux faits, ce qui nous amènera, d'une part, à l'étude de la proportionnalité des sanctions et à l'incidence de la règle sur la jurisprudence d'un organisme et des droits qu'elle fait naître au profit de l'individu. Nous nous intéresserons aussi, d'autre part, aux manifestations diverses du principe au regard de la preuve tant sur le plan de la suffisance de la preuve au soutien d'une décision que sur le plan de l'appréciation d'un élément de preuve par un organisme.

2.1.1 La proportionnalité de la mesure

Les principaux auteurs qui ont traité du principe de proportionnalité l'ont associé, pour la plupart, aux décisions qui respectent un rapport de proportion, qui témoignent d'un souci d'équilibre entre la situation, les

85. *Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, c. 44.

86. *Canada's Landing Requirements for Pacific Coast Salmon and Herring*, précité, note 8.

87. D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 14, pp. 4-313 et 4-314 (seul cet auteur se réfère explicitement à ce principe).

proportion, qui témoignent d'un souci d'équilibre entre la situation, les moyens utilisés et la décision⁸⁸. Aussi l'intervention judiciaire basée sur la proportionnalité se veut-elle, sous un certain angle, plus opportuniste. Cependant, le but du juge n'est pas de substituer son opinion à celle de l'autorité. Il cherche plutôt à rendre la décision qui « légalement⁸⁹ » aurait dû être rendue. Dans certains cas, le dossier sera même tout simplement retourné à l'organisme pour que celui-ci corrige la décision disproportionnée. Il s'agit, à notre avis, d'un contrôle de la légalité qui emprunte la logique du contrôle judiciaire fondé sur la théorie de l'abus de pouvoir ou de l'injustice flagrante. De plus, le contrôle de proportionnalité a le mérite de baliser l'exercice du pouvoir d'intervention judiciaire, aussi opportuniste qu'il puisse paraître : le juge intervient en effet uniquement pour corriger la disproportion manifeste. Le contrôle judiciaire conserve ainsi sa nature propre. Le recours au principe de proportionnalité répond à un besoin de rationalité, de logique, voire de morale, qui n'a pas pour but de dénaturer le contrôle judiciaire⁹⁰. Voyons donc maintenant comment le principe de proportionnalité s'exprime sous son aspect proportionnel proprement dit en jurisprudence.

Le principe de proportionnalité implique que la sanction ou la mesure imposée à un individu soit proportionnelle aux faits mis en preuve ou, selon le cas, à la faute commise. Sous cette forme, il s'apparente au principe du droit pénal relatif à la proportionnalité de la sentence. C'est d'ailleurs sous cet aspect que le principe de proportionnalité s'est manifesté pour la première fois en droit international, au sein du Tribunal administratif de

88. J.-P. COSTA, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », (1988) *A.J.D.A.* 434 ; F. DREYFUS, « Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité : à propos de trois jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. (14 mai 1973) », (1974) *R.D.P.* 691 ; M. GUIBAL, « De la proportionnalité », (1978) *A.J.D.A.* 477 ; J.L. JOWELL et A. LESTER, *loc. cit.*, note 10 ; A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VÉZINA et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 12^e éd., t. 1, Librairie générale de Paris, 1992, pp. 486 et 487 ; J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Luxembourg et Londres, Office for official Publications of the European Communities et Sweet and Maxwell, 1992, p. 680 et suiv. ; S.A. DE SMITH, L. WOOLF et J.L. JOWELL, *op. cit.*, note 14, pp. 593-607 (chapitre consacré au principe de proportionnalité) ; I. ZAMIR, « Unreasonableness, Balance of Interests and Proportionality », (1992) *Tel Aviv University Studies in Law* 131.

89. F. DREYFUS, *loc. cit.*, note 88, 698 : « le Tribunal administratif de l'O.I.T. se livre à un examen détaillé des éléments qui permettent de déterminer si le principe de proportionnalité a été respecté, mais on ne peut pas pour autant considérer qu'il empiète sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration : en vérifiant que la sanction est proportionnée à la faute, le Tribunal *ne contrôle pas l'opportunité de la décision attaquée*, il veille seulement au respect de la légalité auquel est soumis l'ensemble de l'action administrative » (l'italique est de nous).

90. M. GUIBAL, *loc. cit.*, note 88.

l'Organisation internationale du travail (OIT). Une certaine jurisprudence provenant de ce tribunal administratif l'a établi en reconnaissant que la sanction imposée à un individu ne devait pas être disproportionnée par rapport à la faute reprochée à celui-ci⁹¹. Cette jurisprudence du début des années 70 a trouvé écho, d'une certaine façon, en droit administratif français, mais pas ici à l'époque. On n'a qu'à penser à l'affaire *Chèvrefils*⁹² où un médecin fut radié à vie pour avoir tenu sur les ondes radiophoniques des propos peu élogieux à l'égard de la médecine traditionnelle. Le docteur Chèvrefils pratiquait alors la chiropraxie depuis 25 ans. Dans cette affaire, la sanction disciplinaire n'a pu, malgré sa sévérité, être modifiée. La Cour supérieure, en cela confirmée par la Cour d'appel, avait refusé d'intervenir jugeant que le recours en évocation ne pouvait servir à modifier une sanction, ce rôle étant plutôt associé à celui d'une cour d'appel. Cette décision avait alors été critiquée par le professeur Yves Ouellette⁹³. Celui-ci remarquait que la Cour avait manqué à ce moment l'occasion de préciser un concept : celui de la proportionnalité de la sanction. L'auteur basait son raisonnement sur l'affaire *Hook*⁹⁴ où la Chambre des lords avait à la même époque cassé la décision d'un conseil municipal de suspendre le permis de marchand de M. Hook. L'offense commise ne justifiait pas, selon cette haute juridiction, la pénalité sévère qui fut imposée à M. Hook, pénalité qui d'ailleurs l'empêchait d'exploiter son commerce⁹⁵.

2.1.1.1 La proportionnalité de la sanction

À quelques reprises, la Cour suprême a reconnu l'application du principe de proportionnalité en droit du travail, bien que cela ait été fait non explicitement. Les deux premières affaires où elle l'appliqua furent *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*⁹⁶ et *Banque Nationale c. Union des employés de commerce*⁹⁷. On se rappellera que dans l'affaire

91. F. DREYFUS, *loc. cit.*, note 88 ; *Ferrechia*, Tribunal administratif de l'O.I.T., jugement n° 203 (Le Tribunal annule une décision notamment lorsqu'elle est entachée d'erreur de droit. Le cas où une mesure disciplinaire prise contre un agent apparaît hors de toute proportion par rapport aux conditions objectives et subjectives dans lesquelles l'acte reproché a été commis doit être assimilé à une erreur de droit.) ; *Khelifati*, Tribunal administratif de l'O.I.T., jugement n° 207 ; *Mendis*, Tribunal administratif de l'O.I.T., jugement n° 210.

92. *Chèvrefils c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, [1978] C.A. 94 confirmant [1976] C.S. 1468.

93. Y. OUELLETTE, « Le pouvoir de surveillance et le contrôle de la sévérité des sanctions disciplinaires ou administratives », (1978) *R. du B.* 362.

94. *R. c. Barnsley Metropolitan Borough Council, ex p. Hook*, précité, note 22.

95. *Id.* : voir les propos de lord Denning aux pages 456 et 457.

96. *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, précité, note 46.

97. *Banque Nationale c. Union des employés de commerce*, précitée, note 38.

*Blanchard*⁹⁸ la Cour avait refusé de modifier la décision d'un arbitre de substituer une suspension à un congédiement. La Cour estimait que la décision de l'arbitre n'était pas, compte tenu de toutes les circonstances, clairement abusive, manifestement injuste, absurde, contraire au sens commun et sans aucun fondement dans l'ensemble de la preuve. La Cour jugea la décision de l'arbitre raisonnable parce qu'elle était fondée sur une appréciation rationnelle et raisonnable de l'affaire. Même si le principe de proportionnalité n'y a pas été explicitement énoncé, nous croyons que cette décision lui offre une première assise. En confirmant la position de l'arbitre, la Cour a avalisé en effet, au moins implicitement, le raisonnement de la proportionnalité de la sanction.

Selon le même raisonnement, la Cour suprême a de nouveau implicitement affirmé le principe l'année suivante, en refusant de modifier la décision d'un arbitre qui avait substitué une sanction moindre au congédiement d'un policier⁹⁹. Et, plus récemment, la Cour a confirmé la décision du Conseil des relations du travail qui a jugé, compte tenu de toutes les circonstances, excessive la pénalité imposée par Radio-Canada à un de ses employés¹⁰⁰. Radio-Canada avait demandé à l'individu qui, à titre de président du syndicat, avait fait connaître sa position contre l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis, de choisir entre son poste à la radio et celui de président du syndicat. En rendant une telle décision, la Cour, une fois de plus, a entériné indirectement le principe de proportionnalité en reconnaissant la validité du raisonnement de l'arbitre, lequel était fondé sur la proportionnalité de la sanction.

Le juge Chouinard, pour sa part, fut davantage explicite dans l'affaire *Banque Nationale*¹⁰¹. En rendant le jugement au nom de la Cour, celui-ci a fait appel à un principe s'apparentant de près à celui de proportionnalité. Les sanctions imposées à l'employeur pour pratique déloyale allaient très loin dans ce cas-ci. On reprochait à l'employeur d'avoir fermé une succursale syndiquée pour contourner un syndicat. On avait notamment imposé à la Banque la création d'un compte en fidéicommiss afin de promouvoir les objectifs du *Code canadien du travail* auprès des employés. On lui avait aussi ordonné d'adresser une lettre aux employés pour les informer de la création de ce fonds. La Cour d'appel avait refusé d'intervenir, jugeant qu'il n'y avait pas eu d'excès de compétence. La Cour suprême, de son côté, conclut qu'il y avait un tel excès parce qu'il n'y avait aucun rapport entre la

98. *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, précitée, note 46.

99. *Fraternité des Policiers de la C.U.M. inc. c. C.U.M.*, [1985] 2 R.C.S. 74.

100. *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil Canadien des relations de travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157.

101. *Banque Nationale c. Union des employés de commerce*, précité, note 38.

pratique déloyale reprochée, ses conséquences, la création d'un fonds et l'envoi d'une lettre. Le juge Beetz alla même jusqu'à qualifier ces sanctions de totalitaires et d'étrangères à la tradition des pays libres comme le Canada. En exigeant un lien rationnel entre la faute reprochée, en l'espèce la pratique déloyale, et la sanction imposée, la Cour a franchi un pas vers la reconnaissance du principe de proportionnalité.

Enfin, le principe mis en avant dans l'affaire *Banque Nationale*¹⁰² a été repris récemment dans *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*¹⁰³. Dans cette affaire, l'employeur a été reconnu coupable de mauvaise foi dans la négociation d'une nouvelle convention collective. Aux négociations infructueuses s'était de plus combinée une longue grève qui avait provoqué des dissensions parmi les travailleurs et au sein de la petite communauté de Yellowknife. C'est pourquoi, vu l'intransigeance et l'amertume des parties, le Conseil des relations du travail leur imposa comme sanction une entente dont seulement quelques points restaient à négocier. La Cour suprême du Canada jugea que le Conseil avait le pouvoir d'imposer une telle entente aux parties dans les circonstances. La Cour ajouta que, pour que l'ordonnance du Conseil remédie ou pare aux effets de la violation du Code, celle-ci devait avoir un lien rationnel avec la violation et ses conséquences. Ce faisant, la Cour suivait le principe établi dans l'affaire *Banque Nationale*¹⁰⁴, principe qui, s'il n'est pas explicitement qualifié de « proportionnalité », en possède néanmoins les principales caractéristiques.

De plus, la proportionnalité de la sanction a été récemment rappelée par la Cour suprême dans *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*¹⁰⁵ où le congédiement d'un individu fut confirmé malgré la décision du conseil d'arbitrage de le réintégrer dans son poste.

La Cour d'appel a aussi approuvé le principe de proportionnalité qui semble se dégager des arrêts de la Cour suprême dont nous venons de discuter. On retrouve ce principe principalement en matière de sanctions disciplinaires en droit du travail et en droit professionnel.

Une décision fort intéressante est celle rendue par la Cour d'appel dans *Martel c. Tribunal des Professions*¹⁰⁶. Dans cette affaire, un pharmacien s'absente de sa pharmacie en raison d'une crise d'asthme sévère. Après avoir effectué les démarches pour se faire remplacer et mis en garde son

102. *Ibid.*

103. *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, J.E. 96-545 (C.S.C.).

104. *Banque Nationale c. Union des employés de commerce*, précitée, note 38.

105. *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, précité, note 42.

106. *Martel c. Tribunal des Professions*, [1994] R.J.Q. 335 (C.A.).

personnel de ne vendre aucun médicament sur ordonnance, le pharmacien se rend à l'hôpital. Le pharmacien remplaçant a quelques minutes de retard et, dans l'intervalle, un inspecteur se présente et achète des médicaments sur ordonnance. Une infraction à la loi fut constatée : il y avait eu vente de médicaments en l'absence d'un pharmacien dans l'officine. La Cour jugea que cette infraction avait été imputée au pharmacien en ne tenant pas compte de la diligence raisonnable de celui-ci et des circonstances particulières de l'affaire. La Cour a même critiqué l'attitude du Tribunal des professions qui, en refusant d'intervenir, a fait défaut d'exercer sa compétence. Par interprétation, l'on peut de toute évidence reconnaître que, en qualifiant la décision rendue de déraisonnable, la Cour s'est intéressée particulièrement aux faits de l'affaire. Cela dénote une attitude nettement plus interventionniste que celle affichée par la même cour dans l'affaire *Chèvrefils*. De cette affaire on peut aussi conclure que le respect du principe de proportionnalité, non mentionné mais en réalité appliqué en l'occurrence, laisse davantage de place à l'équité¹⁰⁷.

Il est évident que ce genre d'intervention rapproche le recours en évocation de l'appel. Une décision semblable à celle rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Martel* a en effet été prononcée en Ontario, dans le cadre d'un appel toutefois. On voit donc qu'effectivement la distinction tend dans cette perspective à s'estomper¹⁰⁸.

Cette tendance plus interventionniste qui semble reposer sur le principe de proportionnalité s'observe également dans deux récentes décisions de la Cour d'appel rendues en droit du travail.

Dans une première affaire, une réceptionniste est congédiée après plusieurs années de loyaux services pour avoir enfreint une disposition de son contrat de travail concernant le lieu de résidence. La Ville de Longueuil exigeait en effet de ses employés que ceux-ci résident sur son territoire, peu importe les fonctions occupées par l'employé. Le non-respect de cette obligation contractuelle emportait le congédiement de l'employé fautif : c'est ce qui est arrivé à M^{me} Godbout. La Cour d'appel estima que l'imposition de la condition de résidence devait être justifiée dans une certaine mesure pour contrecarrer le droit de M^{me} Godbout de choisir son lieu de résidence. En exigeant un lien de nécessité entre l'exigence et l'atteinte au droit de l'employé, la Cour a tracé, sans le mentionner, les traits du principe de proportionnalité¹⁰⁹.

107. *Hôpital Maisonneuve-Rosemont c. Montambault*, J.E. 90-1252 (C.S.); *Bernstein c. Biron*, [1993] R.J.Q. 1487 (C.S.); *Monfette c. Hôtel Dieu de St-Jérôme*, [1994] R.J.Q. 817 (C.S.).

108. *Re Milstein and Ontario College of Pharmacy et al.*, (1978) 20 O.R. (2d) 283 (C.A. Ont.).

109. *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, précité, note 73.

La seconde affaire concerne le congédiement d'une enseignante comptant 22 années de services qui a refusé de communiquer à son supérieur la répartition de son temps de travail. Compte tenu de la compétence de l'enseignante et de ses difficultés d'ordre personnel avec son supérieur, l'arbitre a modifié la sanction pour lui substituer une suspension de 15 mois. La Cour supérieure ayant rétabli la décision de l'employeur, la Cour d'appel est intervenue pour préciser que les faits mis en preuve justifiaient la suspension mais non le congédiement¹¹⁰. Ce faisant, dans la foulée des arrêts de la Cour suprême précédemment mentionnés, la Cour d'appel semble, elle aussi, reconnaître un principe de proportionnalité¹¹¹.

Une intervention semblable de la Cour d'appel est aussi intéressante à souligner en matière d'infractions réglementaires. Celle-ci reconnut en effet que la sévérité de la norme adoptée par la Ville dans un cas était telle que l'intimé, qui exploitait son commerce depuis 30 ans, ne pouvait la respecter. Il s'agissait d'une affaire mettant en cause un règlement sur les nuisances qui imposait une limite de bruit inférieure à celle du bruit ambiant, d'où l'impossibilité pour le commerçant de la respecter. La sanction imposée à M. Prince fut donc jugée, pour ainsi dire, disproportionnée compte tenu des circonstances particulières¹¹².

Enfin, en matière de droit des permis, une certaine jurisprudence semble reconnaître le principe énoncé par lord Denning dans *R. c. Barnsley Metropolitan Borough Council, ex p. Hook*¹¹³. Rappelons que M. Hook s'était vu retirer son permis de marchand pour avoir uriné dans une rue avoisinante au marché, alors que toutes les toilettes publiques étaient fermées. Selon lord Denning, la sanction était à la fois excessive et hors de proportion au regard de l'offense commise.

Ce raisonnement trouve écho principalement dans la jurisprudence de la Régie des alcools du Québec. Dans la plupart des interventions de la Cour supérieure dans cette série de jugements, le principe de proportionnalité, ou une notion qui lui est connexe, transcende ou même figure parfois explicitement parmi les motifs justifiant l'intervention judiciaire. On doit dire que la

110. *Syndicat des enseignantes et enseignants de Le Royer c. Commission scolaire Jérôme-Le Royer*, J.E. 95-379 (C.A.).

111. *Pretto c. Lafond*, J.E. 89-745 (C.S.); *Dansereau c. Canada (Commission de la Fonction publique)*, [1994] A.Q. (Quicklaw) n° 1566 (C.F.); *Commission scolaire des patriotes c. Cain*, J.E. 96-995 (C.S.); *contra* : *Côté c. Canada*, [1993] A.C.F. (Quicklaw) n° 620 p. 11 (J. Létourneau).

112. *Laval (Ville de) c. Prince*, J.E. 96-201 (C.A.); *Prowatt Inc. c. Corporation des maîtres mécaniciens du Québec*, J.E. 95-384 (C.S.) (décision portée en appel, C.A. 200-09-000652-948).

113. *R. c. Barnsley Metropolitan Borough Council, ex p. Hook*, précité, note 22 : voir les propos de lord Denning aux pages 456 et 457.

Cour a fait preuve d'un contrôle factuel poussé dans le cadre de ces décisions. Elle a qualifié en effet des décisions de déraisonnables notamment parce que la preuve était à son avis insuffisante pour justifier la sanction, parce qu'un poids insuffisant avait été accordé à des éléments de preuve jugés pertinents par la Cour ou encore parce que la décision était disproportionnée par rapport aux faits mis en preuve¹¹⁴.

En définitive, que cela soit en matière de droit du travail, de droit professionnel ou de droit des permis, il semble que la sévérité de la sanction soit contrôlée par l'entremise du contrôle judiciaire. Une telle attitude étonne par rapport à celle qu'avait choisi d'adopter la Cour supérieure 20 ans auparavant. Néanmoins, les interventions ne sont pas fondées ouvertement sur le principe de proportionnalité. Elles reposent plutôt sur la commission d'erreurs déraisonnables se situant principalement dans l'appréciation des faits : considérations pertinentes non prises en considération, preuve jugée insuffisante, sévérité de la sanction. Un ensemble de motifs qui, en réalité, exprime l'aspect de l'équilibre qu'implique le respect du principe de proportionnalité.

Comment expliquer l'existence de décisions comme celles que nous venons de décrire dont certaines proviennent même de la Cour suprême ? N'est-il pas surprenant de constater un tel interventionnisme dans le contexte du contrôle judiciaire qui se veut de plus en plus respectueux, du moins en surface, de l'expertise des organismes administratifs spécialisés ? Nous croyons que ce courant est le fruit d'une combinaison d'éléments favorables. D'abord, depuis que la Cour suprême a étendu le critère de l'erreur manifestement déraisonnable aux erreurs de fait dans l'affaire *Blanchard*¹¹⁵, il est moins répréhensible pour la Cour de revoir certaines conclusions

114. *Mongrain c. Régie des permis des alcools du Québec*, J.E. 92-426 (C.S.), p. 10 : « L'ordonnance de révocation qui entraînait la perte de son gagne-pain constituait dans le [sic] circonstances une décision déraisonnable, et un abus de pouvoir [...] le simple retard à produire des documents ne justifiait aucunement la sévérité de cette décision » (l'italique est de nous) ; 2642-9696 *Québec Inc. c. Régie des permis d'alcool du Québec*, J.E. 95-562 (C.S.), p. 39 : « Nous n'avons pas à déterminer, en l'instance, si la transgression d'un courant décisionnel ou la sévérité des sanctions peuvent constituer des déterminations déraisonnables fondant, d'une manière autonome, la révision judiciaire. Nous croyons toutefois qu'il y a lieu de les prendre en considération à la lumière de l'appréciation manifestement déraisonnable des faits » ; 2620-5443 *Québec Inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, précité, note 35 ; 2634-1966 *Québec Inc. c. Régie des permis d'alcool, des courses et des jeux*, précité, note 35 ; *Lombart c. Régie des alcools, des courses et des jeux du Québec*, précité, note 35 ; 135734 *Canada Inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, précité, note 35 (décision portée en appel, C.A. 200-09-000293-950).

115. *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, précité, note 46.

de fait, chose qui était moins évidente à faire à l'époque de l'affaire *Chèvrefils*¹¹⁶ par exemple. Nous soupçonnons aussi la forte influence de la démarche de contrôle prônée par la majorité dans l'affaire *National Corn Growers*¹¹⁷. Même si la Cour respecte l'autonomie des organismes spécialisés, par la révision plus en profondeur de chacune des conclusions du tribunal ou de l'organisme, elle risque d'être plus sensible à la commission d'erreurs qu'elle aurait autrement ignorées. Enfin, nous croyons qu'il s'agit aussi d'une manifestation d'un besoin d'évolution du contrôle judiciaire. Il est vrai que le contrôle de proportionnalité rapproche la nature du contrôle de celle d'un appel. Mais à vrai dire, où est la réelle difficulté ? Ce n'est pas parce que le contrôle judiciaire cherche à corriger une situation injuste en exigeant une proportionnalité dans les décisions d'une autorité qu'il se transforme en appel pour autant. Et si le défaut de respecter la proportionnalité constituait une erreur de droit, une faille dans le raisonnement de l'autorité qui ferait perdre automatiquement à la décision son caractère légal ? Dans cette perspective, contrôlé en respectant la compétence spécialisée de l'organisme administratif, et réservé uniquement au cas de disproportion manifeste, le principe de proportionnalité n'est pas si opportuniste qu'il le paraît.

Fairness, inconsistency et expectative légitime

Il peut paraître surprenant d'aborder la question de la cohérence jurisprudentielle en matière de proportionnalité ; peut-être l'est-ce un peu moins pour ce qui est des notions de *fairness* et de *legitimate expectation*. Toutefois, aussi éloignées qu'elles puissent le paraître à première vue, ces notions clefs du droit administratif entretiennent des liens particuliers avec le principe de proportionnalité.

On peut d'abord relever un certain courant décisionnel venant principalement de la Cour supérieure qui, outre qu'il fait mention du principe de proportionnalité de la sanction à l'appui de ses interventions, ajoute celui de la cohérence jurisprudentielle. Ainsi, la sévérité excessive d'une sanction est évaluée dans certains cas à partir de la jurisprudence de l'organisme présentant des données factuelles similaires¹¹⁸. Ce motif qui s'ajoute aux

116. *Chèvrefils c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, précité, note 92.

117. *National Corn Growers c. Tribunal canadien des importations*, précité, note 60.

118. *Schlosser-Brownstein c. Régie des Rentes du Québec*, J.E. 92-1692 (C.S.) (Il s'agit d'un refus de verser la rente de conjoint survivant à la première femme du *décujus*. La décision de la Commission des affaires sociales (CAS) n'est pas manifestement déraisonnable. Elle est conforme aux décisions prises dans tous les autres cas semblables. La pratique de la CAS est conforme à la loi et, selon la Cour (p. 7), même souhaitable car « [s]uch adherence ensures that similar cases will be treated in the same way ». Donc, la décision

autres invoqués par la Cour, offre une assise additionnelle à l'intervention judiciaire basée, bien cela ne se fasse pas de façon exclusive, sur le principe de proportionnalité. Il ne s'agit toutefois pas pour la Cour de régler les conflits jurisprudentiels existant au sein d'un organisme ; la Cour suprême a jugé qu'elle n'interviendrait pas dans de telles situations à moins de conflits opérationnels¹¹⁹. Ainsi, ce n'est pas parce qu'une décision ne coïncide pas avec les décisions antérieures de l'organisme qu'elle sera nécessairement déraisonnable¹²⁰. Il semble y avoir des considérations d'équité qui entrent en jeu.

D'une manière générale, ce serait le souci de respecter le principe de proportionnalité qui pousserait la Cour à scruter la jurisprudence de l'organisme. En fait, il faut dire que, en garantissant une sorte de cohérence jurisprudentielle au sein d'un même organisme et en contrôlant sur cette base ses décisions, la Cour offre aux justiciables un processus judiciaire plus équitable. L'individu pourra alors s'attendre que son cas soit traité comme les autres, évitant ainsi la prise de décision arbitraire. Un tel raisonnement vaut plus particulièrement pour les cas où la mesure imposée est de nature punitive. Il reste que ce genre d'intervention judiciaire entretient des liens étroits avec les notions de *fairness* et d'expectative légitime.

L'obligation d'avoir un corpus jurisprudentiel uniforme confère certains droits au justiciable : droit de voir son cas traité proportionnellement aux faits mis en preuve et droit de s'attendre que son cas ne soit pas jugé plus sévèrement que celui d'autres individus dans une situation semblable. La Cour demeure toutefois sensible au principe selon lequel une autorité titulaire d'un pouvoir discrétionnaire ne peut lier à l'avance son exercice.

en l'espèce n'est pas manifestement déraisonnable.); 2642-9696 *Québec Inc. c. Régie des permis d'alcool du Québec*, précité, note 114; 2620-5443 *Québec Inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, précité, note 35; *Lombart c. Régie des alcools, des courses et des jeux du Québec*, précité, note 35; 135734 *Canada Inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, précité, note 35 (décision portée en appel, C.A. 200-09-000293-950).

119. *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756 (en l'absence d'erreur manifestement déraisonnable, une cour ne peut pas intervenir pour trancher un conflit jurisprudentiel); *B.C. Telephone Co c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739, 768 (j. L'Heureux-Dubé), 770 (J. L'Heureux-Dubé) (la Cour peut intervenir en cas de conflit opérationnel, lorsque deux décisions inconciliables sont rendues.); *Chaput c. Montréal (Société de Transport de la Communauté urbaine de)*, [1992] R.J.Q. 1774 (C.A.).
120. *Chaput c. Montréal (Société de Transport de la Communauté urbaine de)*, précité, note 119, p. 1786 (j. Bisson): « pour justifier une révision judiciaire, le caractère déraisonnable des conclusions attaquées doit être démontré d'autant plus clairement s'il s'agit que de l'interprétation de faits ». Même si la décision est jugée à la limite du raisonnable, la Cour d'appel n'intervient pas.

C'est pourquoi il sera possible à l'organisme de dévier de sa propre ligne décisionnelle lorsque la situation le justifiera. Pour y parvenir, et ce, sans risquer de voir sa décision remise en cause par la Cour, l'organisme devra idéalement justifier son changement de cap, notamment en le motivant suffisamment au regard de la preuve. En agissant de la sorte, il préservera ses décisions du contrôle judiciaire puisque la proportionnalité de la mesure sera plus facilement détectée si la décision est soutenue par une solide argumentation. En l'absence de justification, il sera difficile pour la Cour de soupeser le caractère raisonnable de la décision, notamment de confirmer une sanction contraire à la jurisprudence de l'organisme¹²¹.

Du reste, la Cour préfère parfois fonder son intervention sur la notion de *fairness* plutôt que sur le principe de proportionnalité, même si la situation révèle une disproportion manifeste. Dans une affaire anglaise notamment, la décision d'un conseil municipal de refuser l'accès à une équipe de soccer à son terrain d'entraînement fut cassée : « *because of the unfair manner in which the council set about obtaining its objectives* »¹²². Le conseil municipal avait pris cette décision parce que certains joueurs de l'équipe avaient participé à une compétition tenue en Afrique du Sud, et ce, contrairement aux recommandations faites à l'équipe de s'abstenir de participer à des événements sportifs dans ce pays. La notion de *fairness* a été ici élargie pour englober ce cas particulier où la décision de l'autorité était clairement disproportionnée. On voit donc le principe de proportionnalité se confondre dans la règle reconnue qu'est la notion de *fairness* en droit administratif.

On peut ajouter accessoirement que découle du principe de proportionnalité une sorte d'expectative légitime que la décision à être rendue par l'autorité soit une décision qui ne détonne pas par rapport à celles prises antérieurement par l'autorité administrative ou le tribunal. Il s'agit d'une manifestation de la notion de *fairness* qui dépasse le cadre de la procédure pour atteindre celui de la décision dans son essence. Ainsi, cette facette de la notion de *fairness* implique en quelque sorte que la décision qui sera prise respectera le principe de proportionnalité. Aussi, la décision qui irait au-delà de ce qui serait nécessaire à l'atteinte de l'objectif visé choquerait tout autant la notion de *fairness* qu'elle enfreindrait le principe de proportionnalité.

121. *Société des services Ozanam Inc. c. Commission municipale du Québec*, [1994] R.J.Q. 364 (C.S.); *2634-1966 Québec Inc. c. Régie des permis d'alcool, des courses et des jeux*, précité, note 35; *135734 Canada Inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, précité, note 35 (décision portée en appel, C.A. 200-09-000293-950).

122. *Wheeler c. Leicester City Council*, (1985) 1 A.C. 1054, 1079 (lord Roskill).

Dans cette perspective, soulignons que le principe de proportionnalité peut aussi être utilisé pour mesurer jusqu'où l'expectative légitime d'un individu peut forcer la Cour à modifier la décision d'un organisme. Comme nous l'avons indiqué, il ne s'agit plus de l'expectative légitime d'être entendu ou de voir l'autorité prendre en charge un dossier mais d'une attente légitime envers l'issue même de la décision. Par exemple, non seulement ce type d'attente permet à un individu d'avoir l'occasion de se faire entendre avant qu'une décision sur la délivrance d'un permis soit prise, mais encore d'obtenir le permis convoité. Pour que l'expectative légitime mène à un tel résultat, la Cour appliquera le principe de proportionnalité. Elle soupèsera les intérêts en présence pour déterminer si l'individu a un droit effectif à ce que la décision soit rendue dans le sens espéré¹²³. Sur ce dernier point, il faut néanmoins éviter de confondre espoir et expectative légitime réelle.

L'arrêt *Chen* de la Cour suprême peut, d'une certaine manière, servir d'assise à ce principe en droit canadien. Dans cette affaire, M. Chen s'était vu refuser le statut d'immigrant pour avoir offert un prétendu pot-de-vin à un fonctionnaire. Cette infraction ne constituait pas un motif légal pour refuser le statut d'immigrant au demandeur. De plus, une telle décision violait l'expectative légitime de M. Chen d'être accepté. Quelle était la nature exacte de l'expectative reconnue dans cette affaire ? Ne pourrait-on pas prétendre que M. Chen pouvait légitimement s'attendre à obtenir le même traitement que celui offert à ceux qui l'avaient précédé ? Si la Cour s'est basée sur le fait que la faute n'était pas une faute prévue dans la loi pour casser la décision, ne pourrait-on pas plutôt voir là une manifestation de la proportionnalité ? En ayant recours à la notion d'expectative légitime dans ce cas-ci, la Cour lui a conféré en effet une dimension supplémentaire, une dimension substantive.

Enfin, il reste que le principe de proportionnalité, par les liens qu'il entretient avec des notions telles l'expectative légitime et la *fairness*, offre

123. *R. c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hamble (Offshore) Fisheries Ltd.*, [1995] 2 All E.R. 714, 724 (j. Sedley) : « legitimacy is a relative concept, to be gauged proportionately to the legal and policy implications of the expectation » ; C.M.G. HIMSWORTH, « Legitimately Expecting Proportionality ? », [1996] *P.L.* 46, 50 et 51 : « What is happening here is that a requirement of proportionality, despite its clear rejection as a self-standing ground of review by the House of Lords in *Brind*, is being woven back into the fabric of British judicial review as simply one aspect of an expanding doctrine of « fair administration » — which has already accommodated the familiar concepts of fairness as natural justice, fairness as procedural propriety in general, and fairness as honouring legitimate expectations. Another requirement of fair administration now becomes proportionality of decision-making and that too becomes subject to the scrutiny of the courts. »

une base solide au contrôle judiciaire qui peut, de cette façon, passer outre aux critiques qui veulent le restreindre à un rôle minimal. Il faut dire que l'un des obstacles majeurs auquel fait face la proportionnalité est que sa reconnaissance engendre un contrôle opportuniste. Faire abstraction de cette observation serait faire fausse route. Cependant, se limiter à ce constat reviendrait à nier une forme de contrôle judiciaire acceptée implicitement par la Cour suprême, par la Cour d'appel et, de façon plus explicite, par la Cour supérieure. Il ne faut pas oublier que d'autres systèmes de droit administratif reconnaissent le principe de proportionnalité comme un principe général du droit sans pour autant dénaturer le pouvoir de surveillance. De plus, les décisions qui rejettent formellement le principe, en niant notamment à la Cour le pouvoir d'intervenir sur la sévérité d'une sanction, affichent parfois un certain retard face à l'interventionnisme plus poussé démontré par la Cour suprême en matière de contrôle judiciaire depuis quelques années¹²⁴.

À tout le moins, on peut dire que si le principe de proportionnalité ne figure pas encore officiellement à titre de principe général de droit dans la jurisprudence analysée dans la présente section, il semble juste, à notre avis, de parler tout de même d'un principe en émergence, en ce qui concerne la proportionnalité des sanctions. Les juges l'appliquent ou l'entérinent sans toutefois nécessairement le mentionner.

2.1.2 La proportionnalité de la décision raisonnable au regard de la preuve

Proportionnalité et décision raisonnable vont à l'occasion partager un terrain d'action commun. Parfois, le caractère raisonnable d'une décision résidera en réalité dans le fait qu'elle respecte aussi le principe de proportionnalité, généralement passé sous silence par la Cour toutefois. Dans d'autres cas, la décision pourra évidemment être déraisonnable pour une multitude de motifs qui n'ont rien à voir avec le principe de proportionnalité. Il faut effectivement éviter de voir des manifestations du principe partout, car la proportionnalité partage avec la notion du caractère raisonnable une dimension commune. Tout comme la norme du raisonnable, le

124. *Re Milstein and Ontario College of Pharmacy et al.*, précité, note 108; *Communauté Urbaine de Montréal c. Rousseau*, J.E. 83-253 (C.A.); *Miramichi Agricultural Exhibition Assn. c. Lotteries Commission of New Brunswick*, [1995] N.B.J. (Quicklaw) n° 307 (C.A.); *Procureur général du Québec c. Beaudet*, J.E. 78-981 (C.S.); *Larocque c. Barbeau*, J.E. 88-1001 (C.S.) (décision portée en appel, C.A. 500-09-000775-882); *Bilodeau c. Régie des permis d'alcool du Québec*, J.E. 88-217 (C.S.) (la sévérité de la sanction est un motif d'appel, mais elle ne peut être le fondement d'un recours en évocation); *Côté c. Canada*, précité, note 111.

principe de proportionnalité fait en effet appel à la rationalité et même à certaines valeurs propres à notre système judiciaire. Cet ensemble de valeurs forme une sorte de morale judiciaire qui permet au juge de tracer les limites du juste par rapport à l'injuste et à laquelle s'associent tant la norme du raisonnable que celle de la proportionnalité. Cette dernière se distingue toutefois de la norme du raisonnable en ce que l'élément qui déclenche son application est la présence d'une atteinte à un droit individuel. C'est cette atteinte qui semble pousser le juge à un contrôle plus intense. Si le juge se limitait au contrôle minimal que suppose la norme du raisonnable, les décisions rendues en matière de contrôle judiciaire seraient, à notre avis, moins nombreuses. Il suffit de faire une analyse minutieuse de celles-ci pour finalement parvenir à distinguer le contrôle de proportionnalité du contrôle du caractère raisonnable.

À cette difficulté, s'en ajoute une d'un autre ordre. Comme notre système de contrôle judiciaire se scinde en deux approches, l'une réservée au contrôle des actes dits purement administratifs et l'autre au contrôle juridictionnel des tribunaux administratifs, il devient parfois hasardeux de distinguer ce qui est raisonnable dans un cas de ce qui ne l'est pas dans l'autre. Nous passerons d'ailleurs généralement outre à cette difficulté en traitant indifféremment de la norme du raisonnable, c'est-à-dire sans souligner la nature du contrôle judiciaire en jeu. Cette démarche de recherche nous a permis de constater, comme nous le mentionnerons en conclusion, que la notion de l'erreur manifestement déraisonnable propre au contrôle juridictionnel entretient plusieurs points en commun avec la norme du raisonnable relative au contrôle des actes administratifs.

Nous aborderons donc la notion du raisonnable, ci-après comprise dans sa conception la plus large, pour traiter de ses manifestations qui s'apparentent le plus à celle de la proportionnalité.

Avant de débiter, précisons que ce ne sont pas toutes les décisions rendues en la matière qui ont retenu notre attention. Nous nous sommes concentrée sur les jugements où des décisions ont été cassées du fait qu'elles étaient déraisonnables soit parce que la preuve à leur soutien fut jugée insuffisante, soit parce que le poids accordé à certaines considérations fut jugé excessif ou encore parce que la décision fut jugée tellement absurde qu'elle en fut annulée. Parmi ces différentes manifestations de la norme du raisonnable, plusieurs se rapprochent de l'expression du principe de proportionnalité sous son aspect de l'équilibre notamment. Nous aborderons donc maintenant chacune de ces facettes de la proportionnalité.

2.1.2.1 L'interaction de la proportionnalité en ce qui concerne la suffisance de la preuve

L'erreur de fait manifestement déraisonnable et la suffisance de la preuve

À quelques reprises, la Cour suprême a souligné que pour être raisonnable une décision devait reposer sur une preuve suffisante. Dans l'affaire *Lester*, elle rappela la règle en ces termes :

S'il existe un élément de preuve susceptible d'appuyer une conclusion reconnaissant l'obligation du successeur, la Cour maintiendra la décision de la Commission même si cette décision ne correspond pas à la conclusion qu'aurait tirée la Cour. Par contre, en l'absence de tels éléments de preuve la décision doit être annulée¹²⁵.

Un tel raisonnement avait aussi été mis en avant dans l'affaire *National Corn Growers*¹²⁶. Dans cette affaire, la Cour avait entériné les conclusions du Tribunal du commerce en jugeant qu'elles reposaient sur une « preuve suffisante¹²⁷ ».

Dans l'affaire *Lester*¹²⁸ par contre, la Cour annula la décision de la Commission puisque « aucune preuve » n'établissait l'existence d'un transfert ni d'une aliénation d'entreprise au sens de la loi en cause. La décision fut alors cassée parce qu'elle était manifestement déraisonnable. La Cour en est arrivée à un raisonnement semblable dans *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*¹²⁹ où les constatations de fait du conseil d'arbitrage n'étaient pas soutenues par la preuve, ce qui rendait la décision manifestement déraisonnable.

Par la suite, la Cour a tenté de définir l'erreur manifestement déraisonnable. On remarquera, dans cette définition, une certaine réticence de la Cour à juger déraisonnable une décision suffisamment soutenue par la preuve :

A patently unreasonable error is more easily defined by what it is not than by what it is. This court has said that a finding or decision of a tribunal is not patently unreasonable if *there is any evidence capable of supporting the decision* even though the reviewing court may not have reached the same conclusion¹³⁰.

125. *W.W. Lester (1978) Ltd. c. Association Unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, précité, note 42, 687 et 688 (j. McLachlin).

126. *National Corn Growers c. Tribunal canadien des importations*, précité, note 60.
127. *Id.*, 1379-1381 (j. Gonthier).

128. *W.W. Lester (1978) Ltd. c. Association Unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, précité, note 42.

129. *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, précité, note 42.

130. *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 c. Bradco Construction Limited*, [1993] 2 R.C.S. 316, 340 et 341.

Ainsi, la Cour s'abstiendra d'intervenir lorsque la décision reposera sur une preuve suffisante. C'est notamment ce qui s'est produit dans *Thompson c. Canada (Sous-Ministre de l'Agriculture)*¹³¹. La décision du ministre de ne pas donner l'habilitation de sécurité à M. Thompson fut maintenue puisque le ministre disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour appuyer sa décision.

La Cour suprême a rappelé cette règle dans *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*¹³². La Cour qui a revu les conclusions de fait de l'Office a précisé qu'elle ne les modifierait pas s'il existait certains éléments de preuve à leur appui. Dans cette affaire, bien que la Cour ait jugé suffisamment soutenues les conclusions de fait de l'Office, elle a toutefois qualifié les faits en cause d'attributifs de compétence sans se référer à la norme du raisonnable. Cette qualification nous a surprise, car la démarche employée par la Cour dans cette affaire respectait celle élaborée dans l'affaire *National Corn Growers*, notamment par l'emploi de la même méthode d'analyse des conclusions de fait et par la référence à la suffisance de la preuve à leur soutien. La Cour aurait donc pu tout aussi bien recourir à la norme du caractère raisonnable pour fonder son intervention. Cette attitude pour le moins surprenante démontre la réticence qu'éprouve encore la Cour face au contrôle des faits non attributifs de compétence. Par ailleurs, dans la récente décision *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*¹³³, la majorité a préféré recourir à la norme du manifestement déraisonnable pour casser la décision du conseil d'arbitrage qui ne trouvait aucun fondement dans la preuve. Seule la juge L'Heureux-Dubé aurait ouvert la porte au contrôle basé sur les questions attributives de compétence, par conséquent, sur la norme de la décision correcte.

Il reste que la position de la Cour suprême depuis l'affaire *National Corn Growers* a eu des répercussions à la Cour d'appel. Il est à remarquer toutefois qu'en jurisprudence le critère de la suffisance de la preuve, conçu comme un frein au contrôle, a eu l'effet inverse. La suffisance de la preuve est ainsi devenue en jurisprudence un fondement au contrôle judiciaire¹³⁴

131. *Thompson c. Canada (Sous-Ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385.

132. *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159.

133. *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, précité, note 42.

134. *Coopérative Fédérée du Québec c. Association des employés du comptoir avicole de St-Félix de Valois (C.S.N.)*, [1991] R.J.Q. 1221 (C.A.); *Ontario (Ministry of Community and Social Services) c. O.P.S.E.U.*, (1992) 10 Admin. L.R. (2d) 59 (Ont. C.A.); *Dairy Producers Cooperative Ltd. c. Teamsters Dairy & Produce Workers, Local 834*, (1993) 16 Admin. L.R. (2d) 231 (Sask. C.A.), p. 87 (j. Sherstobitoff): « A finding of fact which is not founded upon evidence is patently unreasonable »; *Westfair Foods Ltd. c. R.W.D.S.U., local 454*, (1993) 15 Admin. L.R. (2d) 260 (Sask. Q.B.); *Élans de Sherbrooke*

qui pousse le juge à pratiquer un exercice de pondération de la preuve. Ainsi, le critère de l'erreur manifestement déraisonnable permet désormais à la Cour d'intervenir en ce qui concerne les faits sous un angle différent. L'exercice de pondération pratiqué par la Cour traduit donc un contrôle plus poussé qui dépasse le cadre rigide à l'intérieur duquel elle devait autrefois évoluer. Il faut dire en effet que la Cour a longtemps hésité avant de reconnaître le critère de l'absence de preuve. Maintenant transformé en une sorte de critère de la suffisance de la preuve, le principe se rapproche sous cette forme de celui de proportionnalité.

On peut dire en outre que le courant jurisprudentiel confirmant le principe de la suffisance de la preuve est bien engagé. La majorité des décisions qui le soutiennent sont toutefois relativement récentes. Nous croyons qu'en ce sens l'influence des affaires *National Corn Growers* et *Lester* a été déterminante. De plus, comme la Cour suprême a récemment confirmé sa position dans *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*¹³⁵, cette tendance devrait continuer à être observée dans la jurisprudence. Rappelons que dans cet arrêt la Cour a jugé que les constatations de fait d'un conseil d'arbitrage non soutenues par la preuve rendaient la décision de ce dernier manifestement déraisonnable, ce qui a permis à la Cour de substituer sa propre appréciation de la preuve à celle du conseil.

Au demeurant, le contrôle judiciaire est nécessairement plus interventionniste lorsqu'il s'aventure à déterminer si une conclusion de fait est soutenue par une preuve suffisante. La Cour demeure tout de même prudente et n'entre pas dans la sphère de l'appréciation de la preuve ; elle se limite à évaluer sa suffisance. On s'étonne malgré tout de voir à quel point la norme de l'erreur de fait manifestement déraisonnable ressemble à celle employée par les cours d'appel.

Ainsi, le Conseil privé, en rappelant la norme de contrôle des erreurs de fait dans le cadre d'un appel, illustre cette constatation :

Inc. c. Commission Municipale du Québec, J.E. 94-1775 (C.A.) ; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Hitachi (H.S.C.) Canada Inc.*, J.E. 95-1072 (C.A.) ; *Bow Valley Naturalists Society c. Alberta (Minister of Environmental Protection)*, [1995] A.J. (Quicklaw) n° 1005 (Q.B.) ; *Roy c. Commission municipale du Québec*, J.E. 91-97 (C.S.) confirmé par la Cour d'appel [1992] R.J.Q. 186 ; *Lelièvre c. Commission des affaires Sociales du Québec*, J.E. 92-72 (C.S.) ; *Rollo Bay Holdings Ltd. c. Prince Edward Island Agricultural Development Corp.*, (1993) 22 Admin. L.R. (2d) 231 (C.S. I.P.E. Appeal Div.) ; *Slavko c. Commission des Affaires Sociales du Québec*, J.E. 94-1953 (C.S.).

135. *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, précité, note 42, paragr. 48.

The privy Council will not disturb concurrent findings of fact in the Court below which are sufficiently supported by the evidence though there is other evidence which, if accepted, might warrant judgment for the appellant¹³⁶.

Poussée à un tel niveau, la distinction entre appel et contrôle judiciaire réside, pourrait-on être porté à croire, presque uniquement dans l'habileté des juges à trouver les mots justes pour qualifier leur intervention.

La relation entre la règle de la substantial evidence et celle de la proportionnalité

Il reste une étape que le Canada n'a pas encore franchie, mais la situation pourrait changer dans un proche avenir. Tel serait notamment le cas si la jurisprudence des groupes spéciaux binationaux de règlement des litiges en matière de subventions et de dumping dans le cadre de l'ALE ou l'ALENA avait des répercussions en droit interne. Non pas que cette jurisprudence ait une valeur de précédent en droit interne, mais plutôt en raison de l'influence que cette jurisprudence peut avoir sur l'élaboration des normes, la doctrine ou, même, sur l'imagination des plaideurs¹³⁷.

Il ne faut tout de même pas négliger, cependant, le fait que les décisions des groupes spéciaux binationaux sont susceptibles de fournir une source jurisprudentielle potentiellement intéressante aux juristes. Les groupes appliquent en effet le droit interne au même titre que la Cour fédérale. Ainsi, dans leur recherche d'harmonisation des critères de contrôle applicables entre les parties, ils peuvent, d'une certaine manière, contribuer à l'évolution des notions actuelles¹³⁸.

136. *Montreal Transportation Co. Ltd. c. Theking*, (1926) 2 D.L.R. 862 (C. privé); *Bickell c. Cutten*, (1926) 1 D.L.R. 353 (C.S.C.) (la Cour suprême n'interviendra pas sur l'appréciation des faits à moins « d'erreur manifeste »); *Montreal Hardware Mfg Co. Ltd. c. L'Honorable juge René Beaudry et M. le commissaire enquêteur J.C. Lucien Pilon et Laurin et autres*, [1971] R.D.T. 362 (C.A.).

137. *Live Swine from Canada*, [1992] F.T.A.D. n° 8, 122: « While Panels decisions are not binding on the United States courts ».

138. *Synthetic Baler Twine a Knot Strength of 200 Lbs or Less Originating in or Exported from the United States of America*, CDA-94-1904-02, 10 avril 1995. (Le critère de révision auquel il est notamment fait référence dans cette décision (p. 3) est celui du « *rational connection between the facts and the tribunal's finding* » (le souligné est de nous). Il s'agit en quelque sorte d'une tentative d'harmonisation des critères de la suffisance de preuve avec celui de la *substantial evidence* américain. La composition même des groupes spéciaux nous porte à croire qu'une telle harmonisation des critères applicables pourra s'observer à plus ou moins long terme.) À titre d'exemple de l'évolution de la position classique, voir : *Remington Arms of Canada Ltd. c. Les Industries Valcartier Inc.*, [1982] 1 C.F. 586 (C.A.), 587 et 588 (j. Urie): « La requérante [...] a [...] invoqué un certain nombre de moyens qui, à l'exception d'un seul, exigeraient de la présente Cour qu'elle réévalue les éléments de preuve et, en fait, qu'elle juge à nouveau l'affaire. Comme

De surcroît, plusieurs des décisions rendues depuis l'introduction de ce mécanisme de règlement traitent du principe américain de la *substantial evidence*. Cette norme américaine peut nous aider à mieux comprendre le principe de proportionnalité qui, d'une certaine manière, semble prendre racine en droit interne dans l'extension du critère de l'erreur manifestement déraisonnable comme norme de contrôle de la suffisance de la preuve.

Le critère de la *substantial evidence* a été défini comme suit en jurisprudence¹³⁹ :

Substantial evidence has been defined by the Supreme Court of the United States as « more than a mere scintilla. It means such relevant evidence as a reasonable mind might accept as adequate to support a conclusion »¹⁴⁰.

[...]

Substantial evidence is « something less than the weight of the evidence »¹⁴¹.

Le critère ainsi exprimé se rapproche de celui énoncé par la Cour suprême. Là où il s'en distingue, c'est dans son exigence supplémentaire visant plus que l'existence d'une preuve suffisante à l'appui d'une décision.

Pour illustrer cette différence, référons-nous au groupe spécial qui, dans l'affaire *Corrosion-resistant carbon steel products*¹⁴², a précisé ceci :

[T]he Panel's role is « not to merely look for the existence of an individual bit of data that agrees with a factual conclusion and end its analysis at that¹⁴³. » Rather, the Panel must take into account evidence which detracts from the weight of the evidence relied upon by the agency in reaching its conclusions¹⁴⁴.

Cette façon de procéder, qui peut paraître plus engagée que l'approche actuelle de la Cour suprême en la matière, respecte tout de même l'obligation de retenue judiciaire qui caractérise le contrôle judiciaire. Dans la décision précitée, le groupe spécial s'exprimait ainsi à ce sujet :

The Panel, however, is conscious of its obligation under the substantial evidence standard not to reweigh the evidence, or substitute its judgment for that of the Department [...] Nevertheless, a reviewing authority may not defer to an agency

il a été dit à maintes occasions, ce n'est pas là le rôle de la Cour. Le Tribunal antidumping a été légalement constitué et doté de pouvoirs légaux et de ressources lui permettant d'évaluer les éléments de preuve produits devant lui et de faire les constatations exigées par sa loi constitutive. Il ne sera touché à celles-ci que lorsqu'elles ne sont fondées sur aucun élément de preuve ou reposent sur un principe erroné » (l'italique est de nous).

139. *Corrosion-resistant carbon steel products*, [1994] F.T.A.D. n° 10 (cette décision reprend chacune des définitions ci-après énoncées).

140. *Universal Camera Corp. c. NLRB*, 340 U.S. 474, 477 (1951).

141. *Consolo c. Federal Maritime Commission*, 383 U.S. 607, 620 (1966).

142. *Corrosion-resistant carbon steel products*, précité, note 139, 16.

143. *New Steel Rails from Canada*, USA-89-1904-09, 1990 FTAPD LEXIS 6, August 13, 1990, 9.

144. *Consolidated Edison*, 305 U.S. 229.

determination that is premised on inadequate analysis or reasoning. The extent of deference to be accorded is dependent upon «the thoroughness evident in [the agency's] consideration, the validity of its reasoning, [and] its consistency with earlier and later pronouncements.» *A rational connection must be present between the facts found and the choice made by the agency*¹⁴⁵.

Ainsi, la décision en vertu d'un tel critère doit non seulement s'appuyer sur une preuve suffisante mais aussi entretenir un lien rationnel avec elle « compte tenu de l'ensemble de la preuve », la preuve contraire étant comprise dans cet ensemble. Cette expression du critère de la *substantial evidence* le rapproche du principe de proportionnalité. Cependant, il ne rejoint pas l'actuel principe de l'erreur manifestement déraisonnable en vertu duquel la Cour ne semble pas s'engager aussi loin. La Cour suprême semble limiter son contrôle à l'existence d'une preuve suffisante au soutien d'une décision sans chercher à savoir si la décision possède ce *rational basis* « compte tenu de l'ensemble de la preuve ».

Par contre, un groupe spécial a rendu une décision qui illustre une conception du critère de l'erreur de fait manifestement déraisonnable proche de celle de la *substantial evidence* du droit américain. Il appuyait son raisonnement sur une décision de la Cour d'appel fédérale :

In *E.W. Bickle v. M.N.R.*, the Federal Court of Appeal held that, in the absence of a privative clause, the standard to be met on an issue of fact was whether there was evidence upon which Revenue Canada could «properly» have reached its decision. *The relevant question here is not whether there is any evidence whatsoever which supports Revenue Canada's determination of fact. In issue is whether there is evidence of a nature that indicates that Revenue Canada could reasonably have reached the determination it did.* In applying this standard of review, the Panel rejects the blanket contention, argued by counsel for Revenue Canada, that Revenue Canada «has the right to be wrong». Similarly the Panel rejects the assertion of revenue Canada that the Panel simply apply a «no evidence» standard of review, reversing findings of fact only when there is no evidence in the record to support Revenue Canada's decision. The Panel believes that neither of these positions comports with the standards set out above. *The Panel may well be compelled to defer to a decision of Revenue Canada that the Panel believes is wrong, but only where there is some evidence, objectively construed, that Revenue Canada acted reasonably in so deciding*¹⁴⁶.

Pour l'heure, on ne peut affirmer que le contrôle judiciaire interne ait atteint un tel niveau de raffinement. D'abord, la jurisprudence qui a étendu la notion de l'erreur manifestement déraisonnable à la suffisance de preuve est relativement récente. Ensuite, comme plusieurs années se sont écoulées avant que le contrôle judiciaire atteigne une telle intensité, sans doute

145. *Corrosion-resistant carbon steel products*, précité, note 139, 18 et 19 (l'italique est de nous).

146. *Certain cold-rolled steel sheet from the United-States*, [1994] F.T.A.D. n° 6 (l'italique est de nous).

faudra-t-il attendre encore longtemps avant de le voir franchir cette autre étape. D'ici là, si le principe de la *substantial evidence* paraît trop interventionniste, peut-être vaudra-t-il mieux opter pour le principe de proportionnalité qui, tout en recoupant le principe américain, demeure limité aux cas où des droits individuels sont en jeu.

Finalement, il ressort de ces derniers développements que la recherche de l'équilibre de la preuve au soutien d'une décision a inscrit le contrôle judiciaire dans une perspective d'évolution, tout en lui conférant une dimension propice à la reconnaissance du principe de proportionnalité. Une dimension qui, il n'y a pas si longtemps, lui était totalement étrangère.

2.1.2.2 L'incidence de la proportionnalité en ce qui concerne l'appréciation de la preuve

Les considérations pertinentes et non pertinentes

Il est accepté que la Cour intervienne pour vérifier si le poids accordé par une autorité à un élément factuel n'était pas excessif ni insuffisant dans la prise de sa décision. Cette démarche trouve d'ailleurs appui dans le récent raisonnement de la Cour suprême dans l'affaire *National Corn Growers*¹⁴⁷. Dans ce cas, la prise en considération de divers éléments fut évaluée par la Cour afin de déterminer le caractère raisonnable d'une conclusion. Le principe de proportionnalité entretient aussi des liens avec ce type d'intervention. En réalité, la Cour contrôle si la décision repose sur des éléments de preuve équilibrés, c'est-à-dire si aucun poids excessif n'a été accordé à un élément factuel jugé tout à fait non pertinent.

En cela, le critère rejoint le principe émis dans l'affaire *Padfield*¹⁴⁸ où le décideur doit se borner à rendre sa décision à la lumière des faits pertinents¹⁴⁹. La détermination de la pertinence de ces faits relève de la compétence du juge, lequel y parviendra au moyen de l'interprétation législative.

L'affaire *Chen*¹⁵⁰, dont nous avons parlé précédemment au sujet de l'expectative légitime, offre notamment un exemple d'un cas où la Cour

147. *National Corn Growers c. Tribunal canadien des importations*, précité, note 60; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches c. Southam Inc.*, précité, note 47; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, précité, note 42.

148. *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, précité, note 32.

149. *Re Multi-Malls Inc. c. Minister of Transportation and Communications*, (1977) 14 O.R. (2d) 49 (Ont C.A.) (Refus d'accorder un permis basé sur des considérations non pertinentes; pressions politiques); *Antosen c. Canada (Procureur général)*, [1995] 2 C.F. 272. (Refus du ministre de délivrer un permis basé sur une politique de représailles contre les États-Unis, qui ne respectent pas la politique de pêche canadienne. Les motifs de refus étaient non pertinents. Le ministre n'aurait pas dû refuser.)

150. *Chen c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*, [1995] 1 R.C.S. 725.

jugea que le fait d'avoir offert un pot-de-vin ne constituait pas un motif de refus prévu dans la loi. Cette affaire peut maintenant nous être utile sous un angle différent. Ainsi, on peut aussi dire que c'est le poids excessif accordé à un élément qui, finalement, n'avait pas d'importance légalement qui a poussé la Cour à intervenir. Cette implication de la Cour en ce qui concerne les faits dans les circonstances particulières de cette affaire nous porte à croire que la décision aurait pu tout aussi bien être fondée sur sa disproportion. Celle-ci reposait en effet principalement sur un élément non pertinent ; elle n'était donc pas équilibrée à l'égard des faits¹⁵¹.

Dans *Bellefleur c. Québec (Procureur général)*¹⁵², la Cour d'appel a toutefois confirmé la décision d'un ministre de ne pas tenir d'auditions supplémentaires concernant la construction d'un barrage. Pour la Cour, cette décision n'était pas manifestement déraisonnable puisqu'il existait des bases objectives suffisantes pour exercer le pouvoir discrétionnaire dans le sens choisi. L'impact de cette décision sur le droit d'être entendu des intimés ne fut pas jugé suffisant pour justifier l'intervention de la Cour.

Il faut aussi mentionner que l'impact sur la décision finale des faits dont l'appréciation laisse à désirer influera sur le pouvoir d'intervention de la Cour. Ainsi, la décision qui n'est pas principalement fondée sur des faits non pertinents résistera au contrôle judiciaire¹⁵³.

Même s'il semble plus difficile de casser une décision ministérielle par l'entremise du contrôle judiciaire, dans certains cas, le poids accordé à des éléments non pertinents sera tel que l'équilibre logique de la décision sera rompu et celle-ci sera cassée. Elle possédera alors les caractéristiques d'une décision disproportionnée par rapport aux faits¹⁵⁴.

Dans une autre affaire, la Cour d'appel s'est montrée sensible à la situation d'un individu congédié pour ne pas avoir respecté le code de remplacement prévu dans la convention collective¹⁵⁵. En réalité, les circonstances révélaient que la violation du code de l'entreprise ne pouvait uniquement être imputée à Lippé : le collègue de travail à qui celui-ci avait demandé de le remplacer n'honora pas son engagement, de telle sorte que

151. *Productions Serpent II Inc. c. Société générale des industries culturelles (Sogic)*, J.E. 94-284 (C.S.); *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, précité, note 42.

152. *Bellefleur c. Québec (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 2320 (C.A.).

153. *Association canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247 (C.A.).

154. *Vanier c. Côté*, (1991) R.J.Q. 1083 (C.S.), confirmé par la Cour d'appel, (1993) 54 Q.A.C. 259 ; *contra* : *Maranda c. Québec (Ministre de la Sécurité publique)*, J.E. 92-790 (C.S.) (décision portée en appel, C.A. 500-09-000905-927) ; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, précité, note 42.

155. *Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 5778 c. Lippé*, J.E. 92-859 (C.A.).

Lippé fut congédié par son employeur pour avoir enfreint, malgré sa bonne volonté, le code de remplacement de l'entreprise. Lippé ayant été incarcéré, il ne pouvait se présenter au travail. En l'occurrence, c'est possiblement ce concours de circonstances qui a prédisposé la Cour d'appel à rendre un jugement favorable à Lippé. Cette dernière a annulé en effet la décision de l'arbitre, jugeant que le fait de ne pas avoir considéré qu'une des absences de Lippé était due à la faute d'un autre employé constituait une erreur manifestement déraisonnable. Selon nous, on peut voir dans cette démarche de la Cour une application du principe de proportionnalité. Certes la Cour n'a pas fait appel à ce concept, mais les circonstances se prêtaient à son application. Certains diront que la norme de l'erreur manifestement déraisonnable était suffisante pour corriger l'injustice qui ressortait dans cette affaire. Quoi qu'il en soit, nous estimons que le principe de proportionnalité s'est tout de même manifesté dans ce cas. La Cour a considéré en effet le défaut de l'arbitre de tenir compte d'un fait qui, selon elle, s'avérait important. La décision de l'arbitre était donc disproportionnée puisqu'elle n'était pas équilibrée et trop sévère envers l'individu compte tenu de l'ensemble des circonstances. Cette décision aurait donc tout aussi bien pu être fondée sur le principe plus précis de proportionnalité que sur celui, plus vague, de l'erreur déraisonnable.

La norme de l'erreur manifestement déraisonnable par sa subjectivité offre peu de limites au contrôle judiciaire. Ainsi, l'application de la norme est parfois si imprévisible que l'issue du contrôle judiciaire devient des plus aléatoires. C'est pourquoi l'identification des cas où le principe de proportionnalité est susceptible de se manifester peut contrer l'incertitude qu'implique l'application de la norme du raisonnable. En pareil cas, l'avantage sera de prévoir avec plus d'exactitude la décision que devrait rendre la Cour. De plus, devant faire face à un tel contrôle, l'autorité administrative chercherait certainement à rendre des décisions respectant un degré de proportionnalité.

Enfin, on assiste à des interventions semblables de la Cour supérieure dans plusieurs de ses décisions. Le fait de ne pas tenir compte de considérations factuelles jugées pertinentes, selon les circonstances de l'affaire, pousse la Cour à qualifier la décision d'irrationnelle et de déraisonnable ou encore à souligner la commission d'une erreur manifestement déraisonnable. Certaines décisions, moins récentes toutefois, vont plutôt dire que la Cour a commis une erreur de droit ou que l'organisme contrôlé ne s'est pas posé la bonne question¹⁵⁶.

156. *Vincenti c. Ministre de la Main d'œuvre et de l'immigration*, [1978] 1 C.F. 45 (C.A.), p. 52 (J. Jackett) : « il [l'enquêteur spécial] n'a pas cherché à savoir si pendant ces voyages le requérant s'était simplement absenté de façon temporaire de son logis canadien ou s'il

Les situations injustes ou absurdes

Certaines décisions, qu'elles soient ou non à caractère judiciaire, sont jugées déraisonnables sans qu'il soit explicitement fait référence à une norme reconnue de contrôle. Parfois, il s'agit de facteurs mixtes qui, sans être explicitement désignés, favorisent la qualification de la décision de déraisonnable. Dans d'autres cas, on fait appel à des normes générales comme celles de l'abus de pouvoir ou de l'injustice flagrante pour fonder l'intervention.

Nous avons repéré peu de décisions se qualifiant sous cette étiquette où le principe de proportionnalité s'est manifesté. On peut toutefois signaler deux décisions de la Cour d'appel qui ont été jugées déraisonnables parce que le droit de propriété des intimés avait été atteint.

Dans un cas, on avait refusé la délivrance d'un permis pour reconstruire une grange incendiée au motif que la zone où était située la grange en question était exclusivement réservée à des fins résidentielles et commerciales. La Cour estima qu'un tel refus privait le requérant de droits acquis et que l'interprétation de la réglementation empêchait l'individu d'exploiter sa ferme. La décision de refuser le permis fut donc jugée déraisonnable¹⁵⁷. Il ne s'agit pas ici d'un cas véritable d'application du principe de proportionnalité en raison de l'application de la théorie des droits acquis. Par ailleurs, on est en mesure de constater que lorsqu'un droit est reconnu à un individu, tel celui en l'espèce d'exploiter sa ferme, la Cour s'appuie notamment sur ce motif pour qualifier la décision de déraisonnable. Sous cet aspect, on rejoint l'exercice auquel doit se livrer la Cour dans l'application du principe de proportionnalité.

Nous tenons un raisonnement semblable en ce qui concerne une autre décision de la Cour d'appel où une ordonnance de démolition fut cassée parce qu'elle était déraisonnable. Cette ordonnance avait été rendue après

avait cessé de résider au Canada. À mon avis, l'enquêteur spécial a commis une erreur de droit sur ce point en n'étudiant pas la bonne question et l'ordonnance d'expulsion doit donc être annulée»; *Hurt c. Min. de la Main d'œuvre et de l'immigration*, [1978] 2 C.F. 340; *Compagnie de gestion Lamalray Inc. c. Lebrun*, [1988] R.J.Q. 996 (C.S.); *Société canadienne des postes c. Morin*, [1991] R.J.Q. 1396 (C.S.); *Mongrain c. Régie des permis des alcools du Québec*, précité, note 114; *Société des services Ozanam Inc. c. Commission municipale du Québec*, précité, note 121; *St-Hubert (Ville de) c. Prud'homme*, J.E. 95-1642 (C.S.) (décision portée en appel, C.A. 500-09-001260-959), p. 27: «Utilisant la fonction ou la charge comme critère déterminant, sans tenir compte d'autres éléments comme le transfert d'actifs, la vente d'achalandage, le pouvoir décisionnel, la responsabilité et l'obligation de rendre compte, le Tribunal a agi de façon irrationnelle et déraisonnable.»

157. *St-Joachim (Corporation municipale de) c. Racine*, J.E. 91-1311 (C.A.).

que les propriétaires d'un terrain situé dans une zone agricole eurent construit une maison sur celui-ci. Le terrain en question était trop petit pour être exploité à des fins agricoles. Alors que la Commission du territoire agricole avait laissé les demandeurs présenter une demande de permis de construction pour ce terrain non viable à l'agriculture, elle était mal placée après coup pour ordonner la démolition de la maison. On remarquera que le droit de propriété des requérants était notamment en jeu dans cette affaire. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, la Cour jugea donc l'ordonnance déraisonnable¹⁵⁸.

2.2 La proportionnalité vue sous l'angle de la nécessité

2.2.1 La proportionnalité et le contrôle de l'atteinte aux droits

2.2.1.1 Les chartes et le principe de proportionnalité

Il faut d'abord distinguer les affaires où la décision, la mesure ou l'exercice d'une discrétion viole un droit protégé par la Charte de celles où aucun droit protégé n'est en jeu. Dans le premier cas, on n'a pas à recourir à la norme de contrôle judiciaire du droit administratif. S'il y a effectivement violation d'un droit protégé, la validité d'une décision au regard du contrôle judiciaire dépend du résultat de l'application du test de proportionnalité de l'article premier de la Charte, soit le test de l'arrêt *Oakes*. Que la décision, la mesure ou l'exercice de la discrétion échoue à ce test ou le réussisse, il est inutile de parfaire la démarche avec la norme de contrôle judiciaire. Ce qui est inconstitutionnel ne peut pas être jugé autrement valide par la voie du contrôle judiciaire, tout comme ce qui est jugé constitutionnel peut difficilement être jugé manifestement déraisonnable. Dans les cas où aucune violation d'un droit protégé n'est détectée ou encore lorsque aucun droit protégé n'est en cause, la situation diffère toutefois. Pensons notamment aux nombreuses situations où ce sont des droits non protégés, comme le droit au travail, le droit d'exploiter un commerce ou le droit à des avantages sociaux qui sont en jeu. Dans de telles circonstances, la norme de contrôle alors applicable demeure celle du droit administratif. Il est désormais possible de faire ces distinctions depuis que la Cour suprême s'est prononcée dans *Ross c. New Brunswick School District No. 15*¹⁵⁹. Dans cette affaire, la Cour est venue préciser ce qu'elle avait laissé entrevoir dans l'arrêt *Slaight*¹⁶⁰ quelques années auparavant. Ce qui est intéressant dans ce cas, c'est que la Cour

158. *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Turmel*, [1987] R.J.Q. 1945 (C.A.).

159. *Ross c. New Brunswick School District No. 15*, J.E. 96-739 (C.S.C.).

160. *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, note 63 (application de la Charte à l'exercice d'une discrétion administrative).

reconnaît clairement quelle norme de contrôle il convient d'appliquer lorsqu'un droit protégé est violé par une décision.

De plus, alors qu'il était incertain que les chartes allaient trouver application à l'égard des discrétions administratives, il semble maintenant acquis que la Cour donne cette large portée au contrôle judiciaire¹⁶¹. Chose certaine toutefois, les chartes ont amené le contrôle judiciaire sur un terrain beaucoup plus interventionniste, qui reconnaît explicitement l'application du principe de proportionnalité. À cet égard, nous devançons le droit anglais qui, faute de charte des droits applicables en droit interne autre que celle de l'Union européenne lorsque la matière s'y prête, hésite encore à le reconnaître explicitement¹⁶².

2.2.1.2 La proportionnalité et les droits non protégés

Comme on vient de le constater, le principe de proportionnalité trouve son plein essor en matière de droits et libertés protégés par les chartes. Cependant, comme les développements qui ont précédé l'ont laissé entrevoir, la proportionnalité a le potentiel pour occuper un champ d'action beaucoup plus large. C'est que la proportionnalité, comme nous l'avons souligné, implique un test à deux niveaux. Le premier recherche l'équilibre de la décision par rapport aux faits. Sur ce point, le principe repose dans une large mesure sur la même conception de rationalité que celle de la norme du caractère raisonnable. Là où il se distingue de cette dernière norme, c'est par le second test qui le caractérise : celui de la nécessité.

Perçu dans l'abstrait, le test de la nécessité de la mesure fait naître un sentiment de méfiance peu propice à sa reconnaissance. S'il est compris au sens propre, on hésite en effet à l'associer au contrôle judiciaire qui n'a pas de rôle politique à jouer. Le réel pouvoir de contestation des décisions de l'Administration appartient à vrai dire aux justiciables qui, par la voie démocratique, se feront juges de leur propre gouvernement. Mais, entre cette attitude de méfiance extrême envers l'édification d'un gouvernement de juges et le danger, à l'autre extrémité du spectre, de l'État totalitaire se situe une zone grise. C'est à l'intérieur de celle-ci que les droits des individus sont touchés à différents degrés par l'action administrative. Selon notre conception, le rôle de pondération des atteintes appartient au pouvoir judiciaire. Il est de son devoir de veiller à ce que justement une mesure administrative n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire : une opération de

161. *Ibid.*; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précité, note 70; *Eaton c. Brant (County Board of Education)*, (1995) 22 O.R. (3d) 1 (C.A. Ont.); *Ontario Nurses's Assn. c. Etobicoke General Hospital*, (1993) 14 O.R. (3d) 40 (Ont. Court (Gen. Div.)).

162. *Brind and others c. Secretary of State for the Home Department*, précité, note 20.

conciliation judiciaire des intérêts, individuel et collectif, au nom de la *rule of law*, possible dans la mesure où la proportionnalité peut être associée à l'intérêt public de la loi. La cour de contrôle pourrait ainsi fonder ses interventions sur le principe de proportionnalité qui, par sa structure, confère au juge les outils qui lui permettront de départager les limites qu'il convient de fixer à l'action administrative. Dans cette perspective, nous allons maintenant aborder le principe de proportionnalité sous l'aspect de sa nécessité en matière de droits non protégés.

Commençons d'abord par souligner qu'en 1897 la Cour supérieure a accordé la délivrance d'un bref de *certiorari* à l'encontre d'une décision du *Montreal Harbour Commissioners* qui avait retiré à un pilote sa licence de navigateur maritime. Ce qu'il faut retenir de cette affaire, c'est que la Cour jugea le recours en *certiorari* plus approprié à la révision de la sentence que le recours en appel qui était alors possible à la Cour du Québec :

In a matter of discipline such as is represented by the cancellation of a pilot's license, it was surely never intended that practically a new trial should be had of the whole case. What was intended and what was done, was to provide, when occasion arose, for an exercise of the superintending jurisdiction of this court¹⁶³.

La Cour supérieure a rendu une décision semblable, cette fois-ci en 1965, dans un cas où un individu s'était vu retirer son permis de pilote navigateur¹⁶⁴. Bien que la Cour ait plutôt cherché à sanctionner la violation par l'autorité du droit d'être entendu du pilote dans ce cas-ci, elle a aussi souligné que la suspension du permis avait pour effet de priver le pilote de l'exercice de son métier. La proportionnalité de la mesure avait donc été implicitement soulevée par la Cour.

En 1956, même si le droit d'association ne bénéficiait pas de la protection actuelle qu'on lui connaît, la Cour supérieure a cassé une décision de la Commission des relations ouvrières basée sur un raisonnement raciste. Celle-ci avait retenu en effet l'argumentation selon laquelle des Indiens ne devaient pas être comptés dans la détermination du caractère représentatif d'un syndicat. La Cour a jugé qu'agir de la sorte constituait une illégalité :

Cette tentative de ségrégation raciale ne peut être appuyée sur aucun texte de loi. C'est une atteinte à la liberté de travail et au droit qu'a tout salarié de faire partie ou non d'une association et de bénéficier de la législation ouvrière.

[...]

163. *Arcand c. Montreal Harbour Commissioners*, (1897) 4 C.C.C. 491 (C.S.), 493 (le bref en évocation fut remis et la décision de la Commission fut cassée par après).

164. *Pouliot c. Pickersgill et Catinus*, [1965] R.P. 51 (C.S.). (Certiorari accordé par la Cour suprême car il y a eu violation du droit d'être entendu du requérant. Il y a contrôle judiciaire d'une décision lorsqu'elle porte atteinte aux droits d'un individu comme en l'espèce où la décision risque de priver le requérant de l'exercice de son métier.)

En agissant ainsi la commission a commis une illégalité¹⁶⁵.

Voilà comment quelques décisions rendues, il y a déjà plusieurs années, avant même l'avènement des chartes, reconnaissent, à leur manière, le principe de proportionnalité. En effet, dans l'affaire *Montreal Harbour Commissionners*¹⁶⁶, la Cour est intervenue pour juger la sentence qui, dans les faits, privait l'individu de sa licence de pilote. Dans l'affaire *Pouliot*¹⁶⁷, la Cour supérieure, quant à elle, a reconnu qu'il y avait atteinte au droit de travailler du navigateur, bien qu'elle n'ait pas fondé son intervention entièrement sur cette base. Enfin, dans l'affaire *Murdock*¹⁶⁸, la Cour a jugé que la décision de la Commission des relations ouvrières enfreignait à un point tel le droit d'association des Indiens qu'elle en était illégale.

Revenons maintenant à une époque plus récente. Dans les développements portant sur l'aspect de l'équilibre du principe de proportionnalité, nous avons discuté de différents fondements à l'intervention judiciaire tels que la suffisance de la preuve et les considérations pertinentes et non pertinentes. La majorité de la jurisprudence alors répertoriée sous ces rubriques se retrouve encore ici. Si ces décisions ont retenu notre attention, c'est qu'outre le fait qu'elles illustraient de façon appropriée l'aspect de l'équilibre du principe, elles rejoignaient aussi l'aspect de sa nécessité.

C'est donc en faisant abstraction des divers motifs d'intervention judiciaire allégués qu'il est possible d'établir le constat de la proportionnalité.

Ainsi, dans la majorité des décisions qui ont cassé une pénalité jugée trop sévère, le droit au travail de l'individu avait été atteint selon la gravité de la sanction¹⁶⁹. Dans ces décisions, la Cour, à son propre insu, a eu recours

165. *Murdock Ltée c. Commission des relations ouvrières et Fraternité unie des charpentiers-menuisiers d'Amérique*, [1956] C.S. 30, 36. (Droit individuel violé; tentative de ségrégation raciale; bref de prohibition accordé; refus d'inclure des Indiens dans une unité de négociation. Il s'agit d'une atteinte à la liberté de travail et du droit qu'a tout salarié de faire partie d'une association de salariés (ce droit est maintenant protégé dans les chartes).)

166. *Arcand c. Montreal Harbour Commissionners*, précité, note 163.

167. *Pouliot c. Pickersgill et Catinus*, précité, note 164.

168. *Murdock Ltée c. Commission des relations ouvrières et Fraternité unie des charpentiers-menuisiers d'Amérique*, précité, note 165.

169. *R. c. Barnsley Metropolitan Borough Council, ex p. Hook*, précité, note 22 (droit au travail); *Re Milstein and Ontario College of Pharmacy et al.*, précité, note 108 (droit au travail); *Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 5778 c. Lippé*, précité, note 155; *Martel c. Tribunal des Professions*, [1994] R.J.Q. 335 (C.A.); *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, précité, note 73. (La Cour d'appel casse une résolution d'une municipalité congédiant une réceptionniste pour avoir enfreint une disposition de son contrat de travail l'obligeant à demeurer dans une certaine limite de la municipalité. Le tribunal refuse l'application des chartes, car le droit au travail n'y est pas reconnu. Par contre, la Cour exige que l'imposition de la condition de résidence soit justifiée dans une certaine mesure pour

à la proportionnalité pour déterminer la sanction appropriée aux circonstances : soit elle a déterminé la sanction qui ne portait pas inutilement atteinte au droit de l'individu, soit elle a confirmé le raisonnement de l'arbitre qui respectait la proportionnalité.

Il en va de même des décisions où le droit d'exploiter son commerce se voit affecté par une mesure¹⁷⁰. La Cour suprême a d'ailleurs explicitement reconnu ce droit dans *Prince George (City) c. Payne*¹⁷¹ :

Le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 455, si large soit-il, doit être exercé judiciairement. Fonder une décision sur un motif étranger à la question, n'est pas exercer judiciairement un pouvoir discrétionnaire. Le droit ordinaire de l'individu d'exploiter un commerce et d'utiliser ses biens librement ne peut lui être enlevé que par une loi formelle ou par voie d'interprétation nécessaire.

Certaines décisions nous permettent de conclure dans le même sens, lorsqu'une mesure porte atteinte au-delà de ce qui est nécessaire au droit de propriété¹⁷².

Dans la même veine, une série de décisions de la Cour supérieure est plutôt favorable à la reconnaissance d'un droit aux avantages sociaux¹⁷³.

contrecarrer le droit de la demanderesse de demeurer dans le lieu de son choix.) (droit au travail, proportionnalité, droit à la mobilité); *Hôpital Maisonneuve-Rosemont c. Montambault*, précité, note 107; *Mongrain c. Régie des permis des alcools du Québec*, précité, note 114; *Bernstein c. Biron*, précité, note 107; *Dansereau c. Canada*, précité, note 111.

170. *Prince George (City) c. Payne*, précité, note 27; *St-Joachim (Corporation municipale de) c. Racine*, précité, note 157; *Miramichi Agricultural Exhibition Assn. c. Lotteries Commission of New Brunswick*, précité, note 124; *Laval (Ville de) c. Prince*, précité, note 112, 3 (j. Beauregard) : « La sévérité de la norme adoptée par l'appelante (55 décibels) est telle que l'intimé ne peut respecter la norme complètement [...] à toutes fins utiles, pour respecter la norme sévère, il devrait cesser une partie de son exploitation ou déménager »; *Boissonneault c. Varennes (Ville de)*, J.E. 81-753 (C.S.) (appel rejeté); *Sambault c. Mercier (Corporation municipale de ville)*, [1983] C.S. 147.
171. *Prince George (City) c. Payne*, précité, note 27 (j. Dickson).
172. *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Turmel*, précité, note 158 (droit de propriété en jeu); *Lajeunesse c. Cité de Montréal et Mondello*, [1963] C.S. 364 (Mandamus accordé; pouvoir de la ville de suspendre la délivrance de permis dans une zone de la ville limité. Toute disposition visant à restreindre ou limiter l'exercice du droit de propriété doit être interprétée restrictivement en faveur du citoyen contre l'autorité publique. *Une telle disposition est contraire au droit commun et en négation des droits de l'individu.*); *Besner c. Vaudreuil (Ville de)*, J.E. 86-448 (C.S.).
173. *Testa c. British Columbia (Worker's Compensation Board)*, [1989] B.C.J. (Quicklaw) n° 665 (C.A.); *Richer c. Commission des affaires sociales du Québec*, J.E. 88-1014 (C.S.); *Huard c. Commission des affaires sociales du Québec*, J.E. 89-1271 (C.S.); *Chevalier c. Commission des affaires sociales du Québec*, J.E. 90-497 (C.S.); *Lelièvre c. Commission des affaires Sociales du Québec*, précité, note 134; *Slavko c. Commission des Affaires Sociales du Québec*, précité, note 134; *Thiffault c. Commission des affaires sociales du Québec*, J.E. 95-472 (C.S.); *Carrier c. Commission des affaires sociales du Québec*, J.E. 95-517 (C.S.) (décision portée en appel, C.A. 200-09-000003-951).

Comme la majorité des autres décisions auxquelles nous venons de faire référence, ces décisions ne mentionnent évidemment pas l'existence d'un tel droit. L'intervention judiciaire repose en effet sur d'autres critères reconnus. Par contre, par la distance qu'elles prennent parfois par rapport au courant jurisprudentiel majoritaire, qui se veut beaucoup moins interventionniste, nous croyons que le contexte plutôt favorable à l'individu prédispose la Cour à intervenir. Dans cette perspective, le recours au principe de proportionnalité aurait sans doute permis d'atteindre le même résultat, mais il aurait eu l'avantage de ne pas laisser planer le doute sur l'intention réelle de la Cour.

Ce même raisonnement vaut également à l'égard de décisions où cette fois-ci c'est le droit d'immigrer qui a été sauvegardé en quelque sorte par l'intervention de la Cour¹⁷⁴.

En définitive, on pourrait dire que cet exercice s'avère peu concluant pour clamer la reconnaissance d'un principe de proportionnalité en droit administratif canadien, car les juges en feraient surtout une application « inconsciente ». L'exercice nous a tout de même permis de jeter un éclairage nouveau sur les décisions rendues en matière de contrôle judiciaire. Nous croyons, de plus, que le point d'attache le plus solide que possède actuellement le principe de proportionnalité en droit administratif est celui relatif à la proportionnalité de la mesure où des droits non protégés, tels que le droit du travail ou le droit d'exploiter son commerce, sont atteints. Dans les autres cas où des droits non protégés sont en jeu, le principe pourrait toujours trouver ancrage ailleurs comme nous l'avons démontré. Il semble cependant que dans un tel contexte il se manifeste plutôt timidement.

2.2.2 L'intérêt collectif et la proportionnalité

2.2.2.1 La théorie du « bilan coûts et avantages »

Nous avons émis l'idée dans la première partie de notre texte que le Code civil pouvait d'une certaine façon offrir une assise au principe de proportionnalité. Cela se concrétise notamment par une interprétation du mandat des administrateurs publics favorable au respect du principe¹⁷⁵, interprétation qui s'appuie aussi sur le fait que le Code civil « régit en harmonie avec la Charte des droits et libertés des personnes et les principes généraux du droit¹⁷⁶ ». À ces arguments s'ajoute celui précisé par la Cour

174. *Chen c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*, précité, note 150; *Vincenti c. Ministre de la Main d'œuvre et de l'immigration*, précité, note 156; *Hurt c. Min. de la Main d'œuvre et de l'immigration*, précité, note 156.

175. C.c.Q, art. 300, 321 et 1376.

176. Voir : disposition préliminaire du C.c.Q.

d'appel dans l'affaire *Godbout*¹⁷⁷ où c'est la notion d'ordre public, en matière contractuelle, qui a fondé l'intervention judiciaire.

Précisons d'entrée de jeu que nous estimons minimales les chances de reconnaissance du principe en ce qui concerne les décisions à forte teneur politique. Ainsi, la décision d'arrêter le financement d'un projet d'auto-route, malgré les inconvénients majeurs engendrés par une telle décision, ne pourra être remise en cause avec succès par la voie du contrôle judiciaire. Le seul recours utile pour les citoyens insatisfaits demeure alors de nature politique¹⁷⁸.

Nous faisons un constat semblable dans un autre contexte : celui de l'aménagement et de l'urbanisme. La Cour, bien qu'elle ait refusé d'intervenir dans une affaire, critiqua néanmoins la démarche de la municipalité régionale de comté (MRC) en cause. Ainsi, dans *Association des contribuables de Frelighburg c. Brome-Missisquoi (Municipalité régionale de comté de)*¹⁷⁹, la MRC, à la fin du processus de consultation populaire, a modifié le projet de schéma d'aménagement de la montagne initialement adopté. La vocation de la montagne en question est brusquement passée, à l'insu de plusieurs citoyens, de conservatoire à commerciale. Comme le processus s'avérait tout à fait légal, la Cour n'est pas intervenue. Néanmoins, elle précisa ce qui suit :

Il est assez lamentable que, après avoir consacré près de trois ans à élaborer un schéma d'aménagement, la M.R.C. de Brome-Missisquoi y ait apporté plusieurs modifications importantes en quelques semaines sans véritablement avoir le temps de débattre ou de comprendre les implications de ces changements. Encore une fois, cependant, il s'agit là d'un grief qui tient à la qualité du processus décisionnel plutôt qu'à sa légalité. Il s'agit là d'une question *politique* plutôt que d'une question de *révision judiciaire*¹⁸⁰.

Nous croyons que la Cour aurait pu intervenir sur la base du principe de proportionnalité dans cette affaire. Le contexte le lui aurait permis. Dans cette perspective, le concept aurait pu prendre la forme d'une appréciation basée sur la théorie française du « bilan coûts et avantages ».

Certains auteurs français associent en effet la théorie du bilan à une manifestation de la proportionnalité¹⁸¹. Il s'agit, en vertu de cette théorie, de

177. *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, précité, note 73.

178. *Hamilton-Wentworth (Regional Municipality) c. Ontario (Minister of Transportation)*, (1991) 2 O.R. (3d) 716 (Ont. Court (Gen. Div.).

179. *Association des contribuables de Frelighburg c. Brome-Missisquoi (Municipalité régionale de comté de)*, [1992] R.J.Q. 1613 (C.S.).

180. *Id.*, 1634.

181. La théorie du bilan a été élaborée initialement en matière d'expropriation où le débat se situait sur le caractère d'utilité publique du projet. Dans le contrôle de cette notion, s'assurant un contrôle plus large, le juge a introduit cette théorie; Cons. d'Ét. 28 mai

soupeser les différents intérêts en cause et d'opter pour la solution globale qui porte le moins atteinte aux divers intérêts en présence.

D'autres auteurs français ne voient cependant dans l'application de cette théorie qu'une méthode de recherche pour déterminer si l'opération contestée est dans l'intérêt public¹⁸².

Pour notre part, nous n'avons repéré aucun cas en jurisprudence qui illustre formellement pareille théorie en droit administratif canadien.

Un tel contrôle aurait toutefois pu survenir dans le cadre de la révision judiciaire de résolutions de commissions scolaires. La Cour supérieure s'en est abstenue par ailleurs préférant reconnaître une large discrétion aux commissaires. Tel fut notamment le cas dans une affaire où les commissaires refusèrent l'offre d'une municipalité de fournir gratuitement un terrain pour la construction d'une nouvelle école¹⁸³. Ceux-ci ont préféré construire l'école dans une autre municipalité, malgré l'offre. Si la Cour avait cherché à protéger l'intérêt de la collectivité, notamment en vertu de la théorie du « bilan coûts et avantages », elle aurait pu juger le refus d'accepter le terrain comme non justifié.

La Cour du magistrat, pour sa part, pouvait exercer un contrôle de cette nature à l'époque où elle révisait les résolutions des commissions scolaires. Il est intéressant de noter à l'égard de la jurisprudence de cette cour que plusieurs de ses interventions étaient fondées sur la notion de l'erreur manifeste. Sur la base de ce critère, la Cour réalisait un contrôle plus intense¹⁸⁴.

1971, *Ville de Nouvelle Est*, précité, note 78 (expropriation) ; elle est aussi appliquée en matière de dérogation aux plans d'urbanisme, aux mesures de protection de site et dans le cas de refus de licenciement de salariés, voir : Cons. d'Ét. 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*, Leb. 1973.530 (dérogation aux plans d'urbanisme) ; Cons. d'Ét. 8 juillet 1977, *Mme Rié*, Leb. 1977.317, note Gentot (protection d'un site) ; Cons. d'Ét. 5 mai 1976, *S.A.F.E.R. d'Auvergne et Bernette*, Leb. 1976.232 (refus d'autorisation de licenciement de salariés protégés). Cette théorie met en balance l'intérêt, la mesure attaquée et les inconvénients qu'elle présente. G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », dans *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, Paris, Librairie générale de droit, 1974, p. 297 ; J.-P. COSTA, *loc. cit.*, note 88, 435 et 436 ; P. XAVIER, *op. cit.*, note 3.

182. M. FROMONT, *loc. cit.*, note 1, 164.

183. *Laurentides (Ville des) c. Commission Scolaire des Cascades-L'Achigan*, [1994] R.J.Q. 1993 (C.S.).

184. *Kelly c. Commissaires d'écoles de St-Étienne de Lauzon*, [1953] C.S. 431 ; *Mathieu c. Commissaires d'écoles pour la municipalité du Village de Dorion*, [1962] R.L. 51 (Cour du Magistrat) (appel d'une résolution d'une commission scolaire visant l'achat d'un terrain) ; *Bellegarde et Commissaires d'écoles pour la municipalité de St-George de Beauce c. Commissaire d'école de la commission scolaire régionale de la Chaudière*, [1964] C.S. 67 ; *Bligh et autres c. C.S.R. Grand Portage*, [1977] C.P. 106.

Quoi que l'on dise, il semble que la Cour se montre moins réticente à intervenir pour casser des résolutions lorsqu'un individu en subit un préjudice¹⁸⁵. Dans une affaire, la Cour alléguait même que le congédiement d'un employé allait à l'encontre de l'intérêt de la municipalité¹⁸⁶.

Enfin, nous n'avons répertorié qu'une décision pouvant offrir une assise à une interprétation d'un mandat public favorable à la proportionnalité. Il s'agit d'une affaire où un médecin poursuit en dommages et intérêts le conseil d'administration (CA) d'un hôpital pour avoir injustement suspendu ses privilèges. La faute du CA fut notamment retenue parce que « l'absence de motifs, alors que la décision va à l'encontre de la recommandation du comité de discipline et qu'elle a des conséquences graves et permanentes sur la carrière du demandeur, constitue un manquement sérieux du [CA] à ses obligations¹⁸⁷ ».

Le CA aurait pu parvenir à ses fins en imposant une pénalité moins contraignante au médecin compte tenu de l'ensemble des circonstances. Ce faisant, il aurait respecté le concept de proportionnalité, ce qui aurait sauvé son action. La faute a été pour le CA d'atteindre les droits du médecin d'une façon disproportionnée par rapport aux reproches qui lui ont été faits.

En définitive, on peut dire que l'application du principe de proportionnalité demeure assez diffuse à l'égard de certaines sphères d'activité. Par ailleurs, la décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Godbout*¹⁸⁸ nous porte à croire que la proportionnalité, notamment dans la conception de la notion d'ordre public, peut finir par être reconnue comme principe général du droit. À propos de la notion d'ordre public, le juge Baudouin s'exprimait ainsi dans cette affaire :

L'ordre public québécois ne se résume pas seulement aux valeurs protégées par les chartes ou par la législation ordinaire. En d'autres termes, cette notion n'est pas uniquement constituée d'un corpus législatif et ce n'est donc pas au seul législateur qu'il revient d'en définir le contenu (art. 9, 1373, 1413 C.c.).

L'ordre public est aussi judiciaire dans sa détermination. Les tribunaux ont le devoir de le sanctionner et de le modeler en prenant compte des valeurs fondamentales de la société à un moment donné de son évolution¹⁸⁹.

C'est sur cette conception de l'ordre public que le juge considéra l'exigence de résidence déraisonnable comme n'entretenant aucun lien rationnel

185. *Fédération Québécoise des directeurs d'école c. Commission scolaire du Long-Sault*, [1983] C.S. 354.

186. *Pretto c. Lafond*, précité, note 111.

187. *Montambault c. Hôpital Maisonneuve Rosemont*, J.E. 95-1724 (C.S.).

188. *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, précité, note 73.

189. *Id.*, 2570 (j. Baudouin).

avec les exigences du poste occupé par M^{me} Godbout. Cette intervention judiciaire constitue, selon nous, un bel exemple de la proportionnalité.

2.2.2.2 La proportionnalité et le contrôle réglementaire

La proportionnalité s'impose également comme norme utile et pertinente en matière de contrôle réglementaire. Encore une fois, le passage à la proportionnalité s'effectue par l'entremise de la norme du raisonnable avec laquelle elle est souvent confondue.

Rappelons d'abord que le caractère raisonnable d'un règlement a été défini par lord Russell dans *Kruse v. Johnson*¹⁹⁰ :

I do not mean to say that there may be cases in which it would be the duty of the court to condemn by-law, made under such authority as these were made, as invalid because unreasonable. But unreasonable in what sense? If, for instance, they were found to be partial and unequal in their operation as between different classes; if they were manifestly unjust; if they disclosed bad faith; if they involved such oppressive or gratuitous interference with the rights of those subject to them as could find no justification in the minds of reasonable men, the court might well say, «Parliament never intended to give authority to make such rules; they are unreasonable and ultra vires». But it is in this sense, and in this sense only, as I conceive, that the question of unreasonableness can properly be regarded.

Comme on peut le voir, la proportionnalité n'a pas été énoncée par lord Russell, mais, dans la manière dont certains juges ont appliqué la norme du raisonnable en matière réglementaire, on peut y percevoir un fondement possible.

Ainsi, en 1919, la Cour du Banc du Roi jugeait déraisonnable un règlement faisant peser les frais d'entretien d'un chemin nouvellement qualifié de public sur un seul citoyen, contrairement à la volonté des électeurs qui jugeaient injuste cette situation¹⁹¹. Le caractère déraisonnable du règlement résidait dans l'injustice qu'il créait envers le citoyen taxé, lequel voyait de plus son droit de propriété modifié.

Il s'agissait, selon nous, d'une des premières manifestations du principe de proportionnalité en droit administratif canadien. Tous les éléments qui le définissent étaient présents. Le règlement constituait un moyen excessivement contraignant pour atteindre l'objectif visé, soit le paiement des frais d'entretien du chemin, puisque seul le propriétaire du terrain où le chemin était situé en payait les frais. Les circonstances de l'affaire révélaient, de

190. *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91, 99.

191. *La Corporation de St-Alexis des Monts c. McMurray*, (1919) 29 B.R. 18. (Règlement déraisonnable, car il fait peser sur un seul citoyen les frais d'entretien d'un chemin maintenant qualifié de public et il est contraire à la volonté des citoyens; règlement injuste; action en cassation selon : *Code municipal du Québec*, L.R.Q. c. C-27.1, art. 430.)

plus, que les citoyens ne partageaient pas les vues du conseil. Or l'objectif visé aurait tout aussi bien pu être réalisé d'une façon moins contraignante à la satisfaction de tous. Ainsi, le règlement ne respectait pas, à notre avis, le principe de proportionnalité.

On peut aussi étendre ce raisonnement à certaines décisions qui ont cassé un règlement relevant de la compétence d'une municipalité mais qui portait atteinte au droit de propriété d'un citoyen au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre l'objectif visé lors de son adoption¹⁹².

En droit international, le principe de proportionnalité, quant à lui, est clairement reconnu en matière réglementaire. À titre d'illustration, rappelons la célèbre affaire *Cassis de Dijon* où cette liqueur avait fait l'objet d'une interdiction d'importation en Allemagne : celle-ci alléguait la violation d'une norme qui exigeait un taux d'alcool plus élevé pour ce type de boisson. La Cour européenne jugea que cette mesure était disproportionnée. Une autre mesure moins contraignante, comme l'obligation d'apposer une étiquette spécifiant le taux d'alcool, aurait tout aussi bien permis d'atteindre l'objectif visé¹⁹³.

Plus près de nous, un groupe spécial binational est parvenu à une décision semblable dans l'affaire *Saumon du Pacifique*¹⁹⁴. Le règlement imposant aux pêcheurs de procéder à la transformation du poisson en Colombie-Britannique s'avérait plus contraignant pour les pêcheurs américains que pour les pêcheurs canadiens. Par conséquent, cette norme fut annulée parce que l'objectif visé par celle-ci, soit, en l'occurrence, la conservation de la ressource, aurait pu être atteint d'une manière moins contraignante pour les Américains.

Cette application du principe dans un domaine relié aux restrictions à l'importation nous éloigne évidemment de la norme du caractère raisonnable telle qu'elle a été énoncée dans *Kruse v. Johnson*¹⁹⁵. Une telle expansion aurait été difficile à prévoir à cette époque tout comme d'ailleurs celle relative aux cas d'abus de pouvoir. La fructueuse notion élaborée dans l'affaire *Kruse* a été actualisée dans le célèbre arrêt *Wenesbury*¹⁹⁶, qui a consacré la norme de l'*unreasonableness* en droit anglais. Comme on le sait, cette dernière norme domine encore aujourd'hui le contrôle judiciaire anglais.

192. *Lajeunesse c. Cité de Montréal et Mondello*, précité, note 172 ; *Sambault c. Mercier (Corporation municipale de ville)*, précité, note 170 ; *Besner c. Vaudreuil (Ville de)*, précité, note 172 ; *L.J.A. Investments Ltd. c. Laval (Ville de)*, J.E. 94-232 (C.S.), en appel.

193. *Cassis de Dijon*, précité, note 7.

194. *Canada's Landing Requirements for Pacific Coast Salmon and Herring*, précité, note 8.

195. *Kruse v. Johnson*, précité, note 190.

196. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corporation*, précité, note 53.

En définitive, il semble bien que le principe de proportionnalité puisse aussi trouver application en matière de contrôle réglementaire.

Conclusion : L'uniformisation du contrôle judiciaire par la norme du raisonnable

Une norme conceptuelle et unificatrice

Une définition conceptuelle

Au début de notre texte, nous avons rappelé le caractère dualiste de notre système de contrôle. Nous avons situé le contrôle des actes purement administratifs par rapport à celui des décisions à caractère judiciaire. Cela nous a permis de constater que la notion d'*ultra vires*, s'inspirant des premiers contrôles élaborés en droit des compagnies, étendue aussi en matière réglementaire, s'est trouvée à servir de fondement au contrôle des actes administratifs à caractère discrétionnaire. Nous avons également observé que ce contrôle reposait dans une large mesure sur la norme du raisonnable. Une norme qui s'exprime mieux par une énumération d'une série de concepts plutôt qu'au moyen d'une définition classique. De plus, la notion possède aussi une dimension difficile à circonscrire, une conception du raisonnable basée sur l'absurdité, l'irrationnel. Comprise globalement, cette notion du raisonnable rejoint celle de l'*unreasonableness* du droit anglais élaborée dans l'affaire *Wednesbury*¹⁹⁷. Ainsi, la notion du raisonnable recoupe une variété de concepts en vertu desquels la Cour exerce son contrôle : la prise en considération d'éléments non pertinents, le défaut de tenir compte d'un élément pertinent, l'absence ou l'insuffisance de la preuve, la non-adéquation de la décision à la pratique normalement suivie, la disproportion entre les faits et la décision et les cas manifestes d'abus de pouvoir (exercice discriminatoire, de mauvaise foi ou à des fins impropres d'une discrétion). La norme du raisonnable renvoie dès lors à une réalité distincte du mot « raisonnable » par laquelle elle s'exprime et s'impose au juge par l'entremise de différents concepts : erreur manifeste, abus de pouvoir, *ultra vires*, suffisance de preuve, considérations pertinentes et non pertinentes, etc.

Une notion unificatrice

L'exercice que nous avons réalisé dans la première partie de notre texte nous a également permis de retracer brièvement l'évolution du contrôle juridictionnel.

197. *Ibid.*

En définissant la nature de ce type particulier de contrôle, notamment en précisant ce qui le distingue du contrôle des actes purement administratifs, nous avons pu constater que lui aussi obéissait maintenant à la norme du caractère raisonnable.

L'évolution du contrôle juridictionnel s'est faite graduellement et la reconnaissance de l'erreur manifestement déraisonnable avait pour but premier de laisser plus de latitude aux organismes et tribunaux administratifs. Une étape importante avait alors été franchie ; l'autorité de la justice administrative était pleinement reconnue.

Au fil des ans, à mesure que les arrêts se distançaient de l'affaire *S.C.F.P.*, la notion du raisonnable, pour sa part, a connu une évolution constante. Plusieurs arrêts ont délimité son champ d'application, tandis que d'autres se sont plutôt attachés à mieux la définir.

À une certaine époque, il suffisait de qualifier une erreur de droit pour justifier l'intervention judiciaire. Maintenant, il faut le plus souvent convaincre la Cour que l'erreur commise est une erreur manifestement déraisonnable, de droit ou de fait. Cela a eu pour conséquence l'élaboration d'une méthode d'analyse du caractère raisonnable par la Cour suprême, et cela a aussi contribué à la multiplication de décisions basées sur des conceptions de l'erreur manifestement déraisonnable tout aussi différentes les unes des autres. Des manifestations qui, par leur diversité, n'avaient sans aucun doute jamais été envisagées par le juge Dickson lorsqu'il eut recours à la notion de l'erreur manifestement déraisonnable dans l'affaire *S.C.F.P.* Ce qui nous amène à émettre deux conclusions.

La première, c'est que le contrôle qui se voulait moins interventionniste par l'adoption de la norme de l'erreur manifestement déraisonnable, aussi étendue aux erreurs de fait, apparaît maintenant beaucoup plus large. Il s'attarde en effet aussi sur la substance de la décision. Le contrôle judiciaire a donc tendance à s'éloigner de la conception classique voulant qu'il ne s'intéresse qu'à la manière dont les décisions sont prises plutôt qu'à leur mérite.

La seconde conclusion à laquelle nous sommes parvenue est que la norme de l'erreur manifestement déraisonnable est définie en jurisprudence selon exactement les mêmes concepts que ceux que l'on retrouve en matière de contrôle des actes purement administratifs.

Cela dit, nous pouvons finalement faire le constat global que l'introduction de la norme de l'erreur manifestement déraisonnable a eu un effet unificateur. Ainsi, il semble que le contrôle judiciaire repose sur les mêmes concepts, peu importe la nature de l'acte ou de la décision contrôlé. Est-ce à dire maintenant qu'il n'existe plus aucune différence entre les deux types

de contrôles, bien que la norme applicable soit la même ? À notre avis, une différence subsiste toujours. Le tout résiderait dans le degré de déférence affiché par la Cour, soit son seuil de sensibilité ou de tolérance à l'erreur.

Ainsi, face à une décision administrative entachée d'une erreur jugée déraisonnable, la Cour ne fait pas preuve d'une déférence plus grande envers le décideur administratif que celle que commande la nature même du contrôle, à moins, toutefois, que la décision contestée n'ait une forte teneur politique. Dans un tel cas, la Cour fera preuve d'une déférence plus grande.

Dans le cas du contrôle juridictionnel, le degré de déférence, quant à lui, serait fonction du niveau de spécialisation de l'organisme.

La principale difficulté, maintenant que la norme du raisonnable unit les deux pôles du contrôle judiciaire, est donc de prévoir le seuil de tolérance de la Cour. Dans un tel contexte, les clauses privatives n'ont plus, selon nous, l'impact qu'elles avaient par le passé, dans la mesure où c'est la norme du raisonnable qui domine le contrôle judiciaire. À dire vrai, la Cour suprême dans l'affaire *Pezim*¹⁹⁸, en dessinant les limites d'un spectre à l'intérieur duquel le degré de déférence judiciaire s'articule en fonction de la « spécialisation » de l'organisme contrôlé, et ce, même en l'absence de clause privative, conforte cette position¹⁹⁹. En plus, dans l'affaire *Southam*²⁰⁰ la Cour suprême a ouvert la porte à une troisième norme de contrôle, en se basant sur le raisonnement élaboré dans l'affaire *Pezim*. Sans évidemment ouvrir la porte à la proportionnalité, cela démontre que la norme du raisonnable connaît différents degrés d'application particuliers selon les circonstances propres à chaque cas.

En réalité, clause privative ou non, la norme de l'erreur manifeste implique en effet elle-même un degré de déférence. N'oublions pas qu'elle s'inscrit dans le cadre d'un contrôle de la légalité plutôt que d'un contrôle de l'opportunité. Certes, le contrôle dit de la « légalité » se commet à l'occasion sur le terrain du mérite de la décision. Toutefois, notre but n'est pas ici de tracer les aires communes que partage le contrôle judiciaire avec l'appel. Nous voulons plutôt déterminer la place du principe de proportionnalité au sein de notre système. La reconnaissance du principe de proportionnalité, en tant que principe général du droit, pourrait, à notre avis, contribuer à l'élimination de certains doutes sur la nature véritable du contrôle judiciaire.

D'abord, cela nous permettrait de qualifier de proportionnalité le contrôle judiciaire qui doit se faire sans réserve en présence d'une violation d'un droit protégé par les chartes. Ensuite, dans les autres circonstances

198. *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, précité, note 47.

199. *Id.*, 589-593.

200. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, précité, note 47.

propices à la manifestation du principe de proportionnalité, le recours au principe aurait l'avantage de qualifier l'intervention de la Cour qui souvent, par divers moyens habiles, cherche à justifier une intervention difficilement compréhensible selon les principes actuellement reconnus.

La proportionnalité : une des manifestations de la norme du raisonnable

Le principe de proportionnalité en jurisprudence

Puisque le principe de proportionnalité ne jouit à l'heure actuelle d'aucune reconnaissance officielle en droit administratif, nous avons procédé à l'analyse de la jurisprudence de contrôle en recherchant ses manifestations implicites. Comme nous l'avons précédemment mentionné, la grande majorité des interventions judiciaires repose sur la notion de l'erreur manifestement déraisonnable ou sur celle du caractère déraisonnable. L'exercice visant la détection du principe de proportionnalité n'a donc pas toujours été facile, mais il s'est révélé, en bout de ligne, concluant.

Il nous est possible en effet d'affirmer que le principe de proportionnalité est présent au sein de notre jurisprudence. Les juges le reconnaissent sans toutefois fonder uniquement leur intervention sur celui-ci. De plus, fait peu surprenant, dans la mesure où le principe n'est pas encore reconnu, ils ne le mentionnent presque jamais explicitement.

Mettons d'abord en évidence la proportionnalité de la sanction comme première manifestation du principe en jurisprudence. Tant en droit international qu'en droit étranger, c'est d'ailleurs à ce niveau que le principe a vu le jour et s'est imposé comme principe général du droit en matière de contrôle judiciaire. Alors qu'en droit international une violation du principe est parfois assimilée à une erreur de droit pure nuisant à la compétence, au sein d'autres systèmes de droit, la disproportion devra être manifeste pour être corrigée. Nous croyons qu'en droit administratif canadien la disproportion devra être manifeste pour que la Cour intervienne. Nous préférons cette dernière qualification qui s'inscrit mieux dans le contexte actuel du contrôle judiciaire.

Nous estimons, par conséquent, qu'une intervention judiciaire pourrait se fonder uniquement sur la disproportion de la sanction et éviter le piège de la substitution d'opinion. À notre avis, il s'agit d'un contrôle de la légalité basé sur la disproportion manifeste de la décision (sanction ou mesure) par rapport aux faits mis en preuve plutôt que sur l'idée du désaccord avec l'opinion de l'organisme contrôlé. Pour contrer les oppositions certaines que notre position pourra susciter, nous nous référons aux propos de Philippe au sujet de la différence entre le contrôle de l'opportunité et celui de la proportionnalité :

Les deux notions ne sont ni identiques, ni antinomiques : elles présentent davantage une différence de degré que de nature. En réalité, l'opportunité consiste à rechercher ce qui convient le mieux alors que la proportionnalité — juridique — est destinée à empêcher l'inadmissible²⁰¹.

En fait, nous inscrivons le principe dans les principes généraux du droit qui devrait, par sa nature, s'imposer au juge. S'inscrivant aussi comme une dimension de la notion de *fairness*, le principe trouve un second appui parmi les règles de justice naturelle. Il s'agit en quelque sorte d'une garantie supplémentaire que les processus administratif et quasi judiciaire respectent les attentes légitimes des justiciables. Un principe qui garantit à l'individu que l'État n'entravera pas ses droits au-delà de ce qui est nécessaire. L'article 7 de la Charte canadienne pourrait, à notre avis, offrir une base constitutionnelle au principe.

La règle de l'absence de preuve, telle qu'elle a été appliquée en jurisprudence a donné naissance, comme nous l'avons vu, à un contrôle plus poussé. Nous avons remarqué en outre que les interventions étaient plus évidentes lorsque des décisions avaient un fort impact sur les droits d'un individu. C'est pourquoi nous suggérons l'introduction du principe de proportionnalité afin que les interventions sur cette base soient mieux pondérées. Par ailleurs, même si la jurisprudence n'a pas encore franchi le pas vers la reconnaissance du principe américain de la *substantial evidence*, l'introduction du principe de proportionnalité constituerait un entre-deux limitant l'intervention judiciaire aux situations où des droits sont touchés.

Chose certaine, le principe de proportionnalité trouve déjà application en présence d'une violation d'un droit protégé par les chartes des droits. Aussi, comme même l'exercice d'une discrétion administrative tombe maintenant sous l'empire des chartes, il est difficile d'échapper au contrôle de la proportionnalité. Dans ce contexte, il est important de rappeler que c'est aux cours de droit commun qu'il revient de façon exclusive d'appliquer le test de l'arrêt *Oakes*. La simple erreur commise sur ce point par un organisme administratif entachera sa compétence. L'examen des valeurs véhiculées par la Charte appartient donc à la Cour supérieure. Quant à l'appréciation des faits déterminant l'existence d'une violation, elle continuera d'être de la compétence exclusive de l'organisme en cause.

En la matière, notre droit administratif a une longueur d'avance sur le droit anglais qui n'exerce pas encore officiellement de contrôle semblable. Nous rejoignons donc les rangs des pays qui reconnaissent explicitement le principe de proportionnalité en présence d'une violation d'un droit protégé.

201. X. PHILIPPE, *op. cit.*, note 3.

C'est d'ailleurs ce qui nous amène à prévoir le débordement du critère dans d'autres domaines. Nous estimons que le principe de proportionnalité pourrait en effet aussi servir à justifier l'intervention judiciaire en cas d'atteinte manifeste à un droit non protégé.

Même s'il s'agit d'une manifestation plus subtile de la proportionnalité, nous croyons qu'elle existe. Ainsi, dans les cas où la Cour cherche à modérer une action administrative trop contraignante pour un individu, le recours au principe de proportionnalité pourrait se révéler fort utile. Il pourrait, du moins, fournir un motif d'intervention plus approprié que ceux allégués par la Cour dans des cas semblables.

En terminant, rappelons que le principe trouve aussi application au niveau réglementaire, dans le contexte notamment des restrictions au commerce. On n'a qu'à penser aux affaires *Saumon du Pacifique*²⁰², *Lait Grandpré*²⁰³ et *Cassis de Dijon*²⁰⁴ pour se rendre compte que la proportionnalité a un large champ d'action. C'est que, selon nous, elle constitue un véritable principe juridique qu'il convient de reconnaître.

La proportionnalité : une norme à reconnaître et à circonscrire

La définition du principe met en évidence ses deux pôles principaux. D'abord, son aspect « équilibre » implique une opération de pondération logique de la décision par rapport aux faits. Ensuite, l'aspect « nécessité » impute une dimension plus restrictive au principe par l'exigence d'une atteinte à un droit. Ce second aspect confère aussi au principe son originalité par rapport à la norme du raisonnable. C'est sur cette base qu'il permet au contrôle judiciaire de corriger des situations auxquelles les autres concepts sous-jacents à la norme du raisonnable se révèlent plus ou moins bien adaptés.

En conséquence, on peut recourir au principe lorsqu'une décision présente une disproportion manifeste par rapport aux faits mis en preuve et qu'elle modifie les droits d'un individu au-delà de ce qui est nécessaire pour

202. *Canada's Landing Requirements for Pacific Coast Salmon and Herring*, précité, note 8.

203. *Réglementation de Porto Rico sur l'importation, la distribution et la vente de lait UHT du Québec*, USA-3-1807-01, [1993] 45 *Free Trade Reports* 746. (Après avoir intégré la *Conference on Interstate Milk Shipments*, Porto Rico, qui importait du lait UHT d'une compagnie québécoise depuis 15 ans, a décidé de lui retirer le permis d'importation pour une raison de non-conformité avec les normes harmonisées de salubrité. Cette décision fut contestée et la Commission conseilla aux parties de convenir d'une entente aux meilleurs des intérêts de tous. La pénalité imposée à la compagnie s'avérait trop sévère compte tenu des circonstances et les normes pouvaient être autrement respectées notamment par l'établissement d'équivalences.)

204. *Cassis de Dijon*, précité, note 7.

l'atteinte de l'objectif législatif sous-jacent. Il est à remarquer qu'il est plus facile d'appliquer la proportionnalité à la mesure plutôt qu'à la décision. Ainsi, la sanction sera d'une sévérité telle qu'elle enfreindra le droit au travail d'un individu au-delà de ce qui est nécessaire à l'atteinte de l'objectif législatif sous-jacent, soit la répression du comportement fautif. Cette articulation de principe convient tout autant à la norme réglementaire qu'à la sanction ou mesure administrative. Sur ce point, il est possible de rattacher la règle de proportionnalité à la notion d'intérêt public de la loi, comme c'est le cas en droit suisse.

D'ailleurs, la proportionnalité ne comporte pas qu'une dimension curative mais aussi une dimension préventive. En ce sens, la proportionnalité est une norme, comme celle du raisonnable, qui devrait s'imposer à tout décideur administratif ainsi qu'au pouvoir législatif.

Avec l'avènement des chartes, l'action administrative n'échappe plus au contrôle de la proportionnalité. Il s'en faudra donc de peu pour que cette norme de contrôle s'impose même à la base du processus décisionnel administratif et quasi judiciaire. La proportionnalité, par définition, est l'une des seules normes qui puisse réellement contenir les débordements de l'action administrative sur les droits des citoyens. L'action administrative est si vaste aujourd'hui qu'il revient au pouvoir judiciaire de jouer un rôle déterminant dans la définition des limites à lui imposer.

En apparence moins interventionniste, le contrôle judiciaire connaît, on ne peut le nier, une expansion constante depuis quelques années. Sans franchir le seuil de l'appel, disons que le pouvoir de surveillance a su s'adapter à la réalité concrète d'une activité administrative étendue, complexe et évolutive. C'est donc dans cette tendance évolutive du contrôle que nous estimons légitime d'introduire le principe de proportionnalité. Une fois qu'elle l'aura reconnu, la Cour devra toutefois définir la portée réelle qu'elle entend donner au principe.