
Apparences, bonne foi et consultations internes entre décideurs en droit administratif : *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd c. Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique, section 2-69 et La Commission des relations de travail de l'Ontario*

Patrick Robardet*

Le 15 mars dernier, la Cour suprême du Canada, dans *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd c. Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique, section 2-69 et La Commission des relations de travail de l'Ontario*, décida que la tenue de réunions plénières, pour examiner l'avant-projet d'une ordonnance élaborée par un banc plus restreint de la Commission des relations de travail de l'Ontario (CRTO), ne violait pas les principes de justice naturelle.

L'auteur centre sa discussion des opinions majoritaire et dissidente autour 1) du droit d'être entendu et de la règle *audi alteram partem* et 2) de l'impartialité et de l'indépendance judiciaire. L'auteur souligne que la majorité recherche la manifestation d'une atteinte à l'un ou l'autre de ces principes de justice naturelle, tandis que la minorité se concentre sur la primauté des apparences. Il conclut qu'en recherchant la preuve d'une interférence réelle au niveau de ces principes, la majorité fait preuve de formalisme excessif. Toutefois, il se réjouit de son adoption de la technique du bilan. L'auteur considère que ce dossier reste à suivre, et entrevoit une réforme législative dans ce domaine, visant à établir une plus grande uniformité décisionnelle en droit administratif canadien.

On March 15, 1990, the Supreme Court of Canada, in *Consolidated-Bathurst Ltd v. International Woodworkers of America, Local 2-69 and The Ontario Labour Relations Board*, held that the practice of holding a full board meeting to discuss a draft decision prepared by a three-person panel was not a violation of the rules of natural justice.

The author focusses his discussion of the majority and dissenting opinions on 1) the right to be heard and the *audi alteram partem* rule and 2) the independence and absence of bias on the part of an adjudicator. The author maintains that the majority looks for an external manifestation of the infringement of either of these principles of natural justice, whereas the dissent focusses on appearances. He concludes that the majority's concern with proving actual interference with these principles is overly formalistic. However, he welcomes its adoption of the "balance-sheet approach". Finally, he considers that it will be interesting to follow the issues raised by this case and foresees the enactment of legislation to increase uniformity in Canadian administrative law decisions.

* LL.L., LL.M., LL.D., Coordonnateur, Section du droit administratif, Commission de réforme du droit du Canada.

I. Introduction

L'arrêt rendu le 15 mars dernier par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd c. Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique, section 2-69 et La Commission des relations de travail de l'Ontario*¹ vise la légalité d'une pratique habituelle de la Commission des relations de travail de l'Ontario [ci-après la CRTO], de soumettre à l'examen d'une réunion plénière les avant-projets d'ordonnances élaborés par un banc plus restreint avant que ce dernier ne les rende, lorsque ces ordonnances touchent des principes généraux.

A. *Les faits de l'espèce*

Le litige résultait d'une décision de la CRTO statuant que lors de négociations visant la signature d'une convention collective, la Compagnie Consolidated-Bathurst avait refusé de négocier de bonne foi en ne divulguant pas qu'elle projetait de fermer l'usine en question. Le banc saisi du dossier dut décider si le projet de la compagnie constituait en réalité une décision *de facto* que celle-ci aurait dû divulguer au syndicat. À cette fin, la CRTO dut décider si elle devait modifier — ce qu'elle ne fit pas — ses critères de qualification d'une telle décision. Cette question de principe (ou de « politique »), la CRTO la débattut lors d'une réunion plénière. Informée de son déroulement, la compagnie présenta une demande de réexamen de la décision initiale pour le motif, notamment, que la tenue de réunions plénières était illégale. Le refus de la CRTO de procéder à ce réexamen au motif que de telles réunions ne violaient pas les principes de justice naturelle, entraîna une demande de contrôle judiciaire.

La CRTO justifiait sa pratique en invoquant la nécessité de promouvoir la cohérence de ses décisions et d'y maintenir un haut niveau de qualité, sans imposer ni viser une uniformité absolue. Selon la CRTO, les réunions plénières ne portent que sur des questions de politique et non pas sur les faits de chaque dossier, elles ne comprennent pas de prise de vote et de présence, et, destinées à faire partager des idées générales et des expériences de travail, elles ressemblent aux consultations tenues par les juges après les audiences avec leurs clerks, ou aux discussions informelles entre collègues juges.

¹[1990] 1 R.C.S. 282, 105 N.R. 161 [ci-après *Consolidated-Bathurst* cité aux R.C.S.], conf. (1986), 56 O.R. (2d) 513 (C.A.), inf. (1985), 51 O.R. (2d) 481 (Div. Ct). Les jugements rendus en Cour suprême du Canada le furent pour la majorité par le juge Gonthier (pour lui-même et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin) et pour la minorité par le juge Sopinka (pour lui-même et le juge Lamer). Le jugement unanime de la Cour d'appel de l'Ontario fut rendu par le juge Cory, et ceux de la Cour divisionnaire de l'Ontario, par le juge Rosenberg (pour lui-même et le juge Holland) et par le juge Osler, dissident.

B. *Les jugements des trois instances*

Par un jugement majoritaire du juge Rosenberg (et du juge Holland), la Cour divisionnaire accueillit la demande de révision judiciaire au motif de la violation de la règle *audi alteram partem*. La position dissidente du juge Osler sur ce point fut approuvée dans les motifs principaux énoncés par le juge Cory dans l'arrêt unanime d'appel. Cet arrêt précise toutefois les balises de la procédure de réunion plénière. Le pourvoi entrepris contre l'arrêt d'appel fut rejeté par une majorité de cinq juges en Cour suprême du Canada, contre une double opinion dissidente qui reprend les motifs de la majorité en Cour divisionnaire de l'Ontario.

Le juge Gonthier (au nom de la majorité en Cour suprême) aborde la validité de la procédure de la réunion plénière dans la double optique des deux règles de justice naturelle, celle de l'impartialité — à laquelle il rattache le principe « he who decides must hear »² qui, selon lui, entraîne que les décideurs fussent à l'abri de pressions indues susceptibles de les faire changer d'avis — et celle du droit d'être entendu, retenu en l'espèce comme motif principal³. Les juges Sopinka et Lamer, dissidents, se sont, par contre, fondés sur le droit d'être entendu. Examinons les différents points de vue exprimés en les regroupant autour des deux notions du droit d'être entendu et d'impartialité.

II. La règle *audi alteram partem*, le droit d'être entendu et les « discussions de politique »

A. *Selon la minorité, la violation de la règle s'apprécie dans les apparences et le risque couru, et non pas selon un bilan de l'utilité de la procédure litigieuse*

Le juge Sopinka (et le juge Lamer), dissident en Cour suprême, centre le débat sur la question suivante : y a-t-il eu violation de la règle « he who decides must hear » et du droit de connaître la preuve invoquée contre soi⁴ ? Le juge Sopinka retient l'apparence comme critère applicable : « en matière d'atteinte à

²*Ibid.* à la p. 322.

³*Ibid.*

⁴*Ibid.* à la p. 292.

l'intégrité du processus décisionnel, il suffit qu'il y ait apparence d'injustice »⁵.

Par comparaison, l'opinion majoritaire du Juge Gonthier applique la technique d'un bilan coûts/avantages à la procédure de la réunion plénière. Cette technique suppose une hiérarchisation de certains principes (ou valeurs), susceptible, comme le montre l'espèce, d'opposer des points de vue.

Dans la hiérarchie des valeurs adoptée par les deux juges minoritaires, la préservation de l'intégrité et de l'équité du processus doit primer sur toute autre considération en matière de justice naturelle⁶. Ce souci les conduit à préférer une compréhension fonctionnelle des processus à l'apparence des formes des décisions en résultant⁷ — sinon, il suffirait, par exemple, de relever que seuls les membres qui siégeaient lors de l'audience ont été les auteurs de la décision pour conclure à la validité du processus. Cette manière d'aborder la procédure des organismes administratifs, de préciser le juge Sopinka, permet d'évaluer la place des politiques « en fonction de l'évolution du droit relatif à la classification des tribunaux et à l'application des règles de justice naturelle et d'équité à leur endroit », depuis l'arrêt *Nicholson* de 1979⁸. Dès lors, un déni de justice naturelle doit être apprécié en tenant compte de l'obligation pour un tribunal donné de dévoiler la politique qu'il s'apprête à examiner et appliquer et de donner aux parties la possibilité d'en débattre lors d'une audience⁹. Mais, pour la minorité, cette primauté du droit d'être entendu (selon l'acception large actuelle) ne peut être limitée que par des restrictions formelles et expresses, telle une autorisation législative de faire primer l'uniformisation des décisions sur le respect de la justice naturelle¹⁰. Également, selon le juge Sopinka, la retenue judiciaire en matière de latitude procédurale des organismes administratifs¹¹ doit

⁵*Ibid.* à la p. 296. Globalement, cette démarche épouse celle de l'opinion majoritaire de la Cour divisionnaire de l'Ontario, axée sur une application stricte de la règle *audi alteram partem*, fondée sur la nature contradictoire du processus décisionnel en cause et sur le principe de sa transparence. Voir les notes du juge Rosenberg, *supra*, note 1, 51 O.R. (2d) aux pp. 486-87, pour qui la tenue de réunions plénières viole le droit d'être entendu de la compagnie demanderesse car elle « would have no way of knowing what was being said in these discussions and no opportunity to respond », *ibid.* à la p. 492. En effet, le juge Rosenberg souligne, à la p. 492, que ces réunions « involved a substantial risk that opinions would be advanced by others and arguments presented. [...] Surely, the discussion would involve policy reasons why s.15 should be given either a broad or narrow interpretation. Members or support staff might relate matters from their own practical experience which might be tantamount to giving evidence » [nous soulignons].

⁶*Supra*, note 1 aux pp. 298-99.

⁷*Ibid.* à la p. 299, M. le juge Sopinka : il s'agit d'« examiner le rôle des politiques dans le processus décisionnel des tribunaux administratifs ».

⁸*Nicholson c. Haldimand-Norfolk Police Commrs Bd*, [1979] 1 R.C.S. 311, 88 D.L.R. (3d) 671, cité à la p. 301.

⁹*Ibid.* à la p. 301.

¹⁰Voir *ibid.* à la p. 298 sur l'absence de règles de procédure formelles visant les réunions plénières, et à la p. 305.

¹¹Cette latitude est notamment reconnue par l'arrêt *Komo Construction Inc. c. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] R.C.S. 172, 1 D.L.R. (3d) 125, que l'on peut considérer

céder devant une obligation statutaire d'entendre quand cette dernière « constitue une limite expresse que la Loi impose au contrôle de la Commission sur sa procédure »¹². Cette proposition réaffirme la supériorité normative du droit écrit sur le juge, selon laquelle l'interprétation judiciaire des textes ne doit pas servir à en éluder la portée¹³.

B. La technique du bilan comme moyen d'évaluer une violation de la justice naturelle, selon l'opinion majoritaire du juge Gonthier

L'idée directrice de la majorité est la suivante : « les règles de justice naturelle doivent tenir compte des contraintes institutionnelles auxquelles les tribunaux administratifs sont soumis » et des objectifs de leur création (efficacité, « mass justice »)¹⁴. Le juge Gonthier relativise ainsi la portée du droit d'être entendu dans le cadre de la technique du bilan qu'il définit, de même qu'il relativise le contenu des règles de justice naturelle¹⁵.

L'exclusion d'une primauté de principe des droits des parties est confirmée par une deuxième proposition. L'opinion majoritaire ne se limitera pas, en fin de solde du bilan, à dégager de l'expérience experte de l'organisme la justification de la procédure de réunion plénière mais l'incorporera dans l'idée directrice de l'application des règles de justice naturelle. En effet, selon la majorité, au lieu de « dissuader les organismes administratifs de tirer profit de l'expérience acquise par leurs membres ... les règles de justice naturelle devraient, par leur application, concilier les caractéristiques et les exigences du processus décisionnel des tribunaux spécialisés avec les droits des parties en matière de procédure »¹⁶.

1. L'objet de la technique du bilan : un tableau des coûts et avantages

L'objet du bilan à dresser est le suivant :

La question principale est de savoir si, vu l'importance de la question de politique en cause en l'espèce et la nécessité de maintenir un niveau élevé de qualité et de cohérence dans les décisions de la Commission, les règles de justice naturelle per-

comme un très bel exemple de concision judiciaire, grâce à la plume de feu le juge Pigeon. La citation de cet arrêt par le juge Sopinka mérite d'être signalée car la jurisprudence n'en a généralement pas fait grand cas, malheureusement.

¹²*Supra*, note 1 à la p. 307.

¹³Cette idée, dont l'avenir est à suivre, on la retrouve, toujours sous la plume dissidente du juge Sopinka, mais étendue aux rapports du contrat, de la loi écrite et du droit commun jurisprudentiel, dans l'arrêt récent *Board of Education of the Indian Head School Division No.19 of Saskatchewan c. Knight*, [1990] 1 R.C.S. 653, dans lequel le juge Sopinka fait valoir qu'une obligation d'équité doit être établie par les textes pertinents et non pas présumée s'appliquer.

¹⁴*Supra*, note 1 aux pp. 323-24.

¹⁵Ceci fut réaffirmé récemment, par exemple, par l'arrêt *Knight, supra*, note 13.

¹⁶*Supra*, note 1 à la p. 327, M. le juge Gonthier.

mettent la tenue d'une réunion plénière de la Commission sous réserve des conditions exposées par la Cour d'appel et, dans la négative, si une procédure qui permet aux parties d'être présentes, telle une audience plénière de la Commission, est la seule autre solution acceptable¹⁷.

Cette position, qui reproduit en partie les motifs du juge Osler, dissident en Cour divisionnaire et du juge Cory pour la Cour d'appel, est axée principalement sur les avantages de la réunion plénière en tant que moyen de réaliser une cohérence décisionnelle en raison même de la nature tripartite de la CRTO¹⁸. La Cour d'appel de l'Ontario ajoutait que, puisque la CRTO avait l'obligation de prendre en considération les conséquences de ses décisions sur l'ensemble des rapports employeurs-employés, des discussions collectives constituaient un moyen approprié¹⁹. Plus particulièrement, le juge Cory vit dans le caractère représentatif de la CRTO une garantie du respect de la justice naturelle²⁰.

L'approche majoritaire en Cour suprême, par comparaison, se fonde davantage sur l'objet du bilan. Le bilan consiste à « soupeser les avantages de la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières en regard des inconvénients que comporte la tenue de débats en l'absence des parties »²¹. Mais, la démonstration offerte par le juge Gonthier souligne plus le solde positif, pour la CRTO, du bilan coûts/avantages de diverses options procédurales, qu'elle ne reflète un bilan des coûts et avantages procéduraux respectifs de l'organisme *et* des parties, ou qu'elle n'indique l'existence d'un solde négatif pour les parties. Curieusement, en effet, la fonction « utilitaire » pour l'organisme, comme pour les parties, de la règle *audi alteram partem* n'est pas abordée par la majorité comme un élément de l'équation.

Or, abstraction faite de tout esthétisme des formes procédurales, la règle *audi alteram partem* demeure un principe d'efficacité décisionnelle. Au plan fonctionnel, ainsi que seul le juge Sopinka le souligne,

la capacité des juges de tribunaux administratifs de se renseigner, de mettre à profit leurs compétences et expérience et les attentes qu'ils le feront, [...] *accroît l'importance de [l'obligation de divulguer]. La divulgation peut constituer une protec-*

¹⁷*Ibid.* à la p. 324.

¹⁸Voir *supra*, note 1, 51 O.R. (2d) aux pp. 499-500 et, à la p. 508, M. le juge Osler :
It seems to me that, [...] the practice of full board consultation on important issues may well be a practical and desirable way of harnessing the 'labour relations sense acquired from accumulated experience in the area'. That potential must have been a compelling reason for the constitution of the board as it is now found.

¹⁹*Supra*, note 1, 56 O.R. (2d) à la p. 515.

²⁰*Ibid.* à la p. 515, M. le juge Cory :

Moreover, the tripartite membership of the Board which, by statute, includes persons who are representatives of employers and employees will help to ensure that there is no breach of the principles of natural justice during those discussions.

²¹*Supra*, note 1 à la p. 324, M. le juge Gonthier.

*tion importante contre l'utilisation d'éléments inexacts ou de théories non éprouvées*²².

En outre, la méthode proposée par la majorité en Cour suprême ne semble supposer ni n'inclut explicitement des équivalences ou des correspondances, dans les colonnes du bilan, entre, par exemple, un avantage pour une partie (par exemple, le droit de contre-interroger) et un coût pour l'organisme (par exemple, une augmentation de la durée d'une audition).

2. Les coûts d'éventuelles options de rechange

La démarche de la majorité consiste, de manière significative, à avoir d'abord pris acte de contraintes institutionnelles telles que l'ampleur des tâches et la diversité des statuts des membres de l'organisme²³ ainsi que la nature tripartite de la Commission qui oblige à former des bancs de composition égale entre employeurs et employés.

La seconde étape du bilan fut d'évaluer les coûts respectifs d'éventuelles options de rechange. Selon le juge Gonthier, il faut décider si

les règles de justice naturelle permettent la tenue d'une réunion plénière de la Commission sous réserve des conditions exposées par la Cour d'appel et, dans la négative, si une procédure qui permet aux parties d'être présentes, telle une audience plénière de la Commission, est la seule autre solution acceptable²⁴.

Réduire ainsi apparemment l'alternative à deux options tend déjà à introduire un élément de nécessité dans l'équation plutôt qu'à indiquer la voie d'une évaluation effective d'alternatives procédurales²⁵. Cette seconde étape évoque aussi l'application du critère de proportionnalité dégagé dans le cadre de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

²²*Ibid.* aux pp. 304-05, M. le juge Sopinka.

²³Le juge Gonthier cite le chiffre de 3189 affaires dont la CRTO traite en 1982-83. La CRTO, selon le dossier, se composait de 11 vice-présidents à plein temps, 4 à temps partiel, 10 commissaires permanents, 22 autres à temps partiel et il y avait, en moyenne, 266 affaires à entendre par an pour le président et les vice-présidents à plein temps.

²⁴*Supra*, note 1 à la p. 325. Les conditions exposées par la Cour d'appel se résument à l'obligation d'entendre les parties en cas de présentation de nouvelles preuves ou d'« introduction of fresh material », voir *supra*, note 1, 56 O.R. (2d), à la p. 517, M. le juge Cory.

²⁵Il convient en effet de souligner que le juge Gonthier a, préalablement à l'argument cité dans le texte, indiqué (voir *supra*, note 1 à la p. 323) que le rapport McRuer avait suggéré un troisième modèle, celui de la réunion officielle à laquelle les parties auraient le droit de répondre aux arguments soulevés par les commissaires : voir Royal Commission Inquiry into Civil Rights, vol. 5 (Report No. 3) (Toronto : The Queen's Printer, 1971) [ci-après *Rapport McRuer*] aux pp. 2205-06, portant sur le respect par un *judicial tribunal* (au sens particulier où l'entendait le juge McRuer) du principe « he who decides must hear ». Ce principe, ainsi que la recommandation du Rapport McRuer, sont cités par le juge Rosenberg dans le jugement majoritaire de la Cour divisionnaire.

Selon le juge Gonthier, la procédure alternative des audiences plénières « ne serait pas forcément pratique dans tous les cas où il se présente une question de politique importante »²⁶ car elle susciterait des « difficultés d'organisation »²⁷. L'analyse semble se réduire aux avantages de la procédure attaquée et l'application du bilan laisse croire que l'utilité pour les parties de la procédure plus formaliste de l'audience plénière a été sous-évaluée, pour ne pas dire escamotée. Le bilan ne solde donc pas une « perte » du droit d'être entendu et un gain de *commodité* administrative qui aurait pu être jugé profiter aussi aux parties. La démarche manque également de clarté sur la question de savoir si le caractère excessif de certains coûts institutionnels justifie la limitation des droits particuliers. Tous ces points indiquent, compte tenu de ce que l'arrêt *Consolidated-Bathurst* ne faisait pas intervenir la *Charte canadienne des droits et libertés*, que l'on ne peut encore pousser trop loin un parallèle entre le bilan tel qu'il fut défini et appliqué en l'espèce, et les arrêts *Singh*²⁸ et *Oakes*²⁹ quant au poids de la *commodité* administrative et au critère de proportionnalité respectivement.

3. Le solde du bilan : la justification de l'utilité des réunions plénières

La justification présentée par la majorité, qui confirme celle de la Cour d'appel, consiste en deux motifs. Premièrement, la réunion plénière permet à l'organisme de bénéficier de l'expérience acquise de tous les membres, notamment de l'expertise même de la CRTO conçue par le législateur comme tribunal spécialisé. Rappelons que l'objectif visé par la majorité est de ne pas « dissuader les organismes administratifs de tirer profit de l'expérience acquise par leurs membres ... »³⁰. Selon un deuxième motif, secondaire en apparence, la réunion plénière permet d'éviter la contrariété de décisions que pourrait engendrer, contrairement au principe d'égalité devant la loi, le grand nombre de personnes composant les différents bancs. Le juge Gonthier se limite à noter que ce principe serait violé si l'issue des litiges devait « dépendre de l'identité des personnes qui composent le banc »³¹.

²⁶*Supra*, note 1 à la p. 326.

²⁷*Ibid.* Nous faisons référence ici au nombre d'affaires à traiter, au nombre de personnes disponibles, et à l'obligation de respecter l'égalité des représentants en constituant les bancs, motifs qui rendent également impraticable la troisième formule proposée dans le Rapport McRuer.

²⁸*Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, 17 D.L.R. (4th) 422 (sub nom. *Re Singh et Ministre de l'emploi et l'immigration*).

²⁹*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4th) 200.

³⁰*Supra*, note 1 à la p. 327, M. le juge Gonthier.

³¹*Ibid.*

4. Le seuil de non-tolérance de la latitude de l'organisme, ou le point de déclenchement de l'intervention judiciaire

D'autres éléments étrangers, selon nous, à la technique du bilan, sont avancés dans l'opinion majoritaire. La clause privative qui protège les décisions de la CRTO est soulignée. Ceci laisse supposer que la cohérence juridique des décisions d'un organisme échappe au contrôle judiciaire en vertu de la doctrine de la décision raisonnable³². La présence d'une clause privative dans notre espèce conduit ainsi à penser que l'arrêt majoritaire illustre, alors qu'il n'en décide pas, l'application de la théorie de la retenue judiciaire au respect des règles de justice naturelle. Parmi les indices en ce sens, relevons qu'afin de justifier la réunion plénière par l'expertise de la CRTO, le juge Gonthier invoque, en premier lieu, l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*³³, comme le fit la Cour d'appel de l'Ontario. L'expertise acquise par un organisme spécialisé peut le « dispenser », premièrement, d'entendre les parties sur les mérites des principes applicables à ses décisions, et deuxièmement, de voir ses décisions soumises à un contrôle judiciaire maximum en raison de « l'infériorité en expertise » des juges de la légalité ! Dès lors, où situer le motif de déclenchement de l'intervention judiciaire ?

Une première réponse est contenue dans la conclusion voulant que l'organisme puisse prendre des mesures effectives « pour favoriser la cohérence de ses décisions [mais qui] ne doivent pas *entraver* la capacité de chacun des membres d'un banc de décider selon sa conscience et ses opinions »³⁴. Mais ceci ne constitue pas, en vérité, la limite raisonnable de la latitude procédurale reconnue à cet organisme, car, toujours selon la majorité, la règle *audi alteram partem* limite de manière multiple le recours à la réunion plénière.

En premier lieu, cette procédure ne peut pas permettre, sous couvert de consulter des collègues, de les faire participer effectivement à la prise de décision³⁵. De fait, le juge Gonthier réaffirme le principe voulant que celui qui par-

³²Mais, seule la Cour d'appel de l'Ontario évoque l'applicabilité de la doctrine de la décision déraisonnable aux décisions de procédure, alors que l'arrêt majoritaire de la Cour suprême ne l'aborde pas. Il convient toutefois de souligner que la position de la Cour d'appel est conforme aux critères définis dans l'arrêt *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd*, [1989] 2 R.C.S. 983 par les juges La Forest (critère du fondement rationnel) et Sopinka (critère du désaccord du juge de la légalité).

³³*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, 97 D.L.R. (3d) 417.

³⁴*Supra*, note 1 à la p. 328, nous soulignons.

³⁵*Supra*, note 1, 56 O.R. (2d) à la p. 517, M. le juge Cory :

As in any judicial or quasi-judicial proceeding, the panel should not decide the matter upon a ground not raised at the hearing without giving the parties an opportunity for argument. It is also an inflexible rule that while the panel may receive advice there can be no participation by other members of the Board in the final decision.

ticipé effectivement à une décision doit, en vertu de la maxime « he who decides must hear », « avoir entendu la totalité de la preuve et des plaidoiries soumises par les parties »³⁶. Mais, puisque la réunion plénière, « comme bien d'autres pratiques judiciaires » comporte « certaines imperfections, notamment en ce qui concerne la possibilité pour les parties d'être entendues et l'indépendance du décideur »³⁷, quel aménagement procédural peut satisfaire la règle *audi alteram partem* ? Pour le juge Gonthier, « la seule violation possible de la règle a lieu quand on propose une nouvelle politique ou un nouvel argument à une réunion plénière de la Commission et qu'une décision fondée sur cette politique ou cet argument est rendue sans qu'on accorde aux parties la possibilité de répliquer »³⁸. Il faut en effet, de dire le juge d'appel Cory, « aviser les parties de tout nouveau moyen à propos duquel elles n'ont pas soumis de plaidoiries »³⁹, voire convoquer une audience supplémentaire. Cependant, ce raisonnement ne vaut pas, en dernier lieu, pour l'élaboration de politiques de portée générale.

5. Elaboration et application de politiques et respect de la règle *audi alteram partem*

L'accord général des trois cours sur l'applicabilité de la maxime « he who decides must hear » laisse subsister dans l'ensemble des motifs des juges, qu'ils soient majoritaires ou dissidents, des divergences significatives sur l'importance de distinguer les questions de politique et de fait.

En Cour divisionnaire, le juge Rosenberg souligne l'imbrication des questions de fait et de politique en raison de l'impossibilité de débattre des secondes sans faire appel à l'expérience et à des décisions antérieures, donc, à des faits, et sans comparer ces faits antérieurs à ceux de l'espèce en cause⁴⁰. En Cour suprême, le juge Sopinka, dissident, ajoute que la nature des politiques impose la divulgation et la contradiction, car, selon la jurisprudence non contestée de la Cour suprême, les politiques sont traitées comme des questions de fait plutôt que comme du droit⁴¹ et peuvent dès lors faire l'objet d'une preuve contraire en

La position adoptée par la Cour d'appel n'est donc pas aussi libérale que certains l'ont prétendu : voir M. Falardeau-Ramsay, « Collegiality and Decision-Making in the Aftermath of the *Consolidated-Bathurst* Decision » (1988) 1 C.J.A.L.P. 207 aux pp. 209 et 210 ; comparer B.A. Crane, « Comment on the *Consolidated-Bathurst* Decision » (1988) 1 C.J.A.L.P. 215.

³⁶*Supra*, note 1 à la p. 329, M. le juge Gonthier (approbation de l'arrêt *Doyle c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce*, 1 C.F. 362 (Appel)).

³⁷*Ibid.* à la p. 328.

³⁸*Ibid.* à la p. 338.

³⁹*Ibid.*

⁴⁰*Supra*, note 1, 51 O.R. (2d) à la p. 492.

⁴¹Voir *Capital Cities Communications Inc. c. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 R.C.S. 141, 18 N.R. 181.

vertu de la justice naturelle⁴². En conséquence, il peut y avoir un déni de justice naturelle, « [q]uoi que le dossier ne permette pas de déterminer avec certitude si la formulation, lors de la réunion plénière, d'une politique qui n'a pas été divulguée aux parties a eu un effet sur la décision, [dès lors] que la chose ait très bien pu se produire », selon le juge Sopinka⁴³. Ce pas n'a pas été franchi par la majorité malgré, de dire le juge Gonthier, que la réunion plénière empêche les parties de savoir ce qui y est dit et de « répliquer aux nouveaux arguments soumis par les personnes qui y ont assisté. De plus, il y a toujours le risque que les personnes présentes à la réunion discutent de la preuve »⁴⁴. À l'évidence, donc, la conclusion que ce risque n'emportait pas de conséquence négative confirme, après que la majorité ait évoqué de la doctrine de la retenue judiciaire, les divergences de vues sur la confiance à accorder à l'organisme.

Mais, le partage des opinions se fonde aussi sur la différence de nature des questions de fait et des questions de politique dans la mesure où cette différence emporte une gradation des droits de participer. Sur le fond, le juge Gonthier explique en effet, que l'application de la règle *audi alteram partem* impose que les questions de politique soient abordées différemment des questions de fait puisque leurs conséquences « vont au-delà du règlement du litige particulier entre les parties »⁴⁵. Il rappelle qu'à l'égard de la règle *audi alteram partem*, « la règle relative aux arguments juridiques ou de politique qui ne soulèvent pas des questions de fait est un peu moins sévère puisque les parties n'ont que le droit de présenter leur cause adéquatement et de répondre aux arguments qui leur sont défavorables »⁴⁶.

Ce droit ressemble, selon nous, à un droit d'être entendu. De plus, l'arrêt ne démontre pas en quoi réside la distinction opératoire des questions de fait et de politique et n'exclut pas formellement l'idée d'appliquer un « droit de présenter une cause » à l'élaboration de politiques générales effectuée dans le contexte de la prise de décisions particulières. Nous sommes donc forcés de conclure, après le rappel à l'effet que les règles de justice naturelle ne permettent pas à des personnes qui n'ont pas entendu toute la preuve « de voter sur l'issue

⁴²Voir *Innisfil (Municipalité du canton) c. Vespra (Municipalité du canton)*, [1981] 2 R.C.S. 145, 37 N.R. 43.

⁴³*Supra*, note 1 à la p. 305.

⁴⁴*Ibid.* à la p. 335.

⁴⁵*Ibid.* à la p. 337, M. le juge Gonthier, et aux pp. 337-38 :

Puisque ces questions font appel à l'analyse des lois, des décisions antérieures et des besoins sociaux qui sont perçus, les conséquences d'une décision de politique prise par la Commission ne dépendent pas, dans une certaine mesure, de l'intérêt immédiat des parties, même si elles peuvent avoir un effet sur l'issue de la plainte.

⁴⁶*Ibid.* à la p. 339.

du litige » ou de « de faire des observations sur des questions de fait »⁴⁷, et après avoir été informé que la preuve n'établissait pas si les réunions plénières ne servaient réellement qu'à discuter de questions de politique, que la distinction entre les questions de fait et de politiques fut réglée par un flou voulu⁴⁸. L'arrêt majoritaire a minimisé l'importance du risque évoqué au motif qu'« [i]l ne faut pas refuser les avantages que l'utilisation valable de ce processus de consultation peut procurer, uniquement à cause de la simple crainte que cette pratique établie ne soit pas respectée, en l'absence de toute preuve que la chose s'est produite »⁴⁹. De fait, la majorité a refusé d'étendre à l'application de la règle *audi alteram partem* le critère de la crainte raisonnable qui permet d'entacher une procédure en raison d'une crainte raisonnable de partialité, pour ensuite exiger la preuve d'une violation réelle du devoir d'entendre et de la maxime « he who decides must hear ».

III. L'indépendance judiciaire des membres = leur impartialité intellectuelle

La maxime « he who decides must hear » ayant été respectée en l'espèce par les trois membres du banc originel, l'argumentation majoritaire nous invite, dans un second temps, à examiner la question de « l'indépendance judiciaire des membres d'un banc dans le contexte d'une réunion plénière de la Commission »⁵⁰, c'est-à-dire, à examiner les conséquences de la présence d'autres membres lors de cette réunion.

Des jugements contradictoires avaient été rendus antérieurement sur le problème comme en l'espèce, de la présence de tiers qui *n'avaient pas voté*. Se fondant sur un vieil arrêt ontarien de 1916, *Re Toronto and Hamilton Highway Commission and Crabb*⁵¹, la majorité rejette l'idée que « toute discussion avec une personne qui n'a pas entendu la preuve entache forcément de nullité la décision qui s'ensuit parce que la discussion est susceptible d'« influencer » le décideur »⁵².

⁴⁷*Ibid.* à la p. 336, M. le juge Gonthier : il précise, à cette même page, que les règles de justice naturelle ne permettent pas à des personnes qui n'ont pas entendu toute la preuve

de voter sur l'issue du litige. Leur participation aux discussions portant sur ces questions de fait pose moins de problèmes quand elles ne participent pas à la décision finale. Cependant, j'estime que ces discussions violent généralement les règles de justice naturelle parce qu'elles permettent à des personnes qui ne sont pas parties au litige de faire des observations sur des questions de fait alors qu'elles n'ont pas entendu la preuve.

⁴⁸*Ibid.* à la p. 337 : la position majoritaire affirme que

[l]es discussions sur les politiques n'ont pas pour objet de décider quelle partie aura finalement gain de cause, mais elles ont pour objet d'exposer les différents critères juridiques que la Commission peut adopter et de débattre leur valeur relative.

⁴⁹*Ibid.* à la p. 336, M. le juge Gonthier.

⁵⁰Tel est le titre de la sous-division c), contenue à la p. 329, *ibid.*

⁵¹(1916), 37 O.L.R. 656 (C.A.).

Premièrement, cet arrêt aurait dû être écarté car le tiers dont la présence était problématique en l'espèce, débattait des faits et de la preuve, contrairement aux faits prouvés dans l'affaire *Consolidated-Bathurst*. Deuxièmement, l'analogie avec le fonctionnement des juges judiciaires constitue un argument *a minori* dont la teneur serait la suivante : malgré que les décideurs administratifs soient constitutionnellement « inférieurs » aux juges, ce qui est bon pour ces derniers l'est également pour les premiers quand ils font office de « quasi juges ». Cet argument laisse perplexe, mais nous n'hésitons pas à écrire, à défaut de pouvoir le dire bien haut, que ce renversement d'attitude est positif. Une attitude inverse prévaut généralement. L'inversion de la perception traditionnelle des organismes « inférieurs » vaut, ne serait-ce par souci de réalisme, que pour prendre acte de la place actuellement occupée par les organismes administratifs. Mais l'analyse ne peut se satisfaire de ce seul constat.

Craignant peut-être que l'argument analogique précité ne suffise pas à convaincre, le juge Gonthier entreprit d'expliquer la nature de l'indépendance des juges, dans la lignée des arrêts *Beauregard c. Canada* et *Valente c. R.*⁵³ En résumé, l'indépendance judiciaire, c'est « la liberté complète de juger une affaire donnée selon sa conscience et ses opinions, sans l'intervention d'autres personnes, y compris de juges »⁵⁴. Il en découle la conclusion suivante sur la valeur de la procédure institutionnelle de consultation :

Un processus institutionnalisé de consultation ne permet pas nécessairement aux commissaires de parvenir à un consensus, mais il fournit une tribune où il est possible de parvenir *librement* à ce consensus suite à une discussion réfléchie des questions soulevées⁵⁵.

A. *Le critère : la notion de seuil infranchissable ou le solde d'un bilan de l'indépendance judiciaire ?*

L'idée directrice de la majorité en Cour suprême veut que l'organisme puisse prendre des mesures effectives « pour favoriser la cohérence de ses déci-

⁵²*Supra*, note 1 à la p. 331, M. le juge Gonthier. Dans l'arrêt *Crabb*, il y avait été jugé, à l'égard de « persons occupying positions analogous to those of judges rather than of arbitrators merely », que :

the most that can be said is that [...] those members of the Board who heard the evidence and made the award — allowed another member of the Board, who had not heard the evidence, or taken part in the inquiry before, to read the evidence and to express some of his views regarding the case to them. [...] [B]ut it is only fair to add that if every Judge's judgment were vitiated because he discussed the case with some other Judge a good many judgments existing as valid and unimpeachable ought to fall.

Supra, note 51 à la p. 659 [nous soulignons].

⁵³*Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, 70 N.R. 1, et *Valente c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 673, 64 N.R. 1.

⁵⁴*Supra*, note 1 à la p. 332, M. le juge Gonthier.

⁵⁵*Ibid.* à la p. 340 [nous soulignons].

sions [mais qui] ne doivent pas *entraver* la capacité de chacun des membres d'un banc de décider selon sa conscience et ses opinions »⁵⁶. Cette condition laisse entrevoir l'existence d'un critère de l'indépendance d'esprit du décideur mais, sans confondre imperfections et vices rédhibitoires, la nature du critère apparaît peu précise et semble résider davantage dans une échelle d'intensité de la contrainte répréhensible⁵⁷. Sont ainsi prohibés : (1) « [toute] ingérence extérieure [...] pratiquée pour forcer ou contraindre un décideur à participer à des discussions au sujet de questions de politique soulevées par une affaire sur laquelle il doit statuer »⁵⁸ ; (2) « [tout] mécanisme formel de consultation pour forcer ou *inciter* (nous soulignons) un décideur à adopter un point de vue qu'il ne partage pas »⁵⁹ ; (3) « une atteinte à la capacité des membres d'un banc de trancher les questions en litige de manière indépendante »⁶⁰.

Après la contrainte externe, la contrainte interne formelle, puis l'incitation interne formelle, il reste, dans l'ordre d'une atténuation progressive, la pression morale dont la présence lors des réunions plénières, par opposition aux discussions informelles, n'est pas niée par le juge Gonthier⁶¹. En fin de compte, le critère d'intervention judiciaire est multiforme et l'énumération des entraves à la capacité des membres du banc de statuer selon leurs opinions, permet à nouveau de souligner que le partage des opinions judiciaires réside dans une opposition entre la primauté des apparences et la notion de risque, d'une part, et l'exigence d'une manifestation extériorisée d'une atteinte probable, voire réelle, d'autre part.

⁵⁶*Ibid.* à la p. 328 [nous soulignons].

⁵⁷En effet, pour le juge Gonthier, il faut

savoir si les inconvénients que cette pratique comporte sont assez importants pour conclure qu'elle constitue une violation des règles de justice naturelle ou si les réunions plénières de la Commission sont conformes à ces règles pourvu que certaines garanties soient respectées,

ibid. aux pp. 328-29.

⁵⁸*Ibid.* à la p. 332, M. le juge Gonthier.

⁵⁹*Ibid.* aux pp. 332-33.

⁶⁰*Ibid.* à la p. 333 : « [L]es discussions avec des collègues ne constituent pas en soi une atteinte à la capacité des membres d'un banc de trancher les questions en litige de manière indépendante », car « la décision ultime appartient au décideur et il en assume la responsabilité entière ».

⁶¹Mais,

les décideurs ont le droit de changer d'avis, peu importe que ce soit à la suite de discussions avec des collègues ou de leur propre réflexion sur le sujet. L'opinion de la majorité de ses collègues peut également amener un décideur à changer d'avis par souci de cohérence de la jurisprudence puisqu'il s'agit d'un critère légitime qui doit être pris en considération, même si le décideur n'est lié par aucune règle de *stare decisis*.

Ibid.

B. *Indépendance judiciaire des membres et crainte raisonnable de partialité*

Cette dernière question est liée à la poursuite de la cohérence décisionnelle et à la protection de l'intégrité d'un processus. De fait, la poursuite de l'uniformité ne suppose-t-elle pas qu'une forme d'influence est exercée sur les décisions des membres⁶²? La majorité soutient que « *le critère de l'indépendance est non pas l'absence d'influence, mais plutôt la liberté de décider selon ses propres conscience et opinions* » (nous soulignons)⁶³. Ce critère révèle la difficulté essentielle du contrôle judiciaire en l'espèce, voire une impasse. Il paraît illusoire, à notre avis, de croire que la liberté intellectuelle d'un décideur puisse se mesurer, objectivement — c'est-à-dire du point de vue de l'observateur extérieur — autrement que par des critères formels d'absence d'influence ou d'interférence. Autrement, si le juge refuse de supputer, au coeur même du processus intellectuel intime du décideur — c'est-à-dire subjectivement — l'origine et l'impact de quelque influence probable, la voie est fermée.

L'approche de l'impartialité intellectuelle par la supputation est peu fructueuse, elle regorge d'embûches notamment au plan de la preuve, mais le critère de la crainte raisonnable de partialité permet d'y remédier, précisément en sanctionnant l'importance des apparences de la justice aux yeux du justiciable ou de l'administré, par le biais d'un test objectif. L'approche objective — externe au décideur — impose, comme le précise à juste titre le juge Gonthier, de distinguer la réunion plénière en tant qu'« élément important du processus légitime de consultation », d'« une participation à la décision par les personnes qui n'avaient pas entendu les parties. »⁶⁴ Toutefois, cette distinction ne peut que reposer, elle aussi, sur des éléments de forme, de préférence à des supputations quant à l'état d'esprit d'un décideur « sous l'influence d'un tiers ». Aussi, l'impasse est révélée par l'affirmation du juge Gonthier à l'effet que « le dossier démontre que chacun des membres du banc s'en est tenu à son opinion »⁶⁵.

⁶²*Ibid.*

⁶³*Ibid.* à la p. 334, M. le juge Gonthier :

la réunion plénière [...] n'est pas imposée, elle est convoquée à la demande du banc qui a entendu l'affaire ou par l'un de ses membres. Elle est soigneusement organisée pour favoriser la discussion sans qu'il y ait tentative de vérifier s'il y a consensus ; il n'est pas dressé de procès-verbal, le vote n'y est pas pris, la présence à la réunion est facultative et les présences n'y sont pas prises. La décision revient entièrement au banc qui a entendu l'affaire. On ne saurait dire que cette pratique vise à signaler aux membres du banc qu'il faut se conformer à l'avis de la majorité des commissaires présents. Par ailleurs, il est vrai qu'il est possible de vérifier s'il y a consensus sans recourir à un vote et que cette institutionnalisation du processus de consultation comporte un risque d'influence plus prononcée sur les membres du banc. Cependant, le critère de l'indépendance est non pas l'absence d'influence, mais plutôt la liberté de décider selon ses propres conscience et opinions.

⁶⁴*Ibid.* à la p. 335.

⁶⁵*Ibid.* à la p. 334.

Mais, dès lors que le contrôle de la légalité oblige le juge à s'en remettre à des éléments formels, objectifs et extérieurs aux décideurs, ne fallait-il pas, en définitive, se satisfaire des apparences seules ? La mesure d'une influence réelle était impossible en l'espèce, en raison notamment de l'inadmissibilité en preuve du premier brouillon de décision, et de l'absence de procès-verbal des réunions. La comparaison de la position des juges Sopinka et Lamer, dissidents, et de celle de la majorité indique que cette dernière déplace le critère de l'impartialité-indépendance vers la partialité réelle comme condition de l'intervention du juge. Un choix fut opéré par la majorité. La difficulté qu'il présente, à notre avis, est qu'il est peu conciliable avec le critère de l'apparence qui régit la crainte de partialité. Le risque d'influence ne devait-il pas suffire à qualifier la situation aux yeux d'« une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique ... »⁶⁶ ? Toutefois, l'analyse doit tenir compte de ce que la preuve contenue dans le dossier limitait l'étendue du contrôle judiciaire. Le dossier ne renfermait pas de preuve sur l'apport de nouveaux moyens ou de nouveaux arguments lors de la réunion, ni, selon le juge Sopinka, de preuve quant à ce qui a été réellement discuté afin de pouvoir déterminer la gravité de la violation des règles de justice naturelle⁶⁷.

IV. Bilan de la critique et perspectives d'avenir

La critique de l'arrêt ne saurait faire oublier qu'il reconnaît la nécessité de garanties. Celles dont était assortie la procédure attaquée en l'espèce, savoir, l'absence d'ordre du jour, de prise de vote et de présence, l'absence de discussions sur les faits, l'absence d'introduction de nouveau moyen ou de nouveau principe, furent jugées « suffisantes pour dissiper toute crainte de violation des règles de justice naturelle »⁶⁸. Ces garanties sont plus que de simples précautions ; il s'agit d'un véritable encadrement de la latitude procédurale, qui met l'accent sur l'obligation d'agir de manière « professionnelle », comme certains le suggèrent⁶⁹. Mais, les éléments procéduraux jugés constituer des garanties validant la réunion plénière peuvent également être retenus pour la condamner ; certaines précautions, telle l'absence de procès-verbal, permettent aisément de taxer l'organisme d'avoir une préférence suspecte pour le secret procédural. Le bilan final demeure de réaliser un « équilibre [...] entre les droits des parties et les pressions institutionnelles qui s'exercent sur la Commission »⁷⁰.

⁶⁶*Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369 à la p. 394, 9 N.R. 115 aux pp. 138-39 (version anglaise), M. le juge de Grandpré, citant M. le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale.

⁶⁷*Ibid.* aux pp. 306-07.

⁶⁸*Ibid.* à la p. 341, M. le juge Gonthier.

⁶⁹Voir M. Falardeau-Ramsay, *supra*, note 33 à la p. 213. Mais sans vouloir se limiter à « réussir l'examen » (ou passer le test), sachant que des membres peuvent en influencer d'autres, *ibid.* à la p. 211.

⁷⁰*Supra*, note 1 à la p. 341, M. le juge Gonthier.

En définitive, la solution est fondée sur la nécessité de préserver « la souplesse nécessaire [des règles de justice naturelle] pour tenir compte à la fois des pressions institutionnelles qui s'exercent sur les tribunaux administratifs modernes et des risques inhérents à cette pratique »⁷¹. Cet objectif pratique paraît incontestable. L'analogie avec les cours de justice, qui a permis d'accorder aux organismes un traitement favorable, fut agréée par les juges Osler, dissident en Cour divisionnaire, Cory (unanimentement pour la Cour d'appel de l'Ontario), et Gonthier (pour la majorité en Cour suprême du Canada). Toutefois, on ne peut conclure proprement à un relâchement des critères de contrôle judiciaire⁷². L'analogie opérée avec le fonctionnement des cours de justice risque néanmoins de rendre problématique l'application de l'arrêt à des organismes dont le caractère ou les traditions « judiciaires » sont moins marquées que celles de commissions de relations du travail ou de tribunaux du travail.

En ce qui concerne la façon avec laquelle impartialité et indépendance d'esprit sont abordées, l'arrêt souffre d'une vision trop étroite de l'indépendance. La Cour suprême doit s'engager plus hardiment, comme elle le démontre dans d'autres domaines, dans un examen plus large de la dynamique interne du fonctionnement des organisations. Un formalisme quelque peu excessif semble avoir conduit à exiger la preuve d'une interférence réelle. L'analyse des apparences effectuée par la majorité laisse l'impression d'un malaise provoqué par l'idée même que des influences répréhensibles soient effectivement exercées au sein d'organismes indépendants jouissant d'une solide réputation ! Ou bien ne s'agit-il que de l'effet de la présomption de bonne foi ? Cette ambiguïté devra être clarifiée afin de dissiper les vieux démons de la méfiance obsessionnelle envers les organismes administratifs. Quant à une contribution normative sur la notion de décision, soulignons encore le caractère formaliste des critères retenus pour qualifier la participation, notamment l'absence de vote et la nature des discussions litigieuses, par opposition à une saisie plus globale de l'environnement sociologique et institutionnel au sein de l'organisme⁷³.

L'avenir de l'arrêt *Consolidated-Bathurst* est celui d'un dossier prometteur à suivre. Les organismes autonomes doivent être encouragés à formuler, puis à réviser leurs politiques générales, mais doivent-ils le faire indépendamment des audiences portant sur des décisions individuelles, ou lors de celles-ci, et le cas

⁷¹*Ibid.* à la p. 340, M. le juge Gonthier.

⁷²Ainsi que le fait M. Falardeau-Ramsay, *supra*, note 33 à la p. 210.

⁷³De même, les critères formels utilisés par le juge Cory en Cour d'appel pour opposer *advice* et *participation* sont insuffisants. Ces questions appellent un approfondissement dans des arrêts à venir. Nous attendons avec intérêt la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Noémie Tremblay c. Commission des affaires sociales* pour laquelle la Cour suprême du Canada a accordé la permission d'en appeler le 14 juin dernier. Voir *Tremblay c. Commission des affaires sociales*, [1985] C.S. 490 ; [1989] R.J.Q. 2053 (C.A.) ; permission d'appeler accordée par la Cour suprême du Canada, le 14 juin 1990. Généralement, voir S. Comtois, « L'affaire Noémie Tremblay et le droit à une décision prise par un tribunal indépendant d'esprit » (1990) 3 C.J.A.L.P. 223.

échéant, selon quel type de procédure ? Ces questions devront être réglées. L'arrêt souligne l'existence de conflits entre l'interdiction de lier sa discrétion à l'avance et la recherche d'une plus grande uniformité de décision, et touche au pouvoir des membres de se lier par des décisions, ainsi qu'à la portée des décisions d'un banc à l'égard des autres. Ces autres questions indiquent l'urgence d'examiner des procédures d'élaboration de règles opposables, et non plus seulement de politiques générales, et de revoir le principe de l'interdiction de lier à l'avance sa discrétion.

Des réponses en ce sens ont été avancées récemment, en Ontario du moins, dans le rapport *Directions-Review of Ontario's Regulatory Agencies* (Macaulay Report)⁷⁴. Une réforme législative paraît inévitable. Préparer un guide pour les parties sur le déroulement de réunions plénières copiées sur le modèle de la CRTO, notamment en en réservant l'initiative aux bancs et non pas au président⁷⁵, serait utile dans l'intérim. Quand, comme en l'espèce en vertu de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, aucune disposition législative ne permet à un membre d'imposer son avis à un autre, l'organisme est conduit à rechercher un haut degré d'uniformité décisionnelle par le biais de ses pratiques. L'attribution d'un pouvoir exprès en ce sens serait préférable quand bien même la consécration législative de la maîtrise procédurale permet, sous réserve de respecter les règles de justice naturelle, de sanctionner une pratique très ancienne.

L'application de l'arrêt *Consolidated-Bathurst* à un large éventail d'organismes demeure problématique en raison de la situation particulière de la CRTO, notamment de sa composition tripartite (comme garantie relative de la transparence de sa procédure), de l'ancienneté de la pratique litigieuse et de l'expertise accumulée de l'organisme dans un domaine spécialisé. Il suffirait que la situation d'un autre organisme différât de celle de la CRTO pour en déduire que l'acte de foi professé en l'espèce par la majorité ne peut être étendu à cet autre organisme, précisément pour ne pas prendre de « risques ». Une même réaction vaudrait si des contraintes institutionnelles étaient différentes.

Mais, accueillons avec enthousiasme l'application de la technique du bilan en droit administratif traditionnel, malgré les hésitations relevées dans la position majoritaire. Les liens notés avec l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le critère de proportionnalité sont prometteurs. Ils démontrent la constitutionnalisation croissante du droit administratif canadien. Comme pour toute technique nouvelle, nous attendons avec un grand intérêt la mise au point de la méthode du bilan.

⁷⁴Province of Ontario, Management Board of Cabinet (Toronto : Queen's Printer, 1989).

⁷⁵Falardeau-Ramsay, *supra*, note 33 à la p. 212.

Finalement, en ce qui concerne le choix du juge Gonthier d'aborder la validité des consultations internes dans la double optique des règles d'impartialité et du droit d'être entendu, il eût été préférable, *après que la majorité ait conclu que l'apparence de risque d'influence ne suffisait pas à déclencher l'intervention judiciaire*, qu'elle rattache le principe « He who decides must hear » (qui entraîne que les décideurs fussent à l'abri de pressions indues susceptibles de les faire changer d'avis) à la règle *audi alteram partem* plutôt qu'à la règle d'impartialité. Et ce pour deux raisons. Premièrement, un tel rattachement eut renforcé le renversement d'attitude à l'égard de « l'infériorité » des organismes administratifs que nous percevons dans l'arrêt. Deuxièmement, dans le même sens, les professeurs de droit, pour ne nommer qu'eux, devront expliquer à leurs étudiants que, malgré les enseignements passés, les apparences objectives ne suffisent plus à établir une crainte raisonnable de partialité lorsque la confiance du juge en l'organisme l'emporte — ce qui est par ailleurs conforme, selon nous, à la théorie de la retenue judiciaire éclairée par l'arrêt *Paccar*. Le départ de la course aux premières places parmi les organismes inéritoires a peut-être été donné par la Cour suprême, sans le savoir, pour le plus grand bénéfice de tous. Quoiqu'il en soit, du double fondement des motifs majoritaires résulte, selon la formule lapidaire d'Yves de Montigny, un « flottement » conceptuel qui « est en quelque sorte accentué par la limpidité de l'argumentation proposée par les juges Sopinka et Lanier »⁷⁶, et qui mérite une clarification.

Concluons ce commentaire d'arrêt déjà trop long, par un rappel tiré des motifs de madame la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Knight* :⁷⁷

Inhérente à [la] flexibilité [de l'équité procédurale] se trouve, évidemment, la difficulté que présentent des conceptions différentes de l'équité parmi ceux qui sont appelés à décider si l'obligation d'agir équitablement a été remplie. Il faut en conséquence atténuer les assertions que l'équité est une notion purement subjective⁷⁸.

⁷⁶Y. de Montigny, « L'institutionnalisation du processus décisionnel et les règles de justice naturelle », chronique « Cour suprême », *Le Journal Barreau*, (1er mai 1990) 15.

⁷⁷*Supra*, note 13.

⁷⁸*Ibid.* à la p.32, Mme la juge L'Heureux-Dubé.