

Université de Montréal

LES RÈGLES ADMINISTRATIVES ET LE DROIT PUBLIC : AUX
CONFINES DE LA RÉGULATION JURIDIQUE

par

France Houle

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de

Docteur en droit (LL.D.)

Octobre 1999

©France Houle, 1999



AZBD
US4t
2000
v. 005

Université de Montréal

LES RÈGLES ADMINISTRATIVES ET LE DROIT PUBLIC FAUX
CONTRÔLE DE LA RÉGULATION JURIDIQUE

1

par

Francis Houle

École de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de

Docteur en droit (LL.M.)



04 MAR 2000

École de droit

Identification du jury

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

**LES RÈGLES ADMINISTRATIVES ET LE DROIT PUBLIC : AUX
CONFINS DE LA RÉGULATION JURIDIQUE**

Présentée par :

France Houle

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Jacques Frémont	Président
Andrée Lajoie	Directrice de recherche
Daniel Mockle	Codirecteur de recherche
Roderick MacDonald	Membre du jury
Pierre Issalys	Examineur externe
Gilles Trudeau	Représentant du doyen

Thèse acceptée le : 28 avril 2000

À Leonard, Camille et Joshua

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier ma directrice de recherche, madame Andrée Lajoie et mon codirecteur, monsieur Daniel Mockle, pour leurs commentaires judicieux lors de la conception du cadre théorique et de l'analyse du droit positif. Ensemble, ils m'ont apporté une aide inestimable afin de mieux saisir la complexité et les nuances inhérentes à l'analyse de phénomènes normatifs en droit administratif.

Cette thèse a été rendue possible grâce au soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, du Fonds des chercheurs pour l'aide à la recherche, de la Faculté des études supérieures et de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, sans oublier celui de mon conjoint, Leonard Eichel.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

A.C.	Law Reports. Appeal cases
Adm. pub. Can.	Administration publique du Canada
Admin. L.R.	Administrative Law Reports
A.J.D.A.	Actualité juridique. Droit administratif
All E.R.	All England Reports
Alta. L. Rev.	Alberta Law Review
C. de D.	Cahiers de droit
C.F.	Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada
C.J.A.L.P.	Canadian Journal of Administrative Law & Practice
CISR	Commission de l'immigration et du statut de réfugié
Comp. & Int'l L.J. Southern Afr.	Comparative & International Law Journal of Southern Africa
C.P.	Recueil de jurisprudence du Québec. Cour provinciale
CRSH	Conseil de recherches en sciences humaines
CRTC	Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes
C.S.	Recueil de jurisprudence du Québec. Cour supérieure
Cur. Leg. Problems	Current Legal Problems
D.L.R.	Dominion Law Reports
D.T.E.	Droit du travail express
F.T.R.	Federal Trial Reports
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
Imm. L.R.	Immigration Law Reporter
Int. J. Ref. Law	International Journal of Refugee Law

J. Leg. Pluralism	Journal of Legal Pluralism
K.B.	Law Reports. King's Bench Division
J. L.& Soc. Pol'y	Journal of Law and Social policy
L.C.	Lois du Canada
L.S.U.C.S.L.	Law Society of Upper Canada Special Lectures
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.Q.	Lois du Québec
L.R.C.	Lois refondues du Canada
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
N.R.	National Reporter
O.R.	Ontario Reports
O.H. L.J.	Osgoode Hall Law Journal
P.L.	Public Law
Q.A.C.	Quebec Appeal Cases
Q.B.	Law Reports. Queen's Bench Division
Q.L.J.	Queen's Law Journal
P.U.F.	Presses de l'Université de France
P.U.L.	Presses de l'Université Laval
P.U.M.	Presses de l'Université de Montréal
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.C.D.S.	Revue canadienne droit et société
R.D.F.A.	Revue de droit fiscal et administratif
R.D.F.Q.	Revue de droit fiscal québécois
R.D.J.	Revue de droit judiciaire
R.D.P.	Revue du droit public
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
R. de D. McGill	Revue de droit McGill

R. du B.	Revue du Barreau
R. du B. can.	Revue du Barreau canadien
Rec. C.E.	Recueil du Conseil d'État
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.I.S.A.	Revue internationale des sciences administratives
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
R.J.T.	Revue juridique Thémis
R.R.A.	Recueil en responsabilité et assurances
R.R.J.	Revue de la recherche juridique, droit prospectif
R.T.D.C.	Revue trimestrielle de droit civil
SSR	Section du statut de réfugié
U.T.L.J.	University of Toronto Law Journal
W.L.R.	Weekly Law Reports
W.W.R.	Western Weekly Reports

R É S U M É

Le phénomène des règles administratives (les directives, les politiques, les guides, les manuels) intéresse de plus en plus les tribunaux et les cours de justice. Il n'y a pas si longtemps, ces règles étaient toutes traitées comme des mesures d'ordre intérieur. En admettant qu'un nombre important d'entre elles ont des effets externes, la protection des droits et des intérêts des administrés devient un enjeu majeur en droit public. La question centrale de cette thèse est la suivante : est-ce que les règles administratives qui ont des effets de droit sur les administrés constituent un ensemble de règles juridiques valides dans l'ordre juridique étatique? C'est pour répondre à cette question que les notions de juridicité et de validité forment les deux pôles analytiques de cette thèse. Aux fins de la démonstration, je prends le contre-pied des perspectives normativistes de Hart et de Kelsen, d'où dérivent la conceptualisation prépondérante de la juridicité en droit positif, et je m'appuie sur la théorie institutionnelle de MacCormick et de Weinberger pour évaluer la validité de ces règles.

Après avoir identifié les fondements théoriques des conditions de juridicité posées en droit positif, je vérifie si ces conditions établissent un raisonnement théorique suffisant pour maintenir la grande majorité des règles administratives hors du domaine réglementaire et, par conséquent, du droit. Les analyses effectuées ici conduisent à considérer qu'aucun des critères posés par le droit positif ne peut, séparément ou ensemble, servir à établir une distinction opératoire entre le réglementaire/juridique et le non-réglementaire/non-juridique et, en conséquence, les règles administratives peuvent être considérées comme une catégorie d'actes réglementaires. J'ai conclu que la théorie normativiste ne pose pas d'empêchement à la reconnaissance du caractère juridique des règles administratives. Il est donc inexact d'invoquer cette théorie pour justifier le confinement des règles administratives dans la zone grise du para-droit, c'est-à-dire dans un espace où l'existence d'une forme de normativité est reconnue, mais non son caractère juridique.

S'agissant de la validité des règles administratives, mes analyses ne portent pas sur l'existence d'un rattachement formel de la règle à l'ordre juridique, car ce point est admis par la majorité des juristes de droit administratif : les règles administratives sont issues du pouvoir discrétionnaire lequel est attribué aux administrateurs par les lois constitutives ou d'application des organismes administratifs. Ainsi, la

question centrale est plutôt de comprendre comment s'effectue cette union entre la règle administrative et le pouvoir accordé à ces organismes. Pour répondre à cette question, la théorie normativiste (Hart et Kelsen) est un cadre conceptuel limité et ne permet pas de résoudre le problème de l'interprétation de la portée des compétences en droit public contemporain. En effet, les interactions entre les attributions poreuses de pouvoirs, leur exécution par l'Administration et la régulation de la société civile sont des questions trop complexes pour faire l'objet d'une interprétation postulant la fermeture complète du système juridique.

Sur le plan théorique, j'ai choisi d'étudier la validité d'un échantillon de règles administratives, répertoriées dans divers organismes fédéraux, en poursuivant les travaux de certains juristes de droit administratif qui invoquent la théorie institutionnelle pour expliquer le phénomène des règles administratives. En adoptant la perspective institutionnelle de MacCormick et de Weinberger, j'ai conclu que la majorité des règles de cet échantillon est valide du point de vue du droit administratif. Ces règles servent à résoudre des problèmes administratifs, politiques, économiques sociaux et juridiques et elles sont intégrées de manière compatible avec une interprétation fonctionnelle des compétences attribuées aux organismes. Toutefois, une minorité de règles administratives est invalide du point de vue du droit administratif. Il s'agit de deux règles qui introduisent des processus décisionnels expérimentaux qui s'appliquent de manière parallèle à ceux déjà institués par le législateur. Ce n'est que lorsque les administrateurs sont satisfaits de l'efficacité de ces processus décisionnels expérimentaux qu'ils demandent au législateur de modifier la loi afin d'en valider l'usage. Ce type de règles administratives est intéressant du point de vue théorique puisqu'il permet de mieux comprendre les limites de la théorie institutionnelle lorsqu'il s'agit d'expliquer les transformations structurelles du droit.

En somme, le maintien des règles administratives hors du droit ne favorise pas une construction cohérente de l'État de droit. Pour donner effet à cette notion, qui fait désormais partie du droit public canadien depuis l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, il est impératif que les règles administratives soient reconnues comme des règles de droit.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
I. LES CRITÈRES DE LA JURIDICITÉ	17
1. La prépondérance de la théorie normativiste	25
1.1 <i>La théorie de Kelsen</i>	27
1.2 <i>La théorie de Hart</i>	33
2. L'assimilation au pouvoir réglementaire	37
2.1 <i>Le critère formel</i>	40
2.1.1 L'action positive du gouvernement	42
2.1.1.1 Le «gouvernement» du point de vue organique	43
2.1.1.2 L'utilité du critère	46
2.1.2 L'identification des textes réglementaires	53
2.1.2.1 L'émission par le gouverneur en conseil	55
2.1.2.2 L'autorisation législative expresse	62
2.2 <i>Les critères matériels</i>	75
2.2.1. La dichotomie acte novateur/interprétatif	78
2.2.1.1 La diversité des fonctions normatives des règles de droit	79
a) La finalité de la règle	79
i) Le nombre indéterminé de personnes	80
ii) L'indétermination des personnes	82
b) L'objet de la règle	84
i) La catégorie des «droits»	85
ii) La catégorie des «responsabilités»	86
2.2.1.2 La force créatrice de l'interprétation	89

2.2.2	La dichotomie acte impératif/indicatif	95
2.2.2.1	La forme du langage	96
2.2.2.2	Les sanctions administratives	99
a)	Les contraintes dans le contexte d'actes bilatéraux	100
i)	Les mesures dissuasives	103
ii)	Les mesures incitatives	106
b)	Les contraintes dans le contexte d'actes unilatéraux	107
2.2.2.3	La sanction judiciaire	109
a)	Les critères de la sanctionnabilité des règles impératives	110
b)	Le traitement des règles indicatives dans le contentieux administratif	112
	Conclusion	119
3.	La théorie du pouvoir discrétionnaire	123
3.1	<i>L'évolution de la théorie</i>	126
3.1.1	Le pouvoir extérieur au droit	127
3.1.2	L'intégration au droit	130
3.2	<i>L'objet du pouvoir discrétionnaire</i>	134
3.2.1	La libre détermination des motifs	135
3.2.2	La création des paramètres normatifs	138
	Conclusion	143
	CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	146
II.	L'ÉVALUATION DE LA VALIDITÉ	152
1.	La théorie institutionnelle comme grille alternative	157
1.1	<i>L'institution concrète</i>	159
1.2	<i>L'institution abstraite</i>	165

INTRODUCTION GÉNÉRALE

En élargissant ses champs d'action par le moyen du droit, l'État contemporain a diversifié ses instruments de régulation. En plus de la loi, d'autres mécanismes d'élaboration du droit ont été développés afin de répondre aux difficultés liées à la régulation¹ de secteurs d'activité dont la complexité ne cesse d'augmenter². Le modèle dominant de l'État démocratique où le législateur est le seul qui détient le pouvoir de réguler la société civile reflète une partie de la réalité du droit contemporain³. Par le règlement, le contrat et la décision individuelle, l'Administration assume une charge importante des nouvelles responsabilités étatiques, mais ces instruments ne sont pas les seuls moyens d'action qu'elle utilise⁴. Elle recourt

¹Le concept de «régulation» est utilisée dans le sens suivant : «celui d'une œuvre de stabilisation et pérennisation, passant par la réalisation de régularités mais aussi d'amendements, à laquelle concourent divers procédés.» Antoine JEAMMAUD, «Introduction à la sémantique de la régulation juridique», dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. «Droit et Société», Paris, L.G.D.J., 1998, p. 47 à la p. 55. Ces divers procédés incluent la réglementation, mais cette dernière n'est qu'une espèce de régulation.

²Pour certains, le déclin de la loi comme source de droit au profit des sources réglementaires, jurisprudentielles et contractuelles est un signe du «renouveau scientifique du droit face à l'évolution du donné social» : René SAVATIER, «Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif» dans *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. 1, Paris, Éditions Sirey, 1963, p. 293; pour d'autres, le droit contemporain privilégie «les préoccupations d'intérêt collectif et de progrès social et réduit le droit à n'être qu'un simple vecteur d'ingénierie sociale ou économique : si cette évolution devait se confirmer, elle [...] ouvrirait alors indiscutablement une perspective d'un effacement progressif du droit» : Bruno OPPETIT, «L'hypothèse du déclin du droit», (1986) 4 *Droits* 9, 20; voir aussi Georges RIPERT, *Le Déclin du Droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 37 et suiv.

³En droit canadien, où subsiste le régime de la monarchie constitutionnelle, le gouvernement possède un pouvoir législatif autonome qui découle de la prérogative royale : Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1997, p. 714.

⁴Sur de nouvelles formes de régulation, voir entre autres Terence DAINITH, «Regulation by Contract : the New Prerogative», (1979) 32 *Cur. Leg. Problems* 41; France HOULE et Daniel

aussi, en outre, aux directives, aux manuels, aux guides, aux codes de pratique ou encore aux politiques. C'est ce dernier ensemble qui constitue l'objet de cette étude, regroupé par les uns sous le vocable «règles administratives»⁵, nommé par les autres «règles de régie interne»⁶, «normes internes»⁷, «guidance administrative ou action administrative informelle»⁸. Pour le désigner, je retiendrai l'expression «règles administratives».

Il fallait en effet faire un choix, d'une part, entre les termes «règle» et «norme» pour désigner l'objet de ma recherche. Pour certains juristes, une «norme» renvoie exclusivement en droit aux actes dont le caractère juridique est clairement reconnu. Selon Cornu, le mot «norme» est «employé parfois, dans une acception générale, comme équivalent de règle de droit», mais il peut aussi désigner une «règle qui marque la direction générale à donner à une conduite»⁹, sans nécessairement référer à la notion d'acte impératif. Quant à «règle», Cornu note que l'usage le plus courant de ce terme est dans l'expression «règle de droit». Il désigne alors toute norme juridiquement obligatoire, quels que soient sa source, son degré de généralité et sa portée.

MOCKLE, «Conciliation des litiges et formes alternatives de régulation en droit administratif fédéral», (1998) 4 *Osgoode Hall L. J.* 703.

⁵Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1997, p. 76.

⁶René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2e éd., tome 1, Québec, P.U.L., 1986, p. 418. P. Garant nomme ces règles d'«actes pararéglementaires» : Patrice GARANT, *Droit administratif*, 4e éd., vol. 1, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1996, p. 395. Le qualificatif «pararéglementaires» provient de la thèse de doctorat de Daniel MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 28.

⁷Daniel MOCKLE, «Ordre normatif interne et organisation», (1992) 33 *C. de D.* 965.

⁸Peter P. MERCER, «Informal Administrative Action in Canada», (1994) *Droit Contemporain* 788, 790 : «The words 'information action' do not refer to actions which do not entail *formal procedure*, such as adjudication, trial and so on, but to measures which do not possess *any legally binding effect upon citizens.*» Gérard TIMSIT, «L'Administration transfigurée : un nouveau modèle d'administration?», (1993) 4 *R.I.S.A.* 624, 632 et suiv.

⁹Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 3e éd., Paris, P.U.F., 1992, p. 542.

Pour ce qui est de sa portée, Cornu explique que le mot «règle» peut désigner une règle absolue, rigide ou souple¹⁰. Dans la littérature juridique canadienne, il existe ce même flottement entourant l'usage des termes «règle» ou «norme» pour nommer les directives, les guides et les politiques¹¹. Il est souvent difficile de cerner avec précision si les spécialistes du droit administratif utilisent l'un ou l'autre pour exprimer l'inclusion ou l'exclusion de la dimension juridique de ces objets.

Contrairement au mot «règle», le terme «norme» peut désigner des prescriptions ayant une portée générale ou particulière¹². Dans l'ordre positif, il existe au moins trois types de normes —la règle, la décision individuelle et le contrat— mais seuls les actes qui sont un produit de l'action formelle et unilatérale de l'Administration et dont la portée est générale et impersonnelle sont analysés dans cette étude¹³. Pour cette raison particulière, le mot «règle» est retenu en dernière analyse pour nommer l'objet de ma recherche. Même si «règle» est employé, ce choix ne signifie pas que les expressions «norme»,

¹⁰*Id.*, p. 694.

¹¹À titre d'exemple, voir les contributions de Michel FILION, «Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives : les directives», (1979) 20 *C. de D.* 855; Suzanne COMTOIS, «Les directives : un compromis entre le droit traditionnel et le règne de la discrétion», dans ASSOCIATION CANADIENNE DE DROIT COMPARÉ ET ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE DROIT COMPARÉ, *Droit contemporain (1994)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1995, p. 804; Henry L. MOLOT, «The Self-Created Rule of Policy and Other Ways of Exercising Administrative Discretion», (1972) 18 *R. de D. McGill* 310.

¹²Voir G. CORNU, *op. cit.*, note 9, p. 542 qui note qu'en théorie du droit et notamment celle de Kelsen, le mot norme désigne toutes les normes qu'elles soient supérieures ou inférieures. Dans la catégorie des normes inférieures, Kelsen utilise le terme «norme» pour identifier les règles de portée générale, mais aussi les situations juridiques particulières, telles l'obligation née d'un contrat.

¹³Bien que dans certains cas la décision individuelle et le contrat puissent générer des règles, ces normes sont exclues du champ de cette recherche parce qu'elles impliquent des problématiques spécifiques d'intégration au droit public. Cet accent mis sur les règles ne signifie pas pour autant que l'analyse ne comporte aucune référence aux décisions ou aux contrats. Ces autres outils sont utiles pour comprendre plus complètement l'intégration dans l'ordre juridique d'une règle issue d'un organisme administratif.

«normatif» ou «normativité» sont exclues de cette étude. Lorsqu'elles sont utilisées, c'est pour marquer l'existence d'une prescription relative à la conduite d'une personne, sans préjuger de sa juridicité.

D'autre part, le terme «administratif» est couramment utilisé dans un contexte décisionnel pour distinguer la décision administrative de la décision judiciaire. C'est non seulement pour différencier le rattachement organique des règles que ce qualificatif est retenu, mais aussi pour marquer leur caractère endogène. Ces règles sont émises par des organismes administratifs selon un processus de production interne et elles sont approuvées par ces autorités publiques. Le processus de production est interne puisque l'organisme ne recourt pas à la procédure édictée par les lois relatives à l'élaboration des règlements¹⁴.

L'utilisation des règles administratives en tant que technique normative n'est pas nouvelle. Dès le début du siècle, elle était connue et elle a fait l'objet d'analyses par des juristes, notamment par des juristes français qui ont contribué de façon significative à la connaissance du phénomène¹⁵. Contrairement à la montée du règlement qui a été associée à une résurgence menaçante du pouvoir exécutif, les règles administratives ne font pas l'objet d'une dénonciation similaire par la communauté juridique. Timsit y voit «l'une des clefs de l'Administration endogène»¹⁶; Pépin et Ouellette les perçoivent comme des instruments utiles et incontournables : elles sont «absolument nécessaires au bon fonctionnement de l'administration moderne... [elles] sont à la fois la sécurité et le moteur de l'action

¹⁴Dans l'ordre juridique fédéral, voir la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), c. S-22. Dans l'ordre juridique québécois, voir la *Loi sur les règlements*, L.R.Q., c. R-18.1.

¹⁵Pour des références bibliographiques sur des analyses effectuées depuis le début du XXe siècle, voir la bibliographie dans D. MOCKLE, *op. cit.*, note 6, p. 591-614.

¹⁶G. TIMSIT, *loc. cit.*, note 8, 635 et 641 : «L'administration endogène n'est pas celle d'un État qui déréglemente et se retire, mais celle d'un État qui conduit son action publique selon d'autres principes et favorise le dialogue de la société avec elle-même.»

administrative»¹⁷. En vérité, l'Administration se sert si fréquemment de ce type d'instruments qu'il ne s'agit plus de montrer l'ampleur du phénomène. Dans une vaste étude sur les administrations publiques modernes (Europe, Japon, États-Unis, Australie, Canada), Timsit a constaté que ce phénomène n'est pas localisé en Europe, mais qu'il s'étend sur la plupart des continents¹⁸.

L'Administration recourt aux règles administratives à des fins diverses que les auteurs de droit administratif ont tenté de cerner. Elles ont d'abord été regroupées sous la catégorie de «règles de gestion interne»¹⁹, puis certaines d'entre elles ont, par la suite, été classées sous celle des «directives». À l'origine le terme «directives» semblait plutôt destiné à désigner les critères d'admissibilité élaborés pour la mise en œuvre de programmes de subvention gouvernementale²⁰. Toutefois, la portée de cette expression est plus étendue en droit canadien. En général, elle est utilisée pour désigner tout genre de règles par lesquelles l'Administration «auto-limite son pouvoir discrétionnaire»²¹.

Ces classifications reflètent une conception spécifique de la règle de droit qui a pour effet de reléguer les règles administratives dans la zone grise du para-droit, ce qui est particulièrement déroutant dans le cas des «directives» puisqu'il est admis qu'elles ont des effets de droit sur les

¹⁷Gilles PÉPIN et Yves OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2e éd., Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 1982, p. 97.

¹⁸G. TIMSIT, *loc. cit.*, note 8, 632 et suiv.

¹⁹R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, tome 1, note 6, p. 418.

²⁰Au Royaume-Uni, la décision de principe est *British Oxygen Co. Ltd. c. Minister of Technology*, [1971] A.C. 610; en France, il s'agit de *Crédit foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et dame Ader*, [1970] R.C.E. 750.

²¹À la suite de l'ouverture créée en ce sens par la Cour suprême dans l'arrêt *Capital Cities Communications Inc. c. CRTC*, [1978] 2 R.C.S. 141, 171.

administrés²². Ces règles imprègnent de plus en plus les relations entre l'Administration et les administrés et leur visibilité est nettement accrue dans le processus décisionnel²³. Néanmoins, bien que l'Administration soit en mesure d'imposer ses règles administratives aux administrés, la réciproque n'est pas vraie. Les règles administratives ne sont pas opposables de plein droit à l'Administration à la manière d'un véritable règlement. Ainsi, les administrés ne peuvent pas contester une décision administrative dont le fondement repose sur l'application d'une règle administrative en invoquant l'erreur de droit²⁴ (quelle que soit la norme de contrôle applicable —entre le déraisonnable et le manifestement déraisonnable²⁵). Lorsque le juge accepte le recours en révision judiciaire et annule une telle décision, c'est qu'il estime qu'elle a été rendue en violation des principes de justice naturelle ou d'équité procédurale²⁶.

C'est ce constat qui mène la plupart des spécialistes du droit administratif à affirmer que les règles administratives n'ont pas le même statut qu'une «vraie» règle de droit²⁷. Par exemple, les professeurs Issalys et Lemieux expliquent que la différence entre ces règles et les normes

²²*Id.*, 170-171.

²³Par exemple, on rapporte, à chaque année, de plus en plus de jugements sous la rubrique «droit administratif —directives» dans l'Annuaire de jurisprudence du Québec.

²⁴*Narvaez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 28 Imm. L.R. (2d) 170, 175; *Fouchong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 26 Imm. L.R. (2d) 200, 202-203.

²⁵*Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, 599 (jugement unanime rendu par le j. Iacobucci).

²⁶*British Oxygen Ltd.*, précité, note 20, 625.

²⁷Sans en faire une nomenclature exhaustive, voir : P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 5, p. 44; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 6, p. 425; P. GARANT, *op. cit.*, note 6, p. 395; P. MERCER, *loc. cit.*, note 8, 790; M. FILION, *loc. cit.*, note 11, p. 867; Hudson N. JANISCH, «The Choice of Decisionmaking Method : Adjudication, Policies and Rulemaking», (1992) *L.S.U.C.S.L.* 259, 265.

«proprement juridiques» se situe au niveau de leur force normative²⁸. Ils ajoutent, qu'à l'exclusion des «directives quasi-réglementaires», les règles auto-limitant le pouvoir discrétionnaire des administrateurs n'ont généralement pas un effet normatif suffisant —elles ne modifient pas l'ordre juridique. En conséquence, elles ne constituent pas des actes juridiques²⁹. Par ailleurs, leur rattachement à l'ordre juridique est admis dans la jurisprudence³⁰. De plus, la plupart des spécialistes de droit administratif qui ont étudié ce phénomène affirme clairement que les règles administratives sont issues du pouvoir discrétionnaire³¹. Issalys et Lemieux précisent que le pouvoir discrétionnaire est expressément octroyé par la loi aux organismes administratifs³². En somme, l'exigence de l'habilitation expresse et explicite à la manière du pouvoir réglementaire n'est pas nécessaire pour assurer un fondement aux règles administratives, la compatibilité avec l'ordre juridique étant jugée suffisante³³. Une telle solution —où la validité formelle des règles administratives qui affectent les administrés est reconnue, mais non leur juridicité— est contestable car l'Administration en retire un net avantage. En effet, il en résulte une édification d'une sphère d'autonomie où l'Administration est assujettie à peu de contrôle. Seul le juge peut, à toute fin utile et de façon très limitée, freiner l'action des administrateurs.

²⁸P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 5, p. 44.

²⁹*Id.*, pages 118 et 129.

³⁰*Capital Cities Communications Inc.*, précité, note 21, 170; *Ainsley Financial Corp. c. Ontario (Securities Commission)*, (1994) 21 O.R. (3e éd.) 104, 111 (C.A.) conf. (1993) 14 O.R. (3e éd.) 280, 289.

³¹Voir les articles de revue cités à la note infrapaginale n° 11; Hudson N. JANISCH, «Further Developments with Respect to Rulemaking by Administrative Agencies», (1995-1996) 9 *C.J.A.L.P.* 1; William J. ATKINSON, «La discrétion administrative et la mise en œuvre d'une politique», (1978) 19 *C. de D.* 187;

³²P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 5, p. 60.

³³*Id.*, p. 45; H. N. JANISCH, *loc. cit.*, note 31, 12.

Chaque fois que sont rassemblées les conditions de fait donnant ouverture à l'application d'une de ces règles et que l'Administration en tient compte pour rendre des décisions individuelles à l'égard des administrés, l'effet de droit existe «suffisamment»³⁴. Il est dès lors crucial de s'interroger sur le caractère juridique de cette règle. Après avoir identifié les conditions de juridicité retenues en droit positif, il s'agit d'y jeter un regard critique afin d'évaluer si cette différenciation entre acte juridique et acte non-juridique est satisfaisante sur le plan conceptuel. À cette fin, il faut clarifier si ces conditions de juridicité sont attribuables à l'application de la théorie dominante qui prévaut pour l'analyse du droit positif —le positivisme—, et plus précisément le normativisme qui «envisage le droit comme un système de normes»³⁵. Dans la première partie, j'ai engagé une réflexion dans ce sens afin d'analyser les liens entre la théorie normativiste et les obstacles posés à la reconnaissance du caractère juridique des règles administratives en droit public.

S'il est exact de prétendre qu'il n'y a pas lieu d'exclure les règles administratives du champ juridique, il importe alors de mieux comprendre leur apport à l'élaboration du droit public. L'expression «droit public» étant utilisée ici pour désigner ce domaine spécifique du droit relatif à l'analyse des relations juridiques entre l'État et les administrés (ou d'autres institutions). En vertu du principe de légalité, l'Administration ne peut pas compromettre les droits des tiers par une règle administrative³⁶. Elle ne peut pas réduire la

³⁴Dans le premier *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 740-741, la Cour suprême a décidé que la distinction entre une disposition impérative et une disposition directive n'avait pas de fondement en droit constitutionnel canadien.

³⁵André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 396.

³⁶*Medic I Ambulance Inc. c. Centre Hospitalier St-Mary*, [1982] C.P. 244, 246; *Nu-Pharm Inc. c. Rochon*, [1997] R.J.Q. 1713, 1720. *Dlugosz c. Québec (Procureur général)*, [1987] R.J.Q. 2312, 2317 (C.A.). L'Administration ne peut pas ajouter par directive une condition de travail obligatoire qui n'est pas incluse dans le décret de convention collective des employés de la fonction publique : *Québec (Procureur général) c. Brunet*, [1994] R.J.Q. 337, 339-340 (C.A.).

portée des droits déjà reconnus aux administrés ou augmenter le fardeau de leurs obligations préétablies par l'ordre juridique supérieur par le moyen d'une norme inférieure sous réserve d'une habilitation expresse pour agir en ce sens à la manière des attributions relatives aux règlements³⁷. Mais comment déterminer si l'Administration détient ou non le pouvoir de changer l'état du droit en précisant ou en modifiant les droits et les obligations d'une catégorie d'administrés dans l'univers flou des pouvoirs discrétionnaires?

Depuis l'avènement de l'État providence, les techniques normatives de régulation économique et sociale se sont spécialisées au fil des décennies. Bien souvent, les lois sont devenues de plus en plus générales pour ne fixer que les paramètres normatifs à l'intérieur desquels l'activité sociale ou économique peut s'exercer. Le législateur crée les organismes administratifs et leur délègue des pouvoirs aux formes et aux contenus divers afin de pourvoir aux détails de la mise en œuvre des objectifs qui leur sont assignés. Dans ce contexte, il faut examiner si la variabilité des attributions de pouvoirs discrétionnaires en droit contemporain permet d'évaluer la validité des normes en cherchant une forme de rattachement calquée sur le seul modèle du règlement. Le règlement n'est qu'un type d'acte réglementaire et, bien qu'il requière une attribution expresse et spécifique, l'hypothèse est que ce modèle n'est pas exclusif d'un point de vue descriptif (même si, par ailleurs, la théorie du droit public postule cette exclusivité d'un point de vue normatif).

Dans des ordres juridiques complexes où c'est la texture ouverte des habilitations législatives qui règne, la pertinence du critère de la forme pour évaluer la validité des actes publics décroît au profit du critère de la fonction. En effet, le postulat selon lequel il existe une frontière formelle

Dans cette affaire, le Conseil du Trésor tentait de s'approprier les points bonis accumulés par les fonctionnaires et qui étaient offerts par les compagnies aériennes. Le Conseil du Trésor affirmait que les fonctionnaires s'exposaient à un conflit d'intérêts en acceptant un tel avantage, conflit passible de sanction disciplinaire. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 5, p. 130 et 498-499.

³⁷ Dlugosz, précité, note 36, 2318.

étanche entre les règles valides et invalides est réducteur lorsqu'il s'agit d'évaluer le rattachement entre les divers instruments de régulation issus des organismes administratifs et l'ordre juridique. Dans ce type d'environnement relativement indéterminé, la loi constitutive d'un organisme public est certes un instrument important pour interpréter la portée des pouvoirs des administrateurs, mais il ne peut pas être le seul outil parce que c'est souvent l'indétermination de cette structure législative qui pose problème. Aussi, la représentation formelle des rapports juridiques délimite artificiellement les informations pertinentes dont les agents d'un ordre juridique tiennent compte pour produire du droit. C'est pourquoi il est important de connaître les motifs qui poussent, en premier lieu, les administrateurs à agir. Ces renseignements sont précieux pour comprendre le problème qui a donné lieu à l'action et dégager les diverses fonctions qui sont assignées aux règles administratives.

Pour analyser ce deuxième aspect de la problématique, il est utile de poursuivre la réflexion déjà amorcée dans le cadre de la théorie institutionnelle. Au Canada, Issalys et Lemieux invoquent la théorie institutionnelle pour expliquer l'action administrative³⁸, mais ce sont les juristes français qui ont exploité plus activement cette théorie et qui ont contribué à son développement, notamment dans le but d'élucider le fondement des règles administratives. À partir de la notion de structures, d'ordres, d'organisations modelés par l'action des êtres humains (et non par des normes), la théorie institutionnelle a été employée par les juristes français pour énoncer la thèse selon laquelle ces règles constituent un phénomène normatif «infra-juridique»³⁹. Analysées comme des mesures indispensables au fonctionnement de toute organisation administrative, ils estimaient que ces

³⁸P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 5, p. 12.

³⁹D. MOCKLE, *op. cit.*, note 6, p. 346 décrit l'utilisation de la théorie institutionnelle par les administrativistes aux fins de la justification des règles administratives en tant que phénomène infra-juridique. Au Canada, la thèse de l'ordre intérieur a été appliquée par la Cour suprême dans l'arrêt *Martineau et Butters c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118.

règles n'avaient «d'autre fonction qu'institutionnelle, leur objet étant de pourvoir essentiellement à la bonne marche du service»⁴⁰. Leur fondement découlait des tâches et des responsabilités dont l'Administration se trouvait investie⁴¹.

Le pouvoir implicite de gestion des administrateurs a donc été invoqué pour soutenir ces initiatives normatives mais, plus important encore, ce fondement a été utilisé afin de maintenir les règles administratives hors du droit sans que des distinctions de genre ou de catégories n'aient été proposées, notamment sur le plan des effets de droit de ces règles sur les administrés. Tel est le résultat de la classification qui a été proposée par Dussault et Borgeat. En englobant la totalité du phénomène, ces auteurs affirment que les règles administratives sont des «règles de régie interne». Il s'agit de «règle de conduite de portée interne, édictée par une autorité administrative en vertu d'un pouvoir général de direction, dans le but d'encadrer l'action de ses subordonnés, et dont l'inobservation est passible de sanction administrative et non judiciaire»⁴². Étant particulièrement extensive, cette classification ne favorise pas la différenciation entre les types de règles administratives et, en conséquence, une compréhension plus fine des questions juridiques qu'elles soulèvent lorsqu'elles ont des effets de droit sur une catégorie d'administrés. En adoptant ce type de classification, les juristes prennent pour acquis que les règles administratives sont une forme de normativité sans juridicité. Ne s'agissant pas de règles de droit, proposer un fondement implicite afin d'appuyer ces initiatives normatives ne comporte pas de risque puisqu'elles ne soulèvent aucune difficulté sur le plan de la théorie du droit public.

⁴⁰D. MOCKLE, *op. cit.*, note 6, p. 346.

⁴¹*Id.*, En conséquence, «le problème de leur fondement ne pose plus de difficultés, car 'du fait même qu'il y a service, le chef a le droit d'organiser le service'».

⁴²R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, tome 1, note 6, p. 418.

Cependant, dès qu'il est admis que certaines règles administratives ont des effets externes, c'est-à-dire des effets sur les droits et les obligations des administrés, le pouvoir de gestion ne peut plus être invoqué comme fondement général de ces règles. Il peut expliquer les effets des règles administratives sur les fonctionnaires⁴³, mais non ceux à l'égard des administrés. À titre de fondement alternatif au pouvoir de gestion, Vénézia a proposé le pouvoir discrétionnaire⁴⁴. Cette solution a également été retenue par les juges⁴⁵ et un certain nombre de juristes en droit administratif canadien⁴⁶. Toutefois, en acceptant la dichotomie entre les effets internes et externes des règles administratives, est-il encore possible de recourir à la thèse institutionnelle pour expliquer les fonctions de ces instruments normatifs qui, sans être des règlements, comportent néanmoins certains effets réglementaires? Les juristes français ont répondu par l'affirmative à cette question.

Plus récemment, la théorie institutionnelle a été utilisée par Hecquard-Théron pour expliquer le phénomène de la réglementation, lequel apparaîtrait avec l'institution⁴⁷ en tant que la «manifestation d'une autonomie institutionnelle [...] [II] 'n'existe[rait] pas de règle juridique a-temporelle et non évolutive', la norme devant toujours se rattacher à une institution en tant que 'phénomène situé'»⁴⁸. Afin de vérifier l'étendue de la valeur explicative de cette perspective institutionnelle, deux questions doivent être posées pour

⁴³Patrice GARANT et Pierre ISSALYS, *Loi et règlement, Travaux du Laboratoire de recherche sur la justice administrative (no 10)*, Québec, Université Laval, Faculté de droit, 1981, p. 37.

⁴⁴Jean-Claude VÉNÉZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, L.G.D.J., 1958, p. 105 et suiv.

⁴⁵*Capital Cities Communications Inc.*, précité, note 21, 170.

⁴⁶Voir *supra*, page 7 et les références citées dans les notes infrapaginales n° 31 et 32.

⁴⁷Maryvonne HECQUARD-THÉRON, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 130.

⁴⁸D. MOCKLE, *op. cit.*, note 6, p. 347.

orienter l'examen de la validité des règles administratives. Pourquoi les administrateurs émettent-ils ces règles et comment les intègrent-ils à leur ordre juridique? Cette analyse de l'interaction entre les facteurs d'émergence et d'intégration d'un échantillon de règles administratives constitue le noyau central des développements de la deuxième partie.

S'agissant d'un domaine d'étude complexe où des problèmes très distincts peuvent s'entremêler, il importe de délimiter les paramètres généraux de cette étude. Les règles retenues pour les fins de cette recherche sont celles qui affectent directement ou indirectement les droits et les obligations des administrés. Il peut s'agir, par exemple, d'une règle émise par un supérieur hiérarchique d'un organisme administratif à l'intention de ses subalternes. Ces derniers agissent en tant qu'agent de première ligne et ils utilisent la règle afin de statuer sur les demandes des administrés. Le guide de l'immigration du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration est un exemple de ce type de règles qui vise les fonctionnaires, mais qui comporte indirectement des effets de droit sur les administrés. Une règle peut, par ailleurs, viser plus directement une catégorie d'administrés. Les règles créées par les organismes qui octroient des subventions aux administrés, tels que le CRSH ou le FCAR, font partie de cette catégorie. Ces règles font l'objet de publications sous la forme de guides qui sont remis aux administrés dès qu'ils manifestent l'intention de faire une demande de bourse ou de subvention.

Le critère de l'effet direct ou indirect rend possible l'exclusion de toutes les règles qui n'ont pas d'effet de droit sur les administrés ou un effet qui est si lointain et si incident qu'il est peu intéressant de s'y attarder compte tenu des hypothèses posées dans cette thèse. À titre d'exemple, la *Politique sur la classification et le codage des opérations financières* du Conseil du Trésor⁴⁹ précise la manière dont sont déterminées, rassemblées et déclarées les

⁴⁹CANADA, CONSEIL DU TRÉSOR, *Politique sur la classification et le codage des opérations financières*, Manuel de gestion des programmes et fonction de contrôleur, Ottawa, Conseil du Trésor, 1^{er} octobre 1994, c. 5-1, 8 p. et ann.

opérations financières aux fins de la planification, de l'affectation des ressources, du contrôle de la gestion, de la comptabilité et de l'évaluation des budgets des organismes administratifs fédéraux⁵⁰. Pour désigner ce type de règles, l'expression «règles de régie interne» est plus adéquate puisqu'elle circonscrit plus clairement la fonction, c'est-à-dire la régie —utilisée ici au sens de l'organisation matérielle et financière—, et délimite plus nettement la frontière au niveau des effets.

En proposant une étude sur le rôle des règles administratives dans l'élaboration du droit public, il s'agit de contribuer à la clarification d'un champ du droit administratif qui retient de plus en plus l'attention des cours et des tribunaux. Bien que les études augmentent ostensiblement, il demeure que le phénomène est encore trop peu analysé au Canada. Des développements substantiels d'une monographie⁵¹, quelques articles parus dans des revues juridiques du Québec⁵² ainsi que dans les autres provinces canadiennes⁵³ ont été publiés sur ce sujet. De manière générale, ces études postulent que ces règles ne sont pas des normes proprement juridiques. Essentiellement, un premier bloc de contributions scientifiques porte sur la promotion des idées de l'Américain Davis selon lesquelles le pouvoir discrétionnaire peut faire l'objet d'une structuration par des règles

⁵⁰Au sens de l'art. 2 de *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 et mod.

⁵¹P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 5, voir notamment les chapitres 2 (partie V) et 8.

⁵²M. FILION, *loc. cit.*, note 11; W. J. ATKINSON, *loc. cit.*, note 31; S. COMTOIS, *loc. cit.*, note 11; Jean-Pierre VILLAGGI, «L'application de la directive et le rôle du tribunal administratif», dans *Développements récents en droit administratif*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1989, p. 72.

⁵³Hudson N. JANISCH, *loc. cit.*, notes 27 et 31; voir aussi du même auteur : «Consistency, Rulemaking and Consolidated-Bathurst», (1991) 16 *Q.L.J.* 95; Beth SYMES, «The Choice of Decision-Making Method», (1992) *L.S.U.C.S.L.* 317; J. A. FRASER, «Rule-Making : A Cautionary Comment», (1992) *L.S.U.C.S.L.* 327; John M. EVANS, «Controlling Administrative Discretion : A Role for Rules?», (1991) *Cambridge Lec.* 209. John Mark KEYES, «Power Tools : The Form and Function of Legal Instruments for Government Action», (1996-1997) 10 *C.J.A.L.P.* 133, 146 et suiv.; H. L. MOLOT, *loc. cit.*, note 11.

administratives, ces dernières servant à contrôler l'exercice de la discrétion des organismes administratifs⁵⁴. Dans le deuxième bloc de contributions scientifiques, les auteurs exposent les utilisations de cette technique de régulation par des organismes administratifs particuliers⁵⁵. Finalement, une étude se démarque par son originalité, et ce, sous deux aspects. Il s'agit d'un article publié par le professeur Mockle qui conteste, d'une part, le point de vue dominant relatif au postulat de non-juridicité des règles administratives et qui propose, d'autre part, une analyse transversale du phénomène⁵⁶.

Dans cette thèse, j'ai orienté l'analyse des règles administratives en tenant exclusivement compte du droit canadien. Cette recherche ne consiste pas à faire des rapprochements entre les solutions adoptées par différents ordres juridiques pour traiter la problématique des règles administratives⁵⁷, mais plutôt de faire une analyse théorique sur les conditions de juridicité et de

⁵⁴Kenneth Culp DAVIS, *Discretionary Justice, A Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969, p. 4.

⁵⁵H. Janisch a également écrit sur les activités de régulation d'organismes spécifiques, voir entre autres : *Les rouages de la Commission canadienne des transports* Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1978, 151 p.; «Reregulating the Regulator : Administrative Structure of Securities Commissions and Ministerial Responsibility», (1989) *L.S.U.C.S.L.* 97. Philip ANISMAN, «Regulation Without Authority : The Ontario Securities Commission», (1993-1994) 7 *C.J.A.L.P.* 195; Kerry E.S. BOYD, «Administrative Rule-Making and the Saskatchewan Securities Commission», (1995-1996) 9 *C.J.A.L.P.* 231; Lawson A.W. HUNTER et Susan M. HUTTON, «Is the Price Right? : Comments of the *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* and *Price Discrimination Enforcement Guidelines* of the Bureau of Competition Policy», (1993) 38 *R. de D. McGill* 830; Jean-Luc BILODEAU, «La régulation du marché des valeurs mobilières au moyen de normes à portée générale : les leçons de l'affaire *Ainsley*», (1996) 37 *C. de D.* 409; Jeffrey G. MACINTOSH, «Securities Regulation and the Public Interest : of Politics, Procedures, and Policy Statements», (1994-95) 24 *Rev. can. du droit de commerce* 77 (partie 1) et 287 (partie 2). Pour des études sur les normes applicables en milieu carcéral: voir les articles suivants de Lucie LEMONDE, «L'évolution des normes dans l'institution carcérale», (1995) 10 *R.C.D.S.* 125; «Historique des normes juridiques dans les pénitenciers au Canada», (1995) 28 *Criminologie* 97; «L'impact de l'intervention judiciaire sur l'évolution des normes canadiennes en matière de libération conditionnelle», (1995) 40 *R. de D. McGill* 581.

⁵⁶D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 7.

⁵⁷Pour une étude comparée, voir D. MOCKLE, *op. cit.*, note 6 qui examine le droit positif français, anglo-saxon, allemand et italien.

validité de ces règles en droit public. Sans viser l'exhaustivité, la diversité des règles administratives étudiées contribuera à une meilleure compréhension des moyens utilisés par les organismes publics, et plus spécifiquement l'Administration fédérale, pour créer du droit. Elle mettra en évidence l'importance d'examiner la production normative interne dans le développement scientifique du droit administratif et introduira des dimensions nouvelles dans l'étude des activités de régulation de l'Administration.

I.

LES CRITÈRES DE LA JURIDICITÉ

Les spécialistes œuvrant en droit administratif reconnaissent généralement que les règles administratives sont normatives, en ce sens qu'elles prescrivent une conduite dont la portée est générale et impersonnelle¹. Mais s'agit-il de règles juridiques? Bien que les règles administratives issues de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire comportent des effets de droit en partie similaire aux règlements², leur juridicité n'est pas acceptée par une majorité d'auteurs : l'effet normatif des règles administratives n'est pas suffisant pour engendrer des normes «proprement juridiques» à la différence des «vraies» règle de droit³.

¹Chez les auteurs de droit administratif québécois, voir entre autres : Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1997, p. 44 qui utilisent «"règle" issue de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire»; René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2e éd., tome 1, Québec, P.U.L., 1986, p. 418 qui emploient l'expression «règle de conduite de portée interne»; Daniel MOCKLE, «Ordre normatif interne et organisations», (1992) 33 *C. de D.* 965 qui utilise «norme interne». Chez les auteurs de droit administratif anglo-canadiens, voir entre autres H. Molot qui les nomme «rule of policy» voir : Henry L. MOLOT, «The Self-Created Rule of Policy and Other Ways of Exercising Administrative Discretion», (1972) 18 *R. D. McGill* 310; Hudson N. JANISCH, «The Choice of Decisionmaking Method : Adjudication, Policies and Rulemaking», (1992) *Lectures L.S.U.C.* 259, 265, qui les appelle «non-binding rules».

²*Pharmaceutical Manufacturers Assn. of Canada c. British Columbia (Attorney General)*, (1996) 40 *Admin. L.R. (2d)* 205, 208. Dans cette affaire, un programme imposant des prix de base pour les fins de remboursement du coût des médicaments a été introduit en 1995 par le ministre de la Santé de la province. Les requérants ont déposé une requête en vertu du *Judicial Review Procedure Act* (C.-B.) afin d'attaquer la validité de cette politique. L'intimé a demandé que la requête des requérants soit rejetée au motif qu'ils n'ont pas l'intérêt requis. Subsidiairement, si cet intérêt existe, l'intimé a plaidé que la requête n'était pas raisonnable. Le juge Esson a rejeté la demande de l'intimé.

³P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1; Daniel Mockle est le seul auteur en droit administratif canadien qui prend position afin que la juridicité des règles administratives soit reconnue. Cette thèse est issue de ses travaux de recherche sur les pratiques pararéglementaires françaises et elle est reprise dans son article sur les normes internes en droit canadien : Daniel MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, L.G.D.J., 1984, 623 p.; D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 1.

La référence la plus explicite à la notion de «règle de droit» se trouve dans la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴ aux articles 1 et 52. L'article 52 déclare que «[l]a Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit». Les paramètres de «toute autre règle de droit» examinés par les cours varient en fonction de la violation alléguée au droit ou à la liberté. Dans le cas de l'article 15(2), cette étude peut porter sur des programmes et des activités gouvernementaux⁵. Dans le cadre de la théorie de l'imprécision, développée à partir des «principes de justice fondamentale» de l'article 7, seuls les textes de loi sont visés⁶ peu importe leur forme, tel que le juge en chef Lamer l'a précisé dans *R. c. Morales*⁷. En conséquence, les règles administratives ne sont pas une donnée pertinente dans le cadre de l'application de cette théorie. Sous l'article 52 de la *Charte*, la notion de règle de droit est variable et, lorsque le libellé du droit ou de la liberté le permet, les juges opteront pour une interprétation large.

Par contre, lorsqu'il s'agit d'analyser si la «règle de droit» peut raisonnablement limiter les droits garantis au sens de l'article 1, la Cour suprême privilégie une interprétation stricte de cette expression. L'article 1 prescrit : «La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit». Les juges de la Cour s'entendent généralement pour limiter les règles de droit, susceptibles de restreindre un droit ou une liberté, aux lois et à la «législation

⁴La *Loi constitutionnelle de 1982* a été adoptée comme annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.).

⁵Dans l'affaire *McKinney c. Bureau des gouverneurs de l'Université de Guelph et le procureur général de l'Ontario*, [1990] 3 R.C.S. 229, 386 le juge Wilson cite le juge Dickson dans *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, 459 : «Il se peut fort bien que, si la suprématie de la Constitution énoncée à l'art. 52, doit avoir un sens, tous les actes effectués selon des pouvoirs découlant d'une règle de droit relèvent de l'art. 52».

⁶*R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 642 (j. Gonthier).

⁷[1992] 3 R.C.S. 711, 729.

déléguée». La juge Wilson dans *McKinney* réitéra le principe : «[s]eules les limites aux droits garantis qui ont franchi les rigueurs du processus législatif sont valables»⁸. Dans les affaires *Weatherall*⁹ et *Jackson*¹⁰, la Cour fédérale a refusé d'assimiler des directives administratives à des règles de droit au sens de l'article 1 de la *Charte*. Cependant, le point de vue contraire a été retenu dans *Hunter*¹¹. Le juge Lutfy de la Cour fédérale a fait valoir qu'il «n'y a pas de rupture dans la chaîne des pouvoirs d'origine législative entre la Loi et le Règlement et les restrictions imposées dans la Directive du commissaire n° 085. Ces restrictions sont prescrites par une règle de droit»¹². Finalement, dans l'arrêt *Eldridge* la Cour suprême a supposé, mais sans trancher la question, qu'une décision du gouvernement «de ne pas financer des services d'interprètes médicaux à l'intention des personnes atteintes de surdité constitue une limite prescrite par une "règle de droit"»¹³. Il est incertain que

⁸Voir notamment la juge Wilson dans *McKinney*, précité, note 5, 386; *Sa Majesté La Reine du Chef du Canada c. Comité pour la République du Canada — Committee for the Commonwealth of Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, 164 (juge en chef Lamer); *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, 645 (j. Le Dain) «Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application»; *Slaight communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038 et les commentaires d'arrêts suivants : Danielle PINARD, «Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt *Slaight Communications*», (1991) 1 *Rev. nat. de droit constitutionnel* 79; Serge GAUDET, «La règle de droit au sens de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés : commentaires sur l'affaire *Slaight Communications Inc. c. Davidson*», (1989-1990) 20 *R.D.U.S.* 447.

⁹*Weatherall c. Le Procureur général du Canada*, [1989] 1 C.F. 18, 35 (C.A.).

¹⁰*Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, (1990) 3 C.F. 55, 90-91 (1^{ère} inst.).

¹¹*Hunter c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1997] 3 C.F. 936 (1^{ère} inst.).

¹²*Id.*, 976. Le juge Lutfy est d'avis que cette conclusion est compatible avec les décisions de la Cour d'appel fédérale dans *Gallant c. Canada (Sous commissaire, Service correctionnel Canada)*, [1989] 3 C.F. 329 (C.A.) et *Olson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 168 (conf. par A-189-96) et avec l'opinion incidente exprimée par le juge La Forest dans le jugement *Weatherall*, précité, note 9.

¹³*Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, 685.

cet *obiter* puisse être transposé dans le cadre d'une analyse sur une règle administrative puisqu'elle ne constitue pas une décision gouvernementale, mais une décision administrative. Néanmoins, il faut préciser qu'il n'existe pas de distinction en droit canadien entre les notions d'actes gouvernementaux et d'actes administratifs pour les fins de l'application de la *Charte*¹⁴.

On aurait pu penser qu'avec l'avènement de la *Charte*, la Cour suprême aurait été contrainte de préciser la notion de «règle de droit» contenue aux articles 1 et 52 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁵. Mais tel n'a pas été le cas et il n'existe pas d'autre source en droit positif qui établisse des repères pour identifier les règles de droit. Faute de critères généraux, les juges font appel à la méthode comparative. C'est à partir de la définition de règlement qu'ils évaluent les règles administratives¹⁶. C'est également cette démarche que la Cour suprême a choisie de suivre pour clarifier, non pas la notion de règle de droit ou de règle administrative, mais la catégorie des actes de «nature législative».

Face à «la prolifération des textes émanant des gouvernements contemporains»¹⁷, la Cour s'est vue contrainte, dans des litiges relatifs à la langue des actes législatifs et gouvernementaux —notamment protégés par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*— d'établir des critères pour

¹⁴*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 598 où le juge McIntyre se prononce sur la portée de l'article 32(1) de la Charte : «L'art. 32 désigne non pas le gouvernement au sens général — c'est-à-dire au sens de l'ensemble de l'appareil gouvernemental de l'État — mais plutôt une branche de gouvernement. Le terme "gouvernement", qui suit les termes «Parlement» et "législature", doit alors, semble-t-il, désigner la branche exécutive ou administrative du gouvernement.»

¹⁵Sur l'interprétation de l'expression «règle de droit» des articles 1 et 52 de la *Charte*, voir D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 1, 1043-1047.

¹⁶*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, 34; *Dlugosz c. Québec (Procureur général)*, [1987] R.J.Q. 2312, 2315-2317 (C.A.).

¹⁷*Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212, 223.

identifier les actes assujettis à cette obligation. Bien que la démarche analytique de la Cour tire son origine de l'arrêt *P.G. (Québec) c. Blaikie et autres* (no 2)¹⁸, c'est dans le *Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba* que la Cour énonça trois critères non cumulatifs pour identifier la règle de nature législative : la forme, le fond et l'effet¹⁹. Sur le critère de la forme, la Cour explique qu'il doit exister un rapport suffisant entre la législature et l'acte en question²⁰. Un rapport suffisant est établi «lorsque, en vertu de la loi, l'acte est adopté par le gouvernement ou lorsqu'il est soumis à l'approbation du gouvernement, ou, en bref, lorsque "une action positive du gouvernement est nécessaire pour [lui] insuffler la vie"»²¹. Quant au fond et à l'effet, la Cour a utilisé la définition du règlement proposée dans le rapport sur les instruments statutaires du Comité MacGuigan²² pour dégager les critères suivants : «règle de conduite», «force de loi» et «nombre indéterminé de personnes». La Cour précise qu'une règle de conduite «peut être décrite comme une règle qui fixe des normes de conduite, qui détermine de quelle manière des droits sont

¹⁸[1981] 1 R.C.S. 312. Dans cette affaire, il s'agissait de préciser les types de «règlement, règles, arrêtés ou autres mesures de nature législative» devant faire l'objet d'une traduction pour satisfaire aux exigences de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et en fonction des exigences posées dans *P.G. (Québec) c. Blaikie et autres* (no 1), [1979] 2 R.C.S. 1016.

¹⁹*Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 17. Dans cette affaire, il s'agissait de préciser quels types de décrets devaient faire l'objet d'une traduction en langue française pour répondre aux exigences constitutionnelles stipulées dans l'article 23 de la *Loi de 1870 sur la Manitoba* et en fonction des exigences posées dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. Ces critères ont été repris dans le Projet de loi C-25 qui est mort au feuillet: *Loi sur les règlements*, projet de loi C-25, 2e session, 35e législature, 45 Eliz. II, 1996, art. 2(1).

²⁰*Id.*, 224, la Cour suprême a repris le principe énoncé l'arrêt *Blaikie* (n° 2), précité, note 18, 328-329.

²¹*Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 17, 224; *Blaikie* (n° 2), précité, note 18, 329.

²²Marc MACGUIGAN, *Troisième rapport du Comité spécial sur les instruments statutaires (Comité MacGuigan)*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1977, p. 14.

exercés et des responsabilités sont remplies»²³. Elle ajoute qu'elle doit s'appliquer à «"un nombre indéterminé de personnes", c'est-à-dire qu'elle doit s'appliquer de façon générale plutôt que viser des personnes ou des situations précises»²⁴. Ces quelques points de repères éclairent avec plus de précision le sens que la Cour attribue à l'expression «critère de fond». Manifestement, il ne s'agit pas du contenu de la règle, mais de sa fonction envisagée sous deux angles. D'une part, la Cour attribue une fonction/objet à la règle de droit : elle établit une règle de conduite. D'autre part, la règle de droit se distingue par sa fonction/fin : elle s'applique à un nombre indéterminé de personnes. Finalement, la Cour souligne laconiquement que le critère de l'effet signifie qu'une «règle doit être unilatérale et avoir un effet juridique obligatoire»²⁵.

Ces critères sont utilisés pour distinguer l'acte réglementaire de l'acte non-réglementaire, distinction reprise lors des analyses sur les règles administratives afin de différencier les «directives quasi réglementaires»²⁶ des autres «règles administratives» —les règles indicatives. Dans les deuxième et troisième chapitres, ces critères sont examinés de manière plus approfondie. Par ces analyses, je veux atteindre deux objectifs qui sont interreliés. Le premier est de vérifier si les conditions de juridicité servant à différencier l'acte juridique et l'acte non-juridique possèdent un fondement théorique ou s'il s'agit plutôt d'une distinction liée à des pesanteurs historiques relatives aux notions de règle de droit et de pouvoir discrétionnaire. À cette fin, un premier chapitre est consacré à l'examen de la théorie qui prévaut lorsque les juges et juristes examinent des règles administratives —le normativisme. En effet, bien que deux théories dominent les analyses des actes administratifs — le normativisme et le pouvoir discrétionnaire—, ces théories portent sur des

²³Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba, précité, note 17, 224.

²⁴*Id.*, 225.

²⁵*Id.*

²⁶P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, aux pages 129-130.

objets différents. Le normativisme s'intéresse à plusieurs questions, notamment celles relatives aux conditions de juridicité et de validité des normes dans l'ordre juridique. Dans le cadre de cette théorie, la norme est l'objet central des analyses, contrairement à la théorie du pouvoir discrétionnaire. En effet, le pouvoir discrétionnaire est certes rattaché à l'indétermination des normes, mais il s'agit-là de sa source. L'objet du pouvoir discrétionnaire n'a pas été conçu, d'un point de vue historique, comme conférant le pouvoir de créer des normes. Il a plutôt été envisagé sous l'angle d'un pouvoir attribuant la faculté aux décideurs de tenir compte de certains faits pour rendre une décision. La théorie du pouvoir discrétionnaire ne fournit pas de critère d'analyse de la juridicité des normes puisque ces dernières n'ont pas constitué l'objet de cette théorie.

Le deuxième objectif est de déterminer dans quelle mesure il est exact de prétendre que les règles administratives forment une catégorie distincte d'actes, soit les actes issus d'une autolimitation par l'Administration de son pouvoir discrétionnaire. À cet égard, la théorie qui prévaut implicitement pour maintenir les règles administratives dans une zone floue, à la périphérie du droit, est celle qui découle de l'analyse diceyenne du pouvoir discrétionnaire. Il faut toutefois préciser que la théorie du pouvoir discrétionnaire a évolué depuis l'avènement l'État providence. Les analyses contemporaines proposent un point de vue plus nuancé sur son objet. En effet, il s'agit d'une théorie relative aux actes de l'Administration. Plus précisément, elle s'intéresse à cette faculté attribuée à un acteur de l'ordre juridique de choisir entre plusieurs actes possibles.

1. La prépondérance de la théorie normativiste

Le normativisme est une théorie positiviste du droit²⁷. Sans avoir la prétention de retracer «l'histoire» du positivisme, il est utile d'en énoncer les grands principes pour mieux comprendre la théorie normativiste qui est décrite dans ce chapitre.

En fusionnant les notions d'autorité et de pouvoir, Hobbes formule l'idée que le droit est un ordre positif²⁸. Il explique l'existence d'un ordre juridique sans faire référence à des valeurs objectives extérieures et supérieures qui en sont le fondement, même si par ailleurs certains positivistes estiment que des valeurs et des principes sont immanents à cette structure²⁹. Selon Hobbes, l'ordre juridique est instauré par la volonté d'un être, le Souverain³⁰. La volonté inscrite dans la décision originaire, qui est le fondement de l'ordre, est la seule source à partir de laquelle ce dernier déduit la validité de toute autre norme.

²⁷Sur le positivisme en droit, on peut consulter de multiples ouvrages, mais citons le recueil collectif de textes de Christophe GRZEGORCZYK, Françoise MICHAUT et Michel TROPER, *Le positivisme juridique*, coll. «E. Story-Scientia», Paris, L.G.D.J., 1992 et notamment l'article de Michel TROPER, «Le positivisme comme théorie du droit», p. 273.

²⁸Thomas HOBBS, *Léviathan*, (ed. Michael Oakeshott), New York, Cambridge University Press, 1991, chap. XVII. Pour un résumé de la pensée de Hobbes, voir Albert BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Éditions Pédone, 1978, aux pages 111-116.

²⁹Neil MACCORMICK et Ota WEINBERGER, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, coll. «E. Story-Scientia», Paris, L.G.D.J., 1992, p. 9.

³⁰Hobbes présuppose un désordre originel, l'état de guerre permanente. L'instinct de conservation conduit les humains au pacte par lequel ils renoncent à leurs droits naturels et les transfèrent à la société, ce qui permet l'apparition d'un souverain qui assure la sécurité à ses membres. Selon Lessay, le pouvoir absolu du Souverain chez Hobbes doit se lire comme un discours sur la souveraineté légitime : Franck LESSAY, «Souveraineté absolue, souveraineté légitime», dans Yves Charles ZARKA et Jean BERHARDT, *Thomas Hobbes. Philosophie première. Théorie de la science politique*, coll. «Léviathan», Paris, P.U.F., 1990, p. 275.

Hobbes cherche à montrer la structure fondamentale du droit dans sa totalité. Cette méthode analytique allait être reprise par Kelsen³¹, fondateur de la théorie normativiste³². Par sa théorie, Kelsen cherche à résoudre une antinomie relative au fondement du droit. En effet, Paulson explique que deux théories du droit dominaient au début du XXe siècle : la théorie du droit naturel représentée par les philosophes du droit et la théorie empirico-positiviste représentée par les *jurisprudents*³³. Pour les premiers, le droit est nécessairement sujet à des contraintes morales; chez les seconds, le droit est vu comme faisant partie du monde des faits. Puisque les auteurs qui représentent ces courants estiment que ces deux théories rendent respectivement compte de la totalité du domaine du droit, ils sont d'avis que ces dernières ne peuvent pas être juxtaposées sans créer une antinomie. Contrairement à ces auteurs, Kelsen soutient qu'il existe une troisième voie pour expliquer le droit. Sa théorie «pure» du droit est axée sur la connaissance de son objet, le droit en lui-même, libérée de ces éléments étrangers introduits par les deux autres théories³⁴.

³¹Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, (trad. Charles Eisenmann), 2e éd., Paris, Dalloz, 1962, 496 p. Par la méthode analytique, d'autres théoriciens chercheront plutôt à spécifier et à distinguer les formes du droit en examinant les différences et les relations entre elles. Pour un exemple de cette analyse, voir Herbert L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 263 p.

³²André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 397.

³³Voir l'introduction de Stanley L. Paulson de l'ouvrage de Hans KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. XXV. Toutefois, les sociologues auraient perdu cet intérêt pour la sociologie du droit entre les années '30 et '60 : Guy ROCHER et Robert VANDYCKE, «Présentation : Des sources de la sociologie du droit à quelques questionnements actuels», (1986) 18 *Sociologie et Sociétés* 3, 6.

³⁴«[...] the purity of the theory [...] is to be secured in two directions. It is to be secured against the claims of a so-called "sociological" point of view, which uses the methods of the causal sciences to appropriate the law as a part of nature. And the purity of the theory is to be secured against the claims of the natural law theory, which [...] takes legal theory out of the realm of positive legal norms and into the realm of ethico-political postulates.» Hans KELSEN, «The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence», (1941-42) 55 *Harvard L. Rev.* 44, 44.

Dans la théorie contemporaine du droit, l'exclusion du lien entre la moralité et le droit est acceptée chez les positivistes et la plupart des post-positivistes. Cependant, l'exclusion de la relation entre les faits et le droit porte plus à controverse. Par sa théorie normativiste, Hart s'oppose à cette épuration. Pour les fins de mon analyse du droit positif, il est utile d'expliquer les perspectives théoriques de ces deux auteurs afin de mieux comprendre les fondements normativistes des critères de juridicité qui ont été élaborés par la Cour suprême et qui servent à reléguer les règles administratives dans cette zone obscure du para-droit.

1.1 *La théorie de Kelsen*

Kelsen voulait apporter une réponse au problème de la relation logique entre les normes et la structure du droit. La question qu'il se posait était la suivante : si le droit tient son fondement dans un acte de volonté (comme le soutient Hobbes), peut-on inférer du fait «droit» la validité des normes dans cet ordre puisque les normes n'apparaissent pas comme la représentation de l'être, mais comme la signification du devoir-être³⁵? Traditionnellement, la logique formelle est l'étude de la validité d'un raisonnement : le caractère acceptable ou vrai d'une prémisse garantit celui des conclusions. Le raisonnement doit être tautologique³⁶. La question

³⁵H. KELSEN, *op. cit.*, note 31, p. 8 : «Personne ne peut nier que l'assertion que ceci ou cela "est" — c'est l'assertion qui décrit un fait positif — est essentiellement différente de la proposition que quelque chose "doit être" — c'est l'assertion qui décrit une norme; et personne ne peut nier que, du fait que quelque chose est, il ne peut pas suivre que quelque chose doive être, non plus qu'inversement de ce que quelque chose doive être, il ne peut suivre que quelque chose est.»

³⁶L. Arend SOETEMAN, *Logic in Law*, Dordrecht (The Netherlands), Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 11.

centrale posée dans le cadre d'un raisonnement formel est la suivante : à quelle condition une proposition donnée peut-elle être considérée comme une conclusion inférée de certaines autres propositions, les prémisses? Hume a posé le principe qu'un «ought» ne peut pas être dérivé d'un «is», car les actions, étant ni vraies, ni fausses, ne peuvent pas être des objets de raisonnement³⁷.

À partir du principe de Hume, Kelsen procède à la construction d'un système juridique pur, basé sur la rationalité formelle³⁸. En premier lieu, Kelsen distingue entre la signification d'une norme en tant que règle juridique, signification conférée par d'autres normes (devoir-être), et sa signification spécifique qui vise la conduite d'autrui découlant d'un acte de volonté (être)³⁹. Afin de rompre toute relation entre les normes juridiques et les autres normes sociales, Kelsen explique la notion de norme juridique en recourant à l'idée de jugement hypothétique qui exprime un lien spécifique entre une «condition juridique» et une «conséquence juridique»⁴⁰. La contrainte, attachée à une

³⁷«Now 'tis evident our passions, volitions, and actions are not susceptible of any such agreement or disagreement ... 'Tis impossible, therefore, they can be pronounced either true or false, and be either contrary or comfortable to reason... Whatever, therefore, is not susceptible of this agreement or disagreement, is incapable of being true or false, and can never be an object of our reason.» Citation reproduite de l'ouvrage de Hans KELSEN, *General Theory of Norms*, (trad. Michael Hartney), New York, Clarendon Press, 1991, p. 86 et tirée de *Treatise of Human Nature*, p. 458.

³⁸Ce qu'il importe de comprendre c'est la cohérence logique des règles juridiques dans le système par le contrôle de l'intellect où la généralisation, l'interprétation logique du sens et la systématisation sont mis en relief, voir Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, coll. «Droit et Société», Paris, L.G.D.J., 1995, p. 49.

³⁹H. KELSEN, *op. cit.*, note 31, p. 7: «Il faut distinguer nettement cette "norme" de l'acte de volonté qui la pose: elle est bien la signification spécifique de cet acte qui vise, en intention, la conduite d'autrui; elle est cependant autre chose que cet acte. Et en effet la norme est un "devoir-être (*Sollen*), alors que l'acte de volonté dont elle est la signification est un "être" (*Sein*).»

⁴⁰H. KELSEN, *op. cit.*, note 33, p. 23 : «Just as laws of nature link a certain material fact as cause with another as effect, so positive laws [in their basic form] link legal condition with legal consequence (the consequence of a so-called unlawful act). Just as an effect is traced back to

règle de droit, constitue son trait distinctif par rapport aux autres normes. La «condition juridique» est une norme de type primaire; la «conséquence juridique» est une norme de type secondaire⁴¹. De cette relation d'imputation entre ces deux types de normes, il est possible d'inférer l'existence d'une règle juridique⁴².

Le raisonnement derrière l'idée de la sanction attachée à la règle juridique provient de la césure entre les normes sociales et les normes juridiques. Pour Kelsen, l'existence d'une norme juridique présuppose l'existence de sanctions externes institutionnalisées, alors que la norme sociale se «caractérise surtout par des sanctions externes non institutionnalisées»⁴³. En concevant ainsi la norme juridique, Kelsen s'inscrit dans la tradition des théoriciens positivistes du XIXe siècle. Un certain comportement ne peut être considéré comme «juridiquement commandé» que si une sanction coercitive de l'État y est attachée⁴⁴. Austin fait également référence à la force brute que

its cause, so a legal consequence is traced back to its legal condition. The legal consequence, however, cannot be regarded as having been caused by the legal condition. Rather, the legal consequence [...] is linked by imputation to the legal condition. [...] Laws of nature say : 'if A is, then B must be.' Positive laws say : 'if A is, then B ought to be.'»

⁴¹*Id.*, p. 30.

⁴²H. KELSEN, *op. cit.*, note 31, p. 113 : «L'imputation qui s'exprime dans la notion de capacité d'imputation est la connexion entre une certaine conduite, le délit, et une sanction. Par la suite, l'on peut dire : la sanction est imputée au délit, alors que l'on ne pourrait pas dire qu'elle est provoquée par le délit comme un effet est provoqué par sa cause. Que la science du droit ne vise pas à une explication causale des phénomènes juridiques délit et sanction, cela va de soi. Dans les propositions juridiques par lesquelles elle décrit ces phénomènes, elle n'applique pas le principe de causalité, mais un principe que — comme le montre l'analyse qui précède — on peut nommer : imputation.»

⁴³A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 32, p. 398.

⁴⁴H. KELSEN, *op. cit.*, note 33, p. 26. A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 32, p. 397 : «La norme juridique ne se distingue pas des autres normes, par exemple des normes morales en raison de ses caractères propres, mais exclusivement en raison, de son appartenance à un ordre normatif spécifique, l'ordre juridique. C'est donc l'ordre juridique qu'il faut identifier par les caractères qui le distinguent des autres ordres normatifs et Kelsen propose de le définir comme un "ordre immanent de contrainte".»

l'État exerce légalement pour assurer le respect de ses prescriptions⁴⁵. Ayant toutefois construit son concept de norme à partir du droit criminel anglais, Austin a limité son analyse aux seules sanctions spécifiques rattachées à la norme impérative, ce que n'a pas fait Kelsen. Pour ce dernier, la notion de sanction est plus large, car il a constaté que les normes impératives ne sont qu'une variété de normes étatiques. Les règles qui confèrent des pouvoirs aux autorités étatiques ne peuvent pas être valablement évaluées en fonction du critère de la sanction spécifique qui y serait rattachée puisqu'elles n'en comportent pas; néanmoins, il se trouverait peu de juristes pour contester la qualité de règle de droit à ces normes. Lorsque ces dernières sont émises sans conformité au pouvoir octroyé, cette violation est sanctionnée par le juge au moyen d'une déclaration de nullité. Kelsen adopte donc le point de vue de l'observateur externe : il s'agit de vérifier si la règle comporte une sanction institutionnalisée.

Pour Kelsen, le droit est un ordre immanent de contrainte, un système de normes juridiques. Pour déterminer si une norme juridique fait partie du système, il pose deux questions : qu'est-ce qui explique l'unité de la pluralité des normes et comment reconnaître qu'une norme donnée appartient à un système déterminé? Il explique que le droit ne peut pas être construit à partir du principe de la causalité développé par Comte pour expliquer les sciences de la nature⁴⁶. Le droit ne peut pas faire l'objet d'une vérification des «lois» effectives qui unissent les éléments par le lien de cause à effet parce qu'il n'est pas un fait empirique, mais un ensemble de normes juridiques unies par un lien d'imputation. Il conclut que l'ordre juridique est une structure, c'est-à-dire une totalité dont les éléments n'ont de sens que les uns par rapport aux autres et par rapport au tout.

⁴⁵John AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, 5e éd., Londres, 1885, 2 vol.

⁴⁶Auguste COMTE, *Cours de philosophie positive*, 2 vol., Paris, Hermann, 1975, 2 vol.

La pluralité des normes forme une unité si la validité de ces normes peut être retracée jusqu'à une norme unique constitutive du système. Les systèmes de normes peuvent être classés en deux grandes catégories, selon le type de norme fondamentale («according to the nature of the highest principle of validity in the system»⁴⁷). Il existe un premier type de normes qui sont valides en raison de leur contenu. Ce sont les normes de moralité, lesquelles n'intéresse pas Kelsen. Le deuxième type de normes, les règles de droit, ne sont pas valides en raison de leur contenu. Un système juridique peut accepter toutes les normes et elles sont valides uniquement parce qu'elles ont été «créée[s] d'une certaine façon, et plus précisément, en dernière analyse, d'une façon qui est déterminée par une norme fondamentale»⁴⁸.

La norme fondamentale n'est pas posée, mais supposée. Kelsen postule la norme fondamentale, car il rejette la théorie du droit naturel. Il ne peut donc pas rapporter le fondement du système à «une norme qui aurait été posée par une autorité métajuridique telle que Dieu ou la Nature.»⁴⁹ Pour préserver l'acquis du positivisme, c'est-à-dire que l'ordre posé est l'ordre valide, la norme fondamentale est conçue comme une norme procédurale et non comme une norme matérielle, telle que la Justice. La norme fondamentale «opère institution de l'élément fondamental des opérations de création du droit. [...] Elle est le point de départ d'une procédure : de la procédure de création positive du droit.»⁵⁰

Kelsen explique que dans un système particulier il existe plusieurs manières de créer des normes juridiques⁵¹. Dans le cas des normes générales,

⁴⁷H. KELSEN, *op. cit.*, note 33, p. 55.

⁴⁸H. KELSEN, *op. cit.*, note 31, p. 261.

⁴⁹*Id.*, p. 265.

⁵⁰*Id.*, p. 263.

⁵¹H. KELSEN, *op. cit.*, note 33, p. 56.

il fait référence à la coutume et à la loi; dans le cas des normes individuelles, aux actes décisionnels et aux transactions de droit privé. Les normes, qu'elles soient issues d'un acte général ou individuel, sont des actes de création et d'application du droit pour Kelsen⁵² et bien que les procédures autorisant leur création diffèrent d'un type d'acte à l'autre, elles doivent exister dans le système pour certifier la validité des règles produites. Dans le cas contraire, la règle est invalide car toutes les règles doivent être liées entre elles. Kelsen affirme que l'unité du système consiste en une chaîne qui émerge en traçant une ligne verticale entre la norme créée et celle qui autorise son élaboration. De là dérive la propriété unique du droit : le droit gouverne sa propre création⁵³. Il s'agit d'un système fermé et il est organisé selon un ordre hiérarchique⁵⁴.

Pour Hart, l'idée selon laquelle le droit est un système de normes dont la validité repose sur la norme fondamentale est contestable. Sa critique repose sur l'idée selon laquelle les systèmes juridiques naissent d'actes sociaux d'un type particulier : les normes primaires qui créent les obligations⁵⁵. En réintroduisant une dimension sociologique dans le droit, la théorie de Hart se distingue de celle de Kelsen. La différence de point de vue entre ces deux théoriciens influence leur conception de l'élément de base composant le système juridique —la règle de droit— et se reflète dans les critères de son identification.

⁵²*Id.*, p. 70.

⁵³*Id.*, p. 63.

⁵⁴H. KELSEN, *op. cit.*, note 31, aux pages 261-266.

⁵⁵H.L.A. HART, *op. cit.*, note 31, p. 89. Pour une présentation succincte de la vie et de l'œuvre de Hart, voir François BLAIS, «La philosophie du droit de H.L.A. Hart», (1993) 8 *R. can. Droit & Soc.* 1.

1.2 La théorie de Hart

Tant chez Kelsen que chez Hart, la norme prescrit un comportement. Elle présuppose un certain degré d'obligatorité. Chez les deux théoriciens, la portée de l'expression «règle de conduite» ne se limite pas à la création de droits et d'obligations ou encore d'application du droit (décisions), mais comprend aussi celles qui servent à établir les structures d'un système et à délimiter les fonctions et les pouvoirs des agents de ce système. Par contre, là où les points de vue divergent entre Kelsen et Hart c'est lorsqu'ils s'interrogent à savoir si la sanction est un élément de la définition de la norme juridique. Selon Hart, la qualité juridique d'une norme faisant partie d'un système juridique ne dérive pas de l'existence d'une sanction. La sanction est un événement ultérieur (mais qui ne survient pas nécessairement) à l'existence d'une norme juridique⁵⁶. Il estime qu'il est possible de concevoir la norme juridique sans y faire référence⁵⁷. En éliminant la pertinence de l'acte coercitif de l'État pour évaluer si l'on est en présence d'une règle juridique, Hart cherche un autre point de vue d'analyse et il veut, avant tout, identifier l'objet «règle».

Pour déterminer si une règle existe, Hart explique que le point de vue de l'observateur externe n'est pas suffisant, car il permet seulement de constater la régularité du comportement. Cette régularité peut être le reflet d'une règle, mais aussi d'une simple habitude⁵⁸. Il s'agit donc d'adopter un point de vue interne : lorsqu'un individu à qui s'adresse la proposition

⁵⁶Timsit explique que la sanction est, tout au plus, une facette de son effectivité : Gérard TIMSIT, *Les noms de la loi*, coll. «Les voies du droit», Paris, P.U.F., 1991, p. 49.

⁵⁷H.L.A. HART, *op. cit.*, note 31, p. 48.

⁵⁸*Id.*, p. 55.

comprend qu'il a l'*obligation* de l'observer⁵⁹, on peut affirmer qu'il s'agit d'une règle. Si l'individu décide de violer la prescription, mais qu'il reconnaît que l'obligation posée par l'auteur de la norme constitue le motif pour justifier une réaction hostile, il y a alors une règle. Pour en évaluer le caractère obligatoire, Hart n'analyse pas si le destinataire éprouve un sentiment de compulsion face à l'application possible d'une sanction, mais s'il voit la règle comme un standard de conduite qui doit être observé indépendamment du fait qu'il décide ou non de la respecter. Les violations à la règle appelleront des critiques et un appel à la conformité qui seront approuvés par le destinataire parce qu'ils seront justifiés rationnellement⁶⁰. MacCormick estime que la théorie de la norme de Hart implique l'analyse de deux éléments : cognitif et volitif⁶¹. Premièrement, il faut comprendre quelle est la conduite demandée et, deuxièmement, déterminer si l'attitude face à cette attente marque une préférence à la conformité, et ce, indépendamment de l'appréciation morale qui en est faite⁶².

Quant au caractère juridique de la règle, Hart affirme, tout comme Kelsen, qu'une norme juridique est celle qui fait partie d'un système juridique. Contrairement à Kelsen, cependant, Hart estime qu'il est possible d'identifier

⁵⁹Ainsi, il ne s'agit pas de montrer que l'individu *est obligé* de l'observer ce qui implique l'idée subjective de crainte : H. L. A. HART, *op. cit.*, note 31, p. 85; Joseph VINING, *The Authoritative and the Authoritarian*, Chicago, University of Chicago Press, 1986, p. 218.

⁶⁰H. L. A. HART, *op. cit.*, note 31, p. 88 : «What the external point of view, which limits itself to the observable regularities of behaviour, cannot reproduce is the way in which the rules function as rules in the lives of those who normally are the majority of society. These are the officials, lawyers, or private persons who use them, in one situation after another, as guides to the conduct of social life, as the basis for claims, demands, admissions, criticism, or punishment, viz., in all the familiar transactions of life according to rules. For them the violation of a rule is not merely a basis for the prediction that a hostile reaction will follow but a *reason* for hostility.»

⁶¹Neil MacCORMICK, *H.L.A. Hart*, Stanford (Californie), Stanford University Press, 1981, p. 38.

⁶²*Id.*

un système juridique par la présence de normes secondaires et non par l'existence de contraintes. Ce dernier explique que l'ensemble des normes primaires peut *témoigner* de l'existence d'un système juridique et, en conséquence, du caractère juridique des normes qui en font partie. Toutefois, ce n'est lorsque l'on est en mesure de constater la présence d'un autre type de normes, les règles secondaires, qu'il est possible de *certifier* l'existence d'un système juridique et d'affirmer le caractère juridique des règles issues de ce système.

Pour Hart, la hiérarchie des normes n'explique pas l'organisation des systèmes juridiques de façon satisfaisante. Sans rejeter l'idée de la fermeture normative des systèmes juridiques, Hart n'est pas convaincu que la création du droit suit toujours une route verticale⁶³ : une règle primaire est valide si elle est unie à une règle secondaire⁶⁴. Cependant, *union* ne signifie pas *subordination*, mais *derivation*⁶⁵. Les règles secondaires sont celles qui confèrent des pouvoirs aux officiers publics. Il s'agit des règles de reconnaissance, de changement et de décision. Les règles de reconnaissance déterminent «un ou plusieurs traits qui peuvent être considérés comme indiquant d'une manière positive et décisive que la règle [primaire] visée qui

⁶³En tenant compte du fait que Hart est issu de la tradition de *common law*, il est possible de mieux comprendre pourquoi il peut difficilement accepter le principe de la hiérarchie des normes. En effet, ce droit a été, dans un premier temps, construit empiriquement, à travers l'action des cours. D'ailleurs pour Thomas Glyn WATKIN, *The Nature of Law*, coll. «European Studies in Law», Oxford, North-Holland Publishing Co., 1980, p. 127, les systèmes juridiques ont émergé à la suite de l'institutionnalisation des mécanismes de règlements des conflits. Ce n'est que plus tard qu'une pensée formelle s'est ajoutée à la construction du *common law* par les juges. B. Simpson explique que l'élaboration de règles et de principes gouvernant l'utilisation des précédents et leur statut de règles faisant autorité est relativement moderne dans le *common law*. Brian SIMPSON, «The Common Law and Legal Theory», dans William TWINING (éd.), *Legal Theory and Common Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, aux pages 8-25.

⁶⁴H. L. A. HART, *op. cit.*, note 31, p. 91.

⁶⁵*Id.*, p. 98.

les possède»⁶⁶ est valide. Les règles de changement habilent «un individu ou un corps de personnes à introduire de nouvelles règles primaires pour la direction de la vie du groupe, ou d'une catégorie au sein de celui-ci, et à éliminer les règles anciennes.»⁶⁷ Les règles de décision autorisent des individus à résoudre d'autorité la question de savoir si, en des circonstances particulières, une règle primaire s'est trouvée transgressée»⁶⁸. Les règles secondaires ne sont pas étanches les unes des autres. Ainsi, une règle de reconnaissance peut être comprise dans une règle de changement ou dans une règle de décision.

Pour les fins des développements qui suivent, l'enseignement qu'il est important de tirer de l'analyse de ces théories est le niveau de formalisme qui imprègne le concept du droit de ces deux théoriciens. Chez Hart les notions de validité et de juridicité des règles sont liées au même concept —les règles secondaires. En effet, ce dernier reconnaît un système juridique et, en conséquence, le caractère juridique des normes qui y sont produites, par la présence de normes secondaires et non par l'institutionnalisation des contraintes. Ces mêmes normes secondaires servent également à évaluer la validité des règles issues du système juridique. Le concept de droit de Hart résulte en un syncrétisme des notions de juridicité et de validité qui rappelle, dans une certaine mesure, le formalisme juridique en tant que «caractère spécifique des ordres juridiques caractérisés par une extrême rigidité procédurale»⁶⁹. Kelsen, cependant, ne confond pas ces deux notions. Le système juridique se distingue des autres systèmes parce qu'il est un ordre immanent de contraintes. Les normes juridiques se distinguent des autres

⁶⁶Herbert L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 120.

⁶⁷*Id.*, p. 121.

⁶⁸*Id.*, p. 122.

⁶⁹A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 32, p. 268.

normes sociales par l'existence de sanction institutionnalisées et ces normes juridiques sont valides dans la mesure où elles sont rattachées à une norme supérieure d'habilitation.

2. L'assimilation au pouvoir réglementaire

Comme l'expliquent Issalys et Lemieux, certaines règles administratives peuvent être assimilées à l'acte réglementaire, car il s'agit de «règles de conduite à portée générale» «qui ont un effet normatif suffisant.»⁷⁰ Ainsi, une distinction est faite en droit public canadien entre les règles administratives indicatives et les «directives quasi réglementaires» en expliquant que ces dernières présentent un caractère impératif. La dichotomie impératif/indicatif est un emprunt direct au droit administratif français. Elle sert à distinguer les circulaires réglementaires des circulaires interprétatives⁷¹.

La notion d'acte quasi réglementaire s'inscrit donc dans la foulée des développements du droit français relatifs à l'analyse du phénomène des règles administratives. En droit canadien, la notion d'acte quasi réglementaire est assez récente. Elle est née du constat selon lequel l'Administration crée de facto des normes qui peuvent être assimilées au pouvoir réglementaire en ce qu'elles comportent des effets de droit sur les administrés. C'est dans l'affaire *Friends of the Oldman River*⁷² que la Cour suprême a véritablement défini le cadre juridique de cette catégorie hybride. Dans cette affaire, la société

⁷⁰P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 129-130.

⁷¹André DeLAUBADÈRE, Jean-Claude VÉNÉZIA et Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, Tome 1, 14e éd., Paris, L.G.D.J., 1996, par. 961 et suiv.

⁷²*Friends of the Oldman River Society*, précité, note 16, 33-38.

Friends of the Oldman River cherchait à forcer deux ministères fédéraux à procéder à une évaluation environnementale afin qu'une analyse des impacts environnementaux de la construction d'un barrage sur la rivière Oldman soit effectuée. Pour appuyer une telle requête, la société invoquait des lignes directrices instituant un processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement. Ces lignes directrices ont été émises par le ministère fédéral de l'Environnement en vertu d'une disposition législative expresse et elles s'appliquent à tous les ministères et organismes fédéraux. La Cour suprême a jugé que ces lignes directrices étaient impératives et qu'en conséquence les ministères visés par la requête devaient procéder aux évaluations environnementales. Provenant de la Cour suprême, cet arrêt représente un pivot dans la conceptualisation des actes réglementaires, mais il faut toutefois préciser que cette analyse analogique entre les composantes du règlement et de la règle administrative était déjà présente dans l'affaire *Dlugosz*⁷³ puisque les juges de la Cour d'appel du Québec avaient eux aussi constaté que certaines règles administratives pouvaient revêtir les caractéristiques de l'acte réglementaire sur le plan matériel.

Dlugosz est citoyen canadien de naissance, mais il a fait ses études de médecine en Pologne. Pour les fins de la sélection pour l'internat rotatoire, Dlugosz a été placé dans la catégorie des diplômés des écoles médicales situées hors du Canada et des États-Unis. Seulement trente places de stagiaire étaient disponibles pour cette catégorie de diplômés en vertu d'une politique de contingentement du gouvernement qui a fait l'objet des décisions n° 84-226 et n° 85-32 du Conseil des ministres. C'est en s'appuyant sur ces règles administratives que le comité de sélection de la Corporation professionnelle des médecins du Québec a refusé la demande d'inscription de Dlugosz à l'internat rotatoire. Dlugosz conteste cette décision en attaquant la validité des deux décisions du Conseil du ministre. La validité de la décision n° 85-32 a

⁷³*Dlugosz*, précité, note 16, 2315-2317; en France, cette démarche a débuté avec *Institution Notre-Dame-du-Kreisker*, [1954] R.A.C.E. 64, 65.

été maintenue par les juges, car ils étaient d'avis qu'elle ne créait aucune règle légale de comportement. Il s'agissait simplement d'une directive précisant à quelle fin le budget pour la formation médicale et l'entraînement rémunéré devait être utilisé⁷⁴. Par contre, la décision n° 84-226 a été jugée invalide parce qu'elle créait des obligations pour une catégorie d'administrés⁷⁵. Cette décision fixait le nombre de postes d'internat rotatoire et obligeait les nouveaux candidats à pratiquer la médecine pendant trois ans à l'endroit désigné par le ministre sous peine d'une pénalité de 50 000\$ par année en cas de défaut de respecter l'engagement. Cette décision aurait dû, selon les juges de la Cour d'appel du Québec, faire l'objet d'une autorisation législative expresse de prendre un règlement.

Dans l'arrêt *Dlugosz*, la Cour d'appel a fait un cheminement similaire à celui de la Cour suprême dans *Friends of the Oldman River* pour qualifier la nature d'un acte émis par le Conseil des ministres du gouvernement québécois. Les juges de la Cour d'appel ont décidé que la décision n° 84-226 du Conseil des ministres avait un caractère réglementaire puisqu'elle imposait une norme assortie d'une sanction servant à contraindre l'administré à adopter la conduite souhaitée par l'Administration. Toutefois, contrairement aux lignes directrices dans l'arrêt *Friends of the Oldman River*, la décision n° 84-226 n'était pas, d'une part, fondée sur une disposition législative autorisant expressément l'élaboration d'un tel acte et elle aurait dû, d'autre part, faire l'objet d'un pouvoir de créer règlement. En effet, il est impératif en droit québécois que la loi autorise expressément l'Administration à prendre des règlements. La *Loi sur les règlements*⁷⁶ ne reconnaît que l'usage de cette formalité pour attribuer un caractère réglementaire à une norme

⁷⁴*Dlugosz*, précité, note 16, 2316.

⁷⁵*Id.*, 2318.

⁷⁶L.R.Q., c. R-18.1.

émanant de l'Administration⁷⁷, contrairement au droit fédéral où trois types d'actes sont identifiés dans la *Loi sur les textes réglementaires* : les règlements, les textes réglementaires et les autres documents⁷⁸.

Afin de cerner s'il existe des distinctions entre les normes juridiques et non-juridiques, j'examinerai les similarités matérielles et les différences formelles entre les règlements, les directives quasi réglementaires et les règles administratives à partir des critères posés par la Cour suprême, en commençant par le critère de la forme.

2.1 *Le critère formel*

Bien que la «directive quasi réglementaire» se distingue du règlement du point de vue du critère de la forme, il faut néanmoins se rappeler que dans l'arrêt *Blaikie* la Cour suprême a dégagé le critère du rapport suffisant entre la législature et la législation déléguée, «indépendamment de la délégation elle-même» pour déterminer la «nature législative» des actes sous examen⁷⁹. La Cour a décidé qu'il existait un rapport suffisant lorsque «une action positive du gouvernement est nécessaire pour [lui] insuffler la vie»⁸⁰.

⁷⁷Cependant, la *Loi sur les règlements*, précitée, note 76, art. 3, dispense expressément certains règlements québécois des formalités du processus réglementaire, par exemple les règlements «portant sur la régie interne» ou «sur l'exercice d'un pouvoir d'emprunt ou sur la gestion des ressources humaines».

⁷⁸*Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), c. S-22, art. 2(1). CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Manuel de la réglementation fédérale*, Section de la réglementation, direction des services législatifs, Ottawa, ministère de la Justice, partie 2, p. 2.

⁷⁹*Blaikie* (n° 2), précité, note 18, 328.

⁸⁰*Id.*, 329; *Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba*, précité, note 17, 224.

Cette double exigence a été reprise dans l'arrêt *Friends of the Oldman River* où la Cour suprême a constaté que la directive avait été émise en vertu d'une autorisation expresse du législateur édictant qu'elle devait être approuvée par le gouverneur en conseil suite à son énonciation dans un arrêté ministériel. C'est en formulant ce double critère que les juges ont pu distinguer les règles administratives sous examen dans *Friends of the Old Man River*, de celles qui ont été analysées dans les arrêts *Martineau*⁸¹ et *Maple Lodge Farms*⁸². Dans *Martineau*, l'acte —en l'occurrence des directives— était explicitement autorisé par la loi⁸³, alors que dans *Maple Lodge Farms*, la règle administrative était issue d'une simple attribution de pouvoir⁸⁴. Ces solutions distinctes, analysées en regard des attributions législatives de compétences aux organismes administratifs, soulèvent des interrogations relatives à l'identification des textes réglementaires et qui, en droit fédéral, sont assujettis au processus édicté par la *Loi sur les textes réglementaires*. Mais il est d'abord utile de préciser la portée de l'exigence d'une «action positive du gouvernement».

⁸¹*Martineau et Butters c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118.

⁸²*Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 3.

⁸³Il s'agissait de l'art. 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. (1970) c. P-6 : «Sous réserve de la présente loi et de tous règlements édictés sous le régime du paragraphe (1), le commissaire peut établir des règles, connues sous le nom d'Instruction du commissaire, concernant l'organisation, l'entraînement, la discipline, l'efficacité, l'administration et la direction judiciaire du Service, ainsi que la garde, le traitement, la formation, l'emploi et la discipline des détenus et la direction judiciaire des pénitenciers.» : *Martineau*, précité, note 81, 129.

⁸⁴Il s'agissait de l'art. 8 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, S.R.C. (1970), c. E-17. Cet article était alors formulé de la manière suivante : «Le Ministre peut délivrer à tout résident du Canada qui en fait la demande une licence d'importer des marchandises comprises dans une liste de marchandises d'importation contrôlée, en la quantité et de la qualité, par les personnes, des endroits ou des personnes et sous réserve des autres stipulations et conditions que décrivent la licence ou les règlements.»

2.1.1 L'action positive du gouvernement

En droit public canadien, la notion de «gouvernement» désigne la «branche exécutive ou administrative du gouvernement»⁸⁵. Cette acception privilégie une analyse fonctionnelle des actes. Cette perspective est adoptée afin de rendre compte de l'absence d'étanchéité entre les fonctions gouvernementales et administratives. C'est pour cette raison que, par exemple, Dussault et Borgeat utilisent l'expression «Administration» pour désigner les deux organes⁸⁶. Dans le même esprit, Issalys et Lemieux parlent de l'action gouvernementale⁸⁷. Dans l'exécution de leur mandat, le Gouvernement et l'Administration débordent, à divers degrés, le cadre de leur fonction «officielle». De ce point de vue, la distinction fonctionnelle entre ce que constitue un acte gouvernemental et un acte administratif n'est pas particulièrement utile pour déterminer quelles sont les «actions positives du gouvernement» qui peuvent servir à identifier un acte «de nature législative» en vertu de l'arrêt *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* ou un acte quasi réglementaire en application de l'arrêt *Friends of the Oldman River*. Une distinction du point de vue organique apparaît dès lors plus pertinente et il s'agit de préciser la signification du terme «gouvernement» selon cette optique. Par la suite, il convient d'évaluer l'importance de ce critère lorsqu'il s'agit d'identifier des actes à caractère réglementaire puisque la Cour suprême a pris soin de préciser que les critères présidant à l'identification des actes de nature législative ne sont pas cumulatifs.

⁸⁵SDGMR c. *Dolphin Delivery Ltd.*, précité, note 14, 598.

⁸⁶R. DUSSAULT, L. BORGEAT, *op. cit.*, tome 1, note 1, p. 7-9; voir aussi Patrice GARANT, *Droit administratif*, 4^{éd.}, vol. 1, Cowansville (Québec), Éd. Yvon Blais, 1996, p. 3.

⁸⁷P. ISSALYS, D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. X.

2.1.1.1 Le «gouvernement» du point de vue organique

En droit public canadien, la fonction d'«exécuter» comprend indistinctement les fonctions de «gouverner» et «d'administrer», ce qui a pour effet d'occulter la fonction de «gouverner». En effet, souvent la notion «d'exécution» est utilisée pour signifier largement l'application de la loi⁸⁸. Évidemment, le paradigme du Gouvernement qui ne fait qu'exécuter les lois est particulièrement inadéquat puisque le Gouvernement n'est pas à la remorque du législateur. C'est lui qui est en charge des décisions relatives aux grandes orientations politiques de l'État et ses décisions peuvent, par la suite, être transcrites dans des lois.

Par contre, il est exact d'affirmer que la fonction principale de l'Administration est d'exécuter les lois, en ce sens qu'il les met en œuvre. Précisons toutefois que cela ne signifie pas que le processus d'exécution des lois n'implique pas à divers degrés celui de «gouverner» ou de «légiférer». En effet, les organismes administratifs peuvent s'engager dans du *policymaking* ou du *rulemaking* lorsqu'ils exécutent la mission qui leur a été confiée⁸⁹, mais il

⁸⁸Par contre dans le rapport McRuer, ONTARIO, ROYAL COMMISSION INQUIRY INTO CIVIL RIGHTS, *Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, t. 1, Toronto, Frank Fogg, Queen's Printer, 1968, p. 42, l'emploi du terme exécutif a été rejeté : «in its broadest sense the term (exécutif) can be applied to any action taken by a person in the executive branch of government, whatever the legal nature of the action may be».

⁸⁹L'exemple le plus évident provient des organismes polyfonctionnels, tel le CRTC qui durant les années '90 a profondément modifié le secteur des télécommunications en rétablissant la concurrence dans la vente de services interurbains et, plus récemment, dans la vente de services locaux. CRTC - Décision télécom. n° 90-3 : *Revente et partage des services téléphoniques de lignes directes*, le 1er mars 1990; CRTC - Décision télécom. n° 92-12 : *Concurrence dans la fourniture des services téléphoniques publics vocaux, interurbains et*

demeure que ces fonctions doivent être exercées dans le cadre de l'exécution d'une loi en vertu du principe de légalité. Cette nuance faite, il faut admettre, à l'instar de Bergeron, que le réseau d'organismes administratifs forme un tout nommé «Administration» qui se distingue du «Gouvernement». Pour cet auteur, le Gouvernement est un organe «primordialement» d'impération, alors que l'Administration est un organe «primordialement» d'exécution⁹⁰. Ainsi, les juges devraient prendre soin de distinguer les diverses entités étatiques. En effet, le lexique de *common law* réfère à «Reine», «Couronne», «Exécutif», «Gouvernement», «Gouverneur en conseil», «État» de manière interchangeable⁹¹ et l'expression «Administration» n'est pas utilisée comme en droit administratif français⁹².

À l'intérieur du gouvernement, en tant qu'entité comprenant le Gouvernement et l'Administration, il faut distinguer les organismes qui exercent principalement des fonctions gouvernementales des autres organismes, soit ceux qui s'acquittent des fonctions administratives. Les premiers jouent un rôle dans l'élaboration des grandes orientations de l'action étatique; les seconds sont responsables de la mise en œuvre des lois (tel que la prestation de services aux administrés). Au niveau du gouvernement fédéral (mais aussi au niveau des gouvernements provinciaux), la concentration du pouvoir de gouverner ne revêt pas la caractéristique du monopole, mais d'un duopole. Le Cabinet est l'organe central qui décide des politiques sociales et économiques du Gouvernement. Quant aux grandes orientations financières

questions connexes relatives à la revente et au partage, le 12 juin 1992; CRTC - Décision télécom. 97-8 : *Concurrence locale*, le 1^{er} mai 1997.

⁹⁰Gérard BERGERON, *L'État en fonctionnement*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 38.

⁹¹*Formea Chemicals c. Polymer Corp.*, [1968] R.C.S. 754, 758-759; en droit québécois, la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 61, 12e al. consacre cette équivalence; en droit canadien, voir la *Loi d'interprétation*, c. I-21, art. 35 sous «Sa Majesté». Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 380.

⁹²En droit québécois, le législateur a choisi l'expression «Administration gouvernementale» pour qualifier les organismes administratifs : voir la *Loi sur la justice administrative*, L.Q. 1996, ch. 54, art. 2.

et administratives, c'est le Conseil du Trésor qui est en charge de ce secteur d'activité.

Par conventions constitutionnelles, la compétence de gouverner appartient à un comité du Conseil privé appelé Cabinet ou Conseil des ministres. L'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dresse la liste des compétences exclusives attribuées au gouvernement fédéral et le Cabinet exerce la totalité du pouvoir politique dans ces domaines. Le Conseil du Trésor est défini comme un simple comité du Conseil privé de la Reine, mais dans l'Administration fédérale, le Conseil joue un rôle déterminant puisqu'il contrôle la gestion administrative et financière des organismes fédéraux. À l'inverse des autres comités du Cabinet, le Conseil du Trésor détient de réels pouvoirs décisionnels, notamment sur le contrôle des fonds publics. Ce rôle gouvernemental trouve écho dans les lois fédérales en ce que certains organismes doivent faire approuver les règlements qui ont une incidence sur le trésor public par le Conseil du Trésor⁹³. En fonction du domaine d'action, «l'action positive du gouvernement» signifie l'action du Cabinet, mais aussi celle du Conseil du Trésor. Cette expression inclut également l'action du gouverneur en conseil, notamment lorsqu'il y est fait référence dans des dispositions législatives attribuant un pouvoir de créer une norme, puisque dans ce cas le gouverneur au conseil désigne, dans les faits, le Cabinet. De même, elle inclut le Conseil privé. Cette institution est composée, entre autres, des membres du Cabinet.

⁹³*Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, c. 11, art. 11(1) a) : «Le Conseil peut, par règlement : a) avec l'approbation du Conseil du Trésor, fixer les tarifs des droits à acquitter par les titulaires de licences de toute catégorie.» Il arrive également que certains règlements administratifs portant sur des questions financières doivent être approuvés par le Conseil du Trésor; *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6, art. 37 : «(1) La Commission peut, par règlement administratif, régir son activité et, notamment, prévoir e) le barème de rémunération des commissaires à temps partiel, des membres des tribunaux des droits de la personne et des personnes visées au paragraphe 32(2); f) le barème des frais de déplacement et de séjours payables aux commissaires, aux membres des tribunaux des droits de la personne et aux personnes visées au paragraphe 32(2); (2) Les règlements administratifs pris sous le régime des alinéas (1)e) ou f) sont inopérants tant qu'ils n'ont pas été approuvés par le Conseil du Trésor.»

Pour ce qui est des ministres, Brun et Tremblay les nomment «fonctionnaires» du gouvernement⁹⁴, expression qui, pour eux, signifie tant les employés de l'État que les officiers publics en général⁹⁵. Issalys et Lemieux estiment que les ministres ne sont pas, à proprement parler, des préposés⁹⁶. Étant soumis au principe de la responsabilité ministérielle, les ministres font partie du Gouvernement du point de vue organique, contrairement aux administrateurs nommés par le Gouvernement à la tête d'organismes administratifs autonomes.

2.1.1.2 L'utilité du critère

Le critère de «l'action positive du Gouvernement» pose des difficultés au niveau de sa pertinence et de sa cohérence. Sur le plan de la pertinence, son utilité est limitée à la qualification juridique de actes fondés sur une attribution législative autre que celle relative au pouvoir de prendre un règlement.

Les organismes administratifs possèdent généralement un pouvoir de prendre des règlements. Cette compétence peut être directement attribuée au gouverneur en conseil⁹⁷. Dans ce cas, l'acte réglementaire produit est, de

⁹⁴H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 91, p. 380; *C.A.E. Industries Ltd. c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 380, 384 (C.F.A.)

⁹⁵*Jones c. Gamache*, [1969] R.C.S. 119, 132.

⁹⁶P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 270.

⁹⁷À titre d'exemple, voir les dispositions législatives suivantes lesquelles confèrent un pouvoir de prendre des règlements au gouverneur en conseil : *Loi sur l'immigration*; L.R.C. (1985) c. I-2 et mod., art. 114 (1); *Loi sur les télécommunications*; L.C. 1993, c. 38, art. 22; *Loi sur l'Office national de l'énergie*; L.R.C. (1985), c. N-7, art. 119.01; *Loi canadienne sur les droits de la personne*, précitée, note 93, art. 23.

toute évidence, un acte du Gouvernement. Le législateur peut également attribuer à un administrateur un pouvoir de prendre des règlements sans condition d'approbation du Gouvernement. L'article 10(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*⁹⁸ attribue un pouvoir réglementaire au CRTC, sans faire mention que les règlements ainsi créés doivent être approuvés par le gouverneur en conseil ou une autre autorité gouvernementale équivalente. De même, les articles 22 et 100 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*⁹⁹ et l'article 71 de la *Loi sur les relations de travail au Parlement*¹⁰⁰ habilite la Commission des relations de travail dans la fonction publique à prendre des règlements sans nécessité d'approbation. Sans énumérer toutes les lois fédérales, le même constat doit être posé dans le cas du Conseil canadien des relations industrielles¹⁰¹, de l'Office des transports du Canada¹⁰² et du Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs¹⁰³.

L'approbation du règlement par le Gouvernement est une formalité qui joue un rôle plus important à titre de condition *sine qua non* de validité. Elle n'est pas un discriminant utile pour déterminer la juridicité de l'acte. En droit positif, la communauté juridique ne conteste pas le postulat qu'un règlement est un acte juridique. Ses membres s'entendent pour affirmer que lorsque le législateur attribue un pouvoir d'établir des règlements à un acteur

⁹⁸Précitée, note 93.

⁹⁹L.R.C. (1985), c. P-35.

¹⁰⁰L.R.C. (1985), c. 33 (2e suppl.)

¹⁰¹*Code canadien du travail*, partie I, L.R.C. (1985), c. L-2, modifiée par *Loi modifiant le Code canadien du travail (partie I)*, *Loi sur les déclarations des personnes morales et les syndicats et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, c. 26, art. 15. Le nom de l'organisme (Conseil canadien des relations de travail) a été modifié par ces dernières modifications législatives, art. 9.

¹⁰²*Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, c. 10, art. 170.

¹⁰³*Loi sur le statut de l'artiste*, L.C. 1992, c. 33, art. 16.

quelconque dans l'ordre juridique, c'est qu'il exprime une intention claire de conférer la compétence de créer des règles juridiques.

Le critère de l'action positive du Gouvernement est plus pertinent pour les autres attributions de pouvoir de créer des actes à portée normative, quel que soit le nom octroyé à l'instrument par le législateur. Mais appliqué sans référence aux autres critères de juridicité posés par la Cour suprême, notamment celui de la fonction, cette condition formelle soulève des difficultés d'application sur le plan de la cohérence. Pour s'en convaincre, il suffit de comparer les arrêts *Friends of the Oldman River* et *Martineau*. Dans l'affaire *Friends of the Oldman River*, l'approbation par le ministre par arrêté et par le gouverneur en conseil constituaient des formalités essentielles pour donner effet à des règles de nature procédurale. Dans l'affaire *Martineau*, les directives émises par le directeur de l'institution Matsqui étaient également de nature procédurale, mais elles n'étaient pas soumises à de telles formalités. Ainsi, dans le premier cas la Cour a conclu que la directive était un acte quasi réglementaire, alors que la solution inverse a été retenue dans l'affaire *Martineau*.

L'exemple du règlement administratif est également instructif et mérite quelques clarifications. L'article 13(1) de la *Loi sur le Conseil de recherches en sciences humaines*¹⁰⁴ édicte qu' :

¹⁰⁴L.R.C. (1985), c. S-12.

«[a]vec l'approbation du gouverneur en conseil, le Conseil peut, par règlement administratif, régir la conduite de ses travaux et celle de ses activités en général et, notamment, constituer des comités: spéciaux, permanents ou autres.»

Les règlements administratifs du CRSH prévoient des dispositions relatives à la procédure pour la tenue des réunions ordinaires et extraordinaires du conseil ainsi qu'un droit de vote. Différents comités sont formés et des dispositions décrivent leurs pouvoirs et leurs fonctions, la procédure pour la tenue des réunions, les personnes qui peuvent assister aux réunions, les présider et prendre des décisions. Malgré le fait que ce type d'acte réglementaire n'a pas pour objet de créer des droits ou d'imposer des obligations aux administrés, mais plutôt de régir des questions internes liées à l'organisation des travaux d'un organisme¹⁰⁵, la loi du CRSH prévoit pourtant que ces «règlements administratifs» devront être approuvés par le gouverneur en conseil. Ainsi, ce qui est paradoxal est que ce type d'acte, qui n'affecte que très indirectement les droits et les intérêts des administrés, fait partie de la grande famille des actes réglementaires¹⁰⁶, contrairement aux directives procédurales dont il était question de l'affaire *Martineau*.

¹⁰⁵Les actes relevant de la gestion interne sont clairement visés par la définition de R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, tome 1, note 1, p. 139, qui définissent ce qui relève de la gestion interne comme suit: «relèvent de la *gestion interne* » des questions comme le mode de fonctionnement de l'organisme, la répartition des pouvoirs et des attributions au sein de sa structure, la fixation d'un quorum pour ses décisions, la fréquence de ses séances et autres.

¹⁰⁶D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 1, 1020. De plus, il est intéressant de noter qu'en droit québécois, le domaine des règlements administratifs correspond aux «règlements de régie interne» et que cette catégorie est soustraite à l'application de la *Loi sur les règlements*, précitée, note 76, art. 3.

L'affaire *Martineau* impliquait deux détenus, Martineau et Butters, qui avaient été accusés de deux infractions à la discipline, soit d'avoir été tous les deux dans la même cellule et d'avoir commis un acte indécent. À la suite d'une audition tenue par le comité de discipline des détenus, Martineau et Butters ont été condamnés à une période de 15 jours dans une cellule d'isolement. Ils ont contesté cette décision devant la Cour d'appel fédérale en alléguant que le comité avait le devoir, en tant qu'organisme rendant des décisions de nature quasi judiciaire, de respecter les principes de justice naturelle. Plus précisément, ils alléguaient avoir droit aux protections procédurales sous-jacentes à la règle *audi alteram partem*, protections procédurales inscrites dans des règles administratives et créées en vertu d'une disposition législative autorisant expressément l'énonciation d'instructions dans le but de régir les détenus. Les juges de la Cour suprême devaient déterminer la compétence de la Cour d'appel fédérale pour entendre la demande des détenus en vertu de l'ancien article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ils devaient donc décider si ce type de processus décisionnel est quasi judiciaire ou administratif. Pour ce faire, les juges ont examiné la disposition de la *Loi sur les pénitenciers* attribuant le pouvoir exprès de donner des instructions. Les juges majoritaires de la Cour suprême, représentés par le juge Pigeon, ont décidé que le législateur n'avait pas l'intention d'instituer un processus quasi judiciaire. C'est laconiquement que le Pigeon a affirmé que le pouvoir exprès d'énoncer ces instructions était indicatif de l'existence d'un pouvoir administratif. Il n'a pas tenu compte du langage impératif utilisé dans les règles, ni de leur raison d'être dans le processus décisionnel contrairement aux juges minoritaires qui étaient représentés par le juge Laskin.

Il faut s'interroger sur la véritable signification de ces formalités d'approbation qui sont parfois exigées par le législateur. Par elles, est-ce que le législateur veut vraiment indiquer l'existence d'un acte réglementaire ou veut-il simplement instituer une forme de tutelle sur certains actes de l'Administration? Pour répondre à la question, il faut analyser plus à fond le rapport entre la norme et sa place dans la régulation du champ d'activités.

C'est d'ailleurs ce que la Cour suprême a fait dans *Friends of the Oldman River*. En effet, elle a précisé que l'intention du législateur d'attribuer un pouvoir d'élaborer des règles impératives s'infère du rôle des règles administratives dans l'exécution générale de la loi¹⁰⁷.

Le critère de l'action positive du Gouvernement comporte au moins deux carences lorsqu'il est utilisé afin de différencier les actes réglementaires (ou quasi réglementaires) des actes non-réglementaires. D'une part, il est aléatoire de limiter la portée du terme «Gouvernement» à certaines entités et organismes (Cabinet, Conseil privé, gouverneur en conseil, Conseil du Trésor et ministères) pour cette fin. En effet, les actes d'organismes autonomes (tels que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes ou de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié) qui ont reçu l'approbation de leur président ne peuvent pas être exclus du domaine des actes réglementaires simplement parce que le Gouvernement n'a pas été impliqué dans le processus de création de la règle. D'ailleurs en vertu de l'article 32 de la *Charte*, les expressions «action gouvernementale» et «gouvernement» ont un sens plus englobant que celui proposé par la Cour suprême dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*¹⁰⁸. La Cour applique le test du lien institutionnel entre l'organisme et le Gouvernement pour déterminer si un corps public est assujéti à la *Charte*. Lorsque l'acte examiné n'a pas de fondement législatif¹⁰⁹, la seule question que la Cour se pose est de savoir si le Gouvernement a assumé le contrôle de la fonction

¹⁰⁷*Friends of the Oldman River*, précité, note 16, 36.

¹⁰⁸Peter W. HOGG, *Constitutionnal Law of Canada*, 4e éd., Toronto, Carswell, 1997, p. 673.

¹⁰⁹La question de déterminer s'il s'agit d'une action gouvernementale est importante seulement si l'acte sous examen n'a pas été posé en application d'un pouvoir législatif. Dans le cas contraire, l'acte ayant un fondement législatif peut être examiné sous la *Charte* puisqu'il est issu d'un Parlement ou d'une législature et, ce, sans qu'il soit pertinent de tenir compte du fait qu'il s'agit ou non d'un organisme faisant partie du «Gouvernement». P.W. HOGG, *op. cit.*, note 108, p. 674.

exercée par l'organisme¹¹⁰. Afin de faire avancer la réflexion théorique sur la notion d'acte réglementaire, il serait utile d'examiner dans quelle mesure les analyses de la Cour sur l'article 32 sont utiles afin de raffiner le critère formel de «l'action positive du gouvernement» aux fins de l'identification des actes réglementaires.

D'autre part, la multiplicité des formes réglementaires —les textes réglementaires— et des attributions de compétences législatives autorisant la création de textes réglementaires indiquent que ce critère est une variable trop instable pour constituer une donnée suffisamment sûre pour identifier les règlements à l'exclusion des autres textes. À l'instar des juges de la Cour suprême dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, il faut conclure que l'absence d'une action positive du gouvernement n'est pas fatale à l'identification d'un acte de nature législative. Également, on ne peut pas conclure de l'arrêt *Friends of the Oldman River* que les règles administratives fédérales expressément autorisées par le législateur et ayant reçu une forme d'approbation par le gouvernement seront automatiquement qualifiées d'actes quasi réglementaires. L'action positive du gouvernement est certes un facteur à considérer mais sa pertinence varie selon qu'il s'agit d'une attribution de prendre des «règlements» ou d'une habilitation à établir des textes réglementaires ou d'autres documents¹¹¹. Ces deux derniers cas impliquent des analyses plus nuancées afin de déterminer s'ils constituent des actes réglementaires. À cet égard, la *Loi sur les textes réglementaires* soulève des difficultés lorsqu'il s'agit d'identifier les textes réglementaires, à l'exclusion des règlements, qui sont assujettis aux formalités de cette loi.

¹¹⁰*McKinney*, précité, note 5, 269; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, 511; pour les fins de l'analyse de l'action gouvernementale, il importe peu que la fonction soit par nature publique ou privée : *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, 314. P.W. HOGG, *op. cit.*, note 108, p. 673-674.

¹¹¹Il faut préciser que dans *Blaikie* (n° 2), précité, note 18, 319, la Cour suprême a signalé qu'il s'agissait dans «la présente affaire de règlements qui constituent de la législation déléguée proprement dite et non pas des règles ou directives de régie interne.»

2.1.2 L'identification des textes réglementaires

Lorsqu'une loi prévoit que l'autorité peut créer des «règlements», ces derniers sont normalement assujettis au processus prévu dans la *Loi sur les textes réglementaires*. Ces formalités sont les suivantes. L'autorité prépare un projet de règlement et le soumet au greffier du Conseil privé pour examen¹¹². Cet examen est effectué par les conseillers juridiques du ministère de la Justice affectés à la Section de la réglementation —Direction des services législatifs. Une fois que le projet a été examiné et qu'il a reçu l'aval du ministère de la Justice, l'autorité transmet le projet, dans les sept jours, au greffier du Conseil privé pour enregistrement et publication dans la Gazette du Canada¹¹³. Une fois le texte publié, les conseillers juridiques du Comité permanent d'examen de la réglementation procèdent à son examen à partir d'une liste comportant treize critères¹¹⁴. Si le conseiller n'est pas satisfait de la conformité du

¹¹²*Loi sur les textes réglementaires*, précitée, note 78, art. 3.

¹¹³*Id.*, art. 5. Le gouverneur en conseil peut par règlement soustraire certains règlements de ces formalités, art. 20 de la loi et *Règlements sur les textes réglementaires*, C.R.C. 1978, c. 1509 et mod.

¹¹⁴Créé en 1973, le Comité est chargé d'étudier et de contrôler tous les textes réglementaires issus d'un pouvoir conféré par une loi fédérale : *Loi sur les textes réglementaires*, précitée, note 78, art. 19. Ces treize critères sont les suivants : «Si un règlement ou autre texte réglementaire relevant de sa compétence, de l'avis du Comité : 1. n'est pas autorisé par les dispositions de la législation habilitante ou n'est pas conforme à toute condition prescrite dans la législation; 2. n'est pas conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* ou à la *Déclaration canadienne des droits*; 3. a un effet rétroactif en l'absence d'autorisation formelle dans la législation habilitante; 4. impose des frais au Trésor public ou exige qu'un paiement soit versé à la Couronne ou à toute autre autorité, ou prescrit le montant de l'un quelconque de ces frais ou paiements, en l'absence d'autorisation formelle dans la législation habilitante; 5. impose une amende, un emprisonnement ou autre pénalité en l'absence d'autorisation formelle dans la législation habilitante; 6. tend directement ou indirectement à exclure la juridiction des tribunaux en l'absence d'autorisation formelle dans la législation habilitante; 7. n'est pas

règlement à l'un ou plusieurs de ces critères, il communique avec l'autorité qui l'a émis afin de discuter des modifications qui pourraient être apportées au texte. Si l'on ne parvient pas à une entente, le Président du Comité se charge du dossier. Il peut, lorsqu'il ne réussit pas à obtenir satisfaction du ministre responsable du projet de règlement, déposer un rapport à la Chambre des communes, lequel peut contenir une recommandation de désaveu du règlement¹¹⁵.

Lorsque le pouvoir réglementaire est attribué au gouverneur en conseil ou que le projet de règlement est soumis à son approbation, ce projet franchit une étape additionnelle : il est envoyé au Comité spécial du Conseil (Cabinet). Dans le cas contraire, cette formalité n'est pas requise. La procédure d'examen, d'enregistrement et de publication prévue à la *Loi sur les textes réglementaires* est distincte de la procédure additionnelle d'approbation par le gouvernement lorsqu'une loi prévoit qu'une telle formalité est nécessaire pour donner effet au règlement.

conforme à la *Loi sur les textes réglementaires* sur le plan de la transmission, de l'enregistrement ou de la publication; 8. paraît pour une raison quelconque enfreindre le principe de la légalité; 9. empiète indûment sur les droits et libertés des personnes; 10. assujettit indûment les droits et libertés de la personne au pouvoir discrétionnaire de l'Administration ou n'est pas conforme aux règles de justice naturelle; 11. utilise de manière inhabituelle ou inattendue les pouvoirs que confère la législation habilitante; 12. représente l'exercice d'un pouvoir législatif de fond qui devrait faire l'objet d'une loi par le Parlement; 13. est défectueux dans sa rédaction ou pour toute autre raison, nécessite des éclaircissements quant à sa forme ou son objet.» Ces critères sont énoncés sur un feuillet d'information général sans titre spécifique, mais produit par le Comité mixte permanent du Sénat et de la Chambre des communes d'examen de la réglementation. On peut en obtenir une copie en en faisant la demande auprès d'un conseiller juridique du Comité mixte.

¹¹⁵Art. 123 et suiv. du *Règlement de la Chambre des communes* (mai 1991). Ce règlement n'a pas de fondement législatif, car il est qualifié de règle de régie interne. Néanmoins, les conseillers juridiques du Parlement invoquent le principe de la responsabilité ministérielle pour appuyer le pouvoir de désaveu des règlements. C'est également en raison de ce principe que le pouvoir de désavouer un règlement existe seulement pour les textes qui émanent d'une autorité responsable devant le Parlement. Un texte réglementaire d'un organisme autonome, tel que l'Office national de l'énergie, ne peut pas faire l'objet d'une telle procédure. Une copie du Règlement peut être obtenue auprès du Comité mixte permanent du sénat et de la Chambre des communes d'examen de la réglementation.

En ce qui a trait aux textes réglementaires et aux autres documents, ils ne sont généralement pas soumis à la procédure édictée dans la *Loi sur les textes réglementaires*, sauf si l'acte constitue un règlement. Les formalités devront alors être respectées¹¹⁶. En droit administratif fédéral, le domaine des actes réglementaires comprend une diversité de normes nommées «textes réglementaires», tels que les instructions ou les directives. Mais cette définition ne se limite pas à une simple énumération de genres. Pour être qualifié de texte réglementaire, il faut qu'une loi fédérale autorise expressément un texte énuméré ou qu'il ait été pris¹¹⁷ par le gouverneur en conseil ou sous son autorité.

2.1.1.1 L'élaboration par le gouverneur en conseil

Cette variété d'actes réglementaires comprend les textes issus de la prérogative royale qui est définie par Dussault et Borgeat comme «l'ensemble des pouvoirs et privilèges attribués à la Couronne sans autorisation législative expresse»¹¹⁸. Très peu d'arrêtés en conseil ou de proclamations sont édictés en

¹¹⁶*Manuel de la réglementation fédérale, op. cit.*, note 78, p. 2.

¹¹⁷En français, l'expression «prendre un règlement» est correcte. Toutefois, lorsqu'il d'actes administratifs tels que les règles administratives il n'existe pas d'usage consacré. Le verbe «adopter» est inadéquat dans la mesure où il réfère à un processus impliquant des délibérations. «Le verbe «prendre» met l'accent sur le fait qu'une norme est une *décision prise* par une autorité publique, qui peut être l'Assemblée nationale, l'Exécutif, une municipalité ou un organisme public.» Jacques LAGACÉ, «Verbes exprimant l'action de créer des normes juridiques : adopter, édicter et prendre», (1987) *Légistique* 11, 12.

¹¹⁸R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, tome 1, note 1, p. 399. Dans *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade*, (1977) 2 All E.R. 182, 192 (C.A.), lord Denning décrit la prérogative royale comme étant «a discretionary power exercisable by the executive government for the

vertu de la prérogative royale et ils ont généralement un caractère décisionnel¹¹⁹. Il est exceptionnel que la Couronne recoure à la prérogative royale pour édicter un acte réglementaire¹²⁰ puisqu'il existe des lois régissant un nombre important des questions qui relèvent de ce pouvoir¹²¹. C'est pourquoi Dussault et Borgeat concluent que le pouvoir réglementaire autonome de la Couronne est tombé en désuétude¹²². D'ailleurs le juge Laskin (alors juge en chef de la Cour suprême) déclarait dans le *Renvoi relatif sur la Loi anti-inflation* que «[r]ien ne permet à Sa Majesté, en ce pays comme en Grande-Bretagne, de légiférer par proclamation, décret ou arrêté en conseil de façon à lier les citoyens sans s'appuyer sur une loi de la législature»¹²³.

Tout comme en droit québécois, un acte réglementaire émis par le gouvernement fédéral est invalide s'il n'a pas été édicté en vertu d'une loi¹²⁴.

public good, in certain spheres of governmental activity for which the law has made no provision [...].»

¹¹⁹R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, tome 1, note 1, p. 400, tels que la *Proclamation du drapeau national du Canada*, DORS/65-62 ou le *Décret sur la Croix du Souvenir (Première et Seconde guerre mondiale)*, C.R.C. 1978, ch. 1622 et 1623 et mod.

¹²⁰R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, tome 1, note 1, p. 401. *Décret sur les passeports canadiens*, TR/81-86, (1981) *Gaz. Can.* II, 1852.

¹²¹A.-G. c. *De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508, 539-540 (Lord Atkinson). La House of Lords devait décider de la valeur d'un pouvoir réglementaire issu de la prérogative royale après que le Parlement eut incorporé celui-ci dans une loi : « [...] when such a statute, expressing the will and intention of the King and of the three estates of the realm, is passed, it abridges the Royal Prerogative while it is in force to this extent : that the Crown can only do the particular thing under and in accordance with the statutory provision, and that its prerogative power to do that thing is in abeyance.»

¹²²s'il n'a pas complètement disparu, tel que le précise R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, tome 1, note 1, p. 402; Glendon. A. SCHUBERT, «Judicial Review of Royal Proclamations and Orders in Council», (1951-1952) 9 *U. of T.L.J.* 69, 71.

¹²³[1976] 2 R.C.S. 373, 433.

¹²⁴D'ailleurs, l'expression «delegated legislation» ou «subordinate legislation» a longtemps été utilisée pour désigner les textes réglementaires en Grande-Bretagne et au Canada. David M. WALKER, *The Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 347; voir aussi, *Halsbury's Laws of England*, 4e éd., vol. 44(1), Londres, Butterworths, 1995, par. 1499 et suiv.

C'est ce principe qui a mené les juges de la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Dlugosz*, à annuler une décision du Conseil des ministres qui imposait des obligations aux administrés et dont l'inobservance était passible d'une sanction pécuniaire. Puisque cette décision n'avait pas de fondement législatif, elle ne pouvait pas être maintenue. Malgré cette interdiction, il existe des règles administratives à portée réglementaire qui ne s'appuient sur aucun fondement législatif. Par exemple, le *Programme de contrats fédéraux pour l'équité en matière d'emploi* a été créé par une simple décision du Cabinet¹²⁵ et ce type de technique normative, la régulation par contrat, a été qualifié de nouvelle prérogative par Daintith¹²⁶.

Lorsque l'autorité contractante procède par voie d'appel d'offres, elle dépose une série de documents à l'intention des entrepreneurs qui désirent soumissionner. L'un de ces documents est le cahier des charges qui comporte les conditions du contrat qui s'imposent «en pratique aux soumissionnaires de marchés publics avec la même force qu'un règlement»¹²⁷. Le défaut de l'entrepreneur de remplir ces exigences est considéré comme une irrégularité majeure et conduit au rejet d'une soumission. Certaines de ces exigences ont un fondement réglementaire et s'appliquent de manière

(«subordinate legislation»). En France, les auteurs utilisent souvent la locution latine *secundum legem*. À l'origine, cette locution était utilisée pour désigner une coutume, un usage, une pratique qui s'établit conformément à la loi écrite ou qui s'applique en vertu d'un renvoi exprès de la loi. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 3e éd., Paris, P.U.F., 1992, p. 752. En droit contemporain, elle est employée pour désigner tout acte établi conformément à la loi.

¹²⁵CANADA, CONSEIL DU TRÉSOR (Secrétariat), *Programme de contrats fédéraux visant l'équité en matière d'emploi*, Circulaire no 1986-44, C.T. no 802984, le 15 août 1986, 8 p. La Circulaire est reproduite à l'app. D du manuel «Marchés», *op. cit.*, note 123. En tête du document, on peut lire : «Les dispositions du présent appendice sont impératives, étant donné qu'elles constituent une décision du cabinet.»

¹²⁶Terence DAINTITH, «Regulation by Contract : The New Prerogative», (1979) *Cur. Leg. Problems* 41.

¹²⁷P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 133.

générale¹²⁸ alors que d'autres sont étroitement reliées au projet à réaliser. Par contre, les obligations découlant du *Programme de contrats fédéraux pour l'équité en matière d'emploi* ne tirent pas leur source du règlement et ne sont pas spécifiques au marché proposé.

Vers le milieu des années '80, le gouvernement fédéral a mis sur pied une commission royale présidée par la juge Abella pour enquêter sur l'égalité en matière d'emploi au gouvernement fédéral. En réponse au rapport déposé en 1984¹²⁹, le Parlement a édicté une *Loi sur l'équité en matière d'emploi*¹³⁰ qui oblige les entreprises de compétence fédérale à mettre en œuvre un programme d'équité en emploi lorsqu'un marché leur est adjugé. Un nombre important de fournisseurs fédéraux sont des entreprises de compétence provinciale. Afin de colmater une brèche dans la mise en œuvre de sa réforme visant l'équité en matière d'emploi, le gouvernement fédéral a mis sur pied le *Programme de contrats fédéraux*. Il assujettit les entreprises de compétence provinciale à des obligations similaires à celles édictées dans la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*.

Tous les fournisseurs canadiens et étrangers qui ont des effectifs au Canada de cent employés ou plus et qui soumissionnent pour un marché de biens et de services dont la valeur estimative est d'au moins 200 000\$ doivent s'engager à mettre en œuvre l'équité en matière d'emploi en signant une attestation. Cette attestation fait partie des documents obligatoires inclus dans

¹²⁸Telles que les garanties de soumission et d'exécution, voir : *Règlement sur les marchés de l'État*, DORS/87-402 tel que mod., aux articles 10 à 16.

¹²⁹CANADA, COMMISSION SUR L'ÉGALITÉ EN MATIÈRE D'EMPLOI (juge Rosalie Silberman Abella, Commissaire), *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1984, 426 p.

¹³⁰L.R.C. (1985), ch. 23 (2e supp.) sanctionnée le 27 juin 1986. Cette loi a été abrogée et remplacée par la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44. Voir aussi le *Règlement sur l'équité en matière d'emploi*, DORS/96-470.

la soumission de l'entrepreneur. Quant à l'autorité contractante, elle s'engage à :

«n'étudier une soumission de 200 000\$ ou plus présentée par un fournisseur admissible employant 100 personnes ou plus que si le fournisseur a joint à sa soumission une attestation d'engagement acceptable et dûment signée ou la preuve d'une attestation antérieure, à moins que le fournisseur ne soit régi par les lois fédérales.»¹³¹

Lorsqu'un contrat est adjudgé à un entrepreneur certifié, ce dernier doit recenser et supprimer les obstacles artificiels pouvant nuire au recrutement, à l'embauchage, à l'avancement et à la formation des femmes, des autochtones, des personnes handicapées et des membres des minorités visibles. Les entreprises doivent soumettre un plan d'équité en matière d'emploi et des échéances dans la mise en œuvre de ce plan. Le respect de ces plans et échéances fait l'objet de vérifications ponctuelles par les agents du ministère du Développement des ressources humaines.

Si à la suite d'une vérification l'agent du ministère juge les progrès de l'entreprise insatisfaisants, il peut imposer des mesures de correction dont l'entrepreneur doit tenir compte. Si l'entrepreneur estime que l'avis de l'agent est déraisonnable, il peut en appeler au ministre. Ce dernier nommera un inspecteur indépendant qui lui fera rapport. Lorsque le rapport confirme le point de vue de l'agent du ministère, l'entrepreneur doit apporter les corrections. S'il refuse, le ministre peut le disqualifier. Cette disqualification

¹³¹ *Programme de contrats fédéraux visant l'équité en matière d'emploi*, précité, note 125, point 2.

entraîne la déchéance du droit de soumissionner pour d'autres marchés¹³². Le *Programme de contrats fédéraux pour l'équité en matière d'emploi* constitue un code normatif complet en soi, car outre les obligations créées, il contient aussi des mécanismes de surveillance, de sanction et de contestation. Il s'impose aux entrepreneurs par le moyen de la technique contractuelle. Ils n'ont pas le choix de se conformer s'ils veulent obtenir un contrat.

Jusqu'à tout récemment, il n'existait pas de trace législative du *Programme de contrats fédéraux*. Les dernières modifications à la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*¹³³ y ont remédié. À l'article 42(2), le Ministre du Développement des ressources humaines est chargé de son administration. Cependant, cette mention dans la loi ne vise qu'à spécifier qui est l'autorité en charge de gérer le Programme. Elle ne donne pas la compétence au ministère de modifier l'ordre juridique institué par ce programme.

L'argument présenté au soutien de la validité de ce genre d'acte est le caractère «volontaire» des mesures. Le cocontractant étant «libre» de conclure un contrat avec le gouvernement ou de s'en abstenir, ce programme ne constitue pas une forme de réglementation mais un exercice du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral. Par son pouvoir de dépenser, le gouvernement peut conclure des engagements financiers dont les contrats administratifs sont sans doute la forme la plus utilisée.

Le pouvoir de dépenser n'est pas une compétence explicitement nommée dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle est inférée du pouvoir de lever des taxes (article 91.3), de légiférer en relation à la propriété publique (article 91.1A) et de procéder à l'affectation du fonds consolidé du revenu du

¹³²*Id.*, points 3 et 4.

¹³³Précitée, note 130.

Canada (article 106)¹³⁴. Le pouvoir exécutif de dépenser suit les pouvoirs législatifs qui sont attribués à chaque ordre de gouvernement¹³⁵. Le gouvernement fédéral peut recourir à son pouvoir de dépenser dans la mesure où il reflète l'exercice d'une compétence explicitement dévolue à cet ordre de gouvernement en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À première vue, tel n'est pas le cas puisque le *Programme de contrats fédéraux* régleme les entreprises provinciales.

L'existence juridique du pouvoir du gouvernement fédéral de dépenser dans les champs de compétence provinciale est une question controversée en droit constitutionnel¹³⁶, mais les tribunaux tolèrent ces dépenses du gouvernement¹³⁷. Il peut utiliser ce pouvoir pour mettre en œuvre une compétence ressortissant d'un domaine qui ne tombe pas dans l'un des champs énumérés à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais seulement dans la mesure où l'aspect dominant ou le caractère véritable (*pith and substance*) du programme est l'octroi ou le retrait d'argent et non la réglementation d'un domaine qui relève des gouvernements provinciaux. La question centrale est donc de déterminer si l'aspect dominant du Programme est la réglementation des entreprises provinciales ou la dépense de fonds publics. Dans le premier cas, il convient de conclure que le Programme est

¹³⁴Voir les ouvrages de P. W. HOGG, *op. cit.*, note 108, p. 155 et suiv; Gérard V. LA FOREST, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 1969, p. 136 et suiv.

¹³⁵*Liquidators of the Maritime Bank v. Receiver General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437, 433.

¹³⁶*Renvoi relatif à l'assurance-chômage (P.G. Canada c. P.G. Ontario)*, [1937] A.C. 355, 366-367; Andrée LAJOIE, «L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser», dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech, points de vue juridiques et politiques*, Montréal, Éd. Thémis, 1988, p. 163 à la p. 164.

¹³⁷*Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, 567. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 664; P.W. HOGG, *op. cit.*, note 108, p. 158; François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.L., 1982, p. 1039 et suiv.

invalide, alors que dans le second c'est la solution inverse qui doit être retenue.

La création de règles administratives applicables dans le contexte des contrats pose une difficulté d'intégration de ces règles dans le droit. L'opinion en faveur d'une telle utilisation des pouvoirs du gouvernement s'appuie sur une distinction entre l'acte volontaire, libre de contrainte, et l'acte normatif qui dicte le comportement¹³⁸. Cette analyse binaire exclue les dimensions unilatérales qui sont présentes dans les contrats administratifs. Cette question sera analysée plus loin, mais pour le moment il faut constater que la distinction entre le volontaire et le normatif est discutable sur le plan de la détermination du caractère réglementaire ou non réglementaire d'un acte posé par l'Administration, car il est difficile de soutenir que les entrepreneurs ont le loisir de se priver «volontairement» d'un contrat de biens ou de services.

2.1.2.2 L'autorisation législative expresse

Afin d'identifier s'il s'agit d'un texte réglementaire autorisé par la loi, l'acte doit être créé «dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale», avec «autorisation expresse de prise du texte» et non «par une simple attribution à quiconque —personne ou organisme— de pouvoirs ou fonctions liés à une question qui fait l'objet du texte»¹³⁹. À juste titre, Issalys et Lemieux qualifient cette disposition législative «[d']assez alambiquée». Ils estiment qu'elle tend à soustraire du domaine des textes

¹³⁸*Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, précité, note 137, 567; P.W. HOGG, *op. cit.*, note 108, p. 158.

¹³⁹*Loi sur les textes réglementaires*, précitée, note 78, art. 2(1) «texte réglementaire» a)(i).

réglementaires les «textes dénués de caractère normatif général et impersonnel» tels les «directives, énoncés de politique et circulaires»¹⁴⁰. Il est exact que le législateur fédéral retranche de sa définition les actes qui ne sont pas normatifs, mais ce n'est pas cette disposition législative que le ministère de la Justice invoque pour faire cette analyse. De plus, le législateur n'a pas exclu de manière générale les règles administratives telles que les directives, les énoncés de politique et les circulaires. Si, par exemple, la disposition législative prévoit une attribution de pouvoir libellée de la sorte : «le ministre (ou un autre administrateur) peut établir des directives, politiques, circulaires, instructions» ou un autre texte spécifiquement nommé, il s'agit d'un texte réglementaire.

C'est cette interprétation de la *Loi sur les textes réglementaires* qui est retenue par la Direction des services législatifs du ministère de la Justice :

«L'expression 'avec autorisation expresse de prise du texte' est significative et indique que la nature du texte doit être précisée dans la disposition habilitante [...]»¹⁴¹

Cette interprétation est fondée sur deux décisions de la Cour d'appel fédérale. Dans *Liberty Home Products Corporation c. Minister of National Revenue*¹⁴², le juge Pratte dit :

«In *Canadian Pacific Ltd. c. Canadian Transport Commission* (1988), 86 N.R. 360, this court has already decided that for an instrument to be a statutory instrument within the meaning of that definition, it must be made pursuant to a legislative

¹⁴⁰P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 403.

¹⁴¹*Manuel de la réglementation fédérale, op. cit.*, note 78, partie 2, p. 3.

¹⁴²(1990) 113 N.R. 51, 52 (C.A.F.).

provision expressly providing that the power it confers must be exercised by the making of a specific type of instrument.»

Dans son *Manuel de la réglementation fédérale*, la Direction des services législatifs donne deux exemples pour illustrer la portée de la définition de «texte réglementaire». Le premier exemple est le suivant : «le ministre établit une liste de substances toxiques.» La Direction commente l'exemple ainsi : «la liste constitue un texte réglementaire, car il y a autorisation expresse de prise du texte.»¹⁴³ Dans le deuxième cas, la Direction des services législatifs cite une disposition législative édictant que : «Le gouverneur en conseil peut fixer [ou réglementer] les quantités maximales de plomb pouvant être rejeté dans l'atmosphère...». À la suite de cet exemple, la Direction explique :

«la prise d'un texte n'y est pas expressément autorisée. Même si le gouverneur en conseil aura à prendre un décret pour fixer ou réglementer ces quantités, un tel décret ne constituera pas un texte réglementaire, étant donné que la nature du texte n'est pas expressément mentionnée, et ce malgré le fait que le pouvoir exercé est manifestement législatif.»¹⁴⁴

Cet exemple de disposition législative est analogue à celui qui a fait l'objet de la décision *Canadian Pacific Ltd. c. Canadian Transport Commission*¹⁴⁵. Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale examine l'article 328 de la *Loi sur les chemins de fer* qui édictait :

¹⁴³*Manuel de la réglementation fédérale, op. cit.*, note 78, partie 2, p. 3. Sur ce point, voir l'art. 8(1) de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. (1985), c. E-17 autorisant le ministre à : «(...) délivrer à tout résident du Canada qui en fait la demande une licence pour l'importation de marchandises figurant sur la liste des marchandises d'importation contrôlée (...).» Cette liste fait l'objet d'un règlement : *Liste des marchandises d'importation contrôlée*, C.R.C., c. 604 et mod.

¹⁴⁴*Manuel de la réglementation fédérale, op. cit.*, note 78, partie 2, p. 3.

¹⁴⁵(1988) 86 N.R. 360 (C.A.F.).

«The Commission shall prescribe for the Canadian National Railway Company and the Canadian Pacific Railway Company a uniform classification and system of accounts and returns of their assets, liabilities, revenues and working expenditure that relate to railway operations.»

Dans son jugement, le juge Pratte pose la question suivante à l'égard de cet article :

«Does that provision expressly authorize the Commission to issue or make an instrument (whether it be a rule, order, regulation, ordinance, direction or another kind of instrument)?»¹⁴⁶

Et sa réponse suit immédiatement sa question :

«In my view, it does not, it merely confers on the Commission certain powers or functions in relation to the system of accounting to be followed by the railway companies. For that reason, I am of opinion that, contrary to what was submitted by the appellant, the Order No. 1985-CTC-7 of the Commission is not a statutory instrument that had to be registered under the Statutory Instruments Act.»¹⁴⁷

¹⁴⁶*Id.*, 363.

¹⁴⁷*Id.* Voici un autre exemple de disposition législative intéressant, car le législateur attribue à la fois le pouvoir de prendre des «textes», en l'occurrence des lignes directrices, des codes de pratique et des règlements, et des «critères». En effet, l'article 58(1) de la *Loi de mise en œuvre du processus fédéral d'évaluation environnementale*, L.C. (1992), c. 37., édicte que : «Pour l'application de la présente loi, le ministre peut : a) donner des lignes directrices et établir des codes de pratique ou de procédure d'application de la présente loi et des règlements, y compris, établir des critères servant à déterminer si, compte tenu de l'application de mesures d'atténuation indiquées, est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants ou si les effets sont justifiables dans les circonstances»

Si ce critère formel —la «formule magique»¹⁴⁸— n'est pas rempli, c'est que l'acte relève d'une simple attribution de pouvoir et fait partie de la catégorie des «autres documents».

Une fois cette première étape franchie avec succès —l'acte rencontre ces formalités— le processus de qualification n'est pas terminé. La *Loi sur les textes réglementaires* prévoit quatre exceptions particulières. La première est relative aux textes réglementaires émanant d'une personne morale de droit privé constituée sous le régime d'une loi fédérale¹⁴⁹. La deuxième porte sur les textes réglementaires émis par un organisme judiciaire ou quasi judiciaire sauf s'il s'agit de règlements, d'ordonnances ou de règles qui régissent la pratique ou la procédure dans les instances engagées devant un tel organisme¹⁵⁰. Cette disposition ne viserait que les décisions et les ordonnances des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs fédéraux¹⁵¹. L'intention du Parlement ne serait pas de retrancher tous les textes réglementaires émanant de ces organismes, mais «seulement ceux émanant de l'exercice de leur fonction judiciaire ou quasi judiciaire.»¹⁵² Ainsi, les tribunaux administratifs multifonctionnels et ceux qui exercent des fonctions purement juridictionnelles ne seraient pas dispensés de suivre les formalités de la *Loi sur les textes réglementaires* lorsqu'ils créent des actes normatifs à portée générale, notamment à des fins procédurales¹⁵³.

¹⁴⁸C'est l'expression utilisée par le ministère de la Justice.

¹⁴⁹En effet, les textes émanant d'une personne morale responsable en fin de compte, par l'intermédiaire d'un ministre, devant le Parlement, ne sont pas exclus : *Loi sur les textes réglementaires*, précitée, note 78, art. 2(1)b)(i)(A).

¹⁵⁰*Id.*, art. 2(1)b)ii).

¹⁵¹P. ISSSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 403.

¹⁵²*Manuel de la réglementation fédérale*, *op. cit.*, note 78, partie 2, p. 4.

¹⁵³Dans le jugement *Canadien Pacifique Ltée c. Commission canadienne des transports*, (1988) 86 N.R. 360, 369, le juge Marceau, dissident, émit l'opinion selon laquelle même les

La troisième exclusion comprend les textes réglementaires qui sont de droit protégés pour ce qui est de leur production ou de leur communication. On fait référence ici aux documents gouvernementaux protégés par la *Loi sur l'accès à l'information*¹⁵⁴ laquelle vise notamment les décisions du conseil des ministres sous forme de décret ou celles à caractère politique ou administratif et consignées dans les procès-verbaux du conseil. La disposition vise aussi les textes réglementaires dont «le contenu se limite à des avis ou renseignements uniquement destinés à servir ou à contribuer à la prise de décisions, à la fixation d'orientations générales ou à la vérification d'éléments qui y sont nécessairement liés»¹⁵⁵. Finalement, les «ordonnance[s] du territoire du Yukon ou des Territoires du Nord-Ouest»¹⁵⁶ sont exclues.

Lorsque l'autorité qui a émis l'acte a fait ces vérifications et qu'elle conclut qu'il s'agit d'un texte réglementaire visé par la loi, elle peut se demander si le document produit «constituerait un règlement». En cas de doute, elle «envoie un exemplaire au sous-ministre de la Justice, auquel il appartient de trancher la question»¹⁵⁷.

Sur réception de l'acte, le sous-ministre de la Justice examine si les conditions formelles énumérées plus haut sont remplies et, le cas échéant, il en évalue la portée normative. Les conseillers juridiques du ministère de la Justice utilisent l'article 2(1)a) de la *Loi sur les textes réglementaires* qui prescrit

actes issus de l'exercice de pouvoirs normatifs conférés aux tribunaux multifonctionnels sont visés par cette exclusion.

¹⁵⁴L.R.C. (1985) c. A-1, art. 69.

¹⁵⁵*Loi sur les textes réglementaires*, précitée, note 78, art. 2(1)b) iii). Elle vise notamment les avis et les recommandations des organismes consultatifs : P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 108 et 403.

¹⁵⁶*Loi sur les textes réglementaires*, précitée, note 78, art. 2(1)b)iv).

¹⁵⁷*Id.*, art. 4; sur l'examen des textes réglementaires, voir : CANADA, COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les organismes administratifs autonomes*, document de travail n° 25, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1980, p. 71 et suiv.

qu'un règlement est un texte réglementaire pris dans l'exercice d'un pouvoir législatif¹⁵⁸. S'appuyant sur l'arrêt *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, le ministère complète en quelque sorte la définition de la loi pour y ajouter une analyse des critères posés par la Cour afin de reconnaître un acte de nature législative¹⁵⁹. De plus, même si certains autres actes «ne satisfont pas nécessairement à ces critères» ils seront «également considérés comme pris dans l'exercice d'un pouvoir législatif». Il s'agit :

«a) [des] textes modifiant une annexe ou toute autre disposition d'une loi b) [des] textes qui exemptent une personne des exigences d'une disposition législative ou qui les modifient; c) [des] listes de substances ou de marchandises établies pour compléter la loi»¹⁶⁰

Ces critères, vaguement énoncés, ajoutent à l'obscurité entourant l'identification des actes qui constituent des règlements.

Malgré l'interprétation mécaniciste de la *Loi sur les textes réglementaires*, les conseillers juridiques du ministère de la Justice peuvent néanmoins qualifier un document issu d'une simple attribution de pouvoir de texte réglementaire parce qu'ils estiment que l'acte comporte des effets réglementaires jugés suffisants pour l'assujettir aux formalités de la *Loi sur les textes réglementaires*. Cette analyse est par ailleurs conforme à la décision

¹⁵⁸*Id.*, art. 2(1) «règlement» a).

¹⁵⁹*Manuel de la réglementation fédérale, op. cit.*, note 78, p. 6.

¹⁶⁰*Id.* Concernant les listes, le juge Linden de la Cour d'appel fédérale précisa dans *Association canadienne des importateurs réglementés c. Canada*, [1994] 2 C.F. 247, 236 (C.F.A.) qu'il n'y avait eu «aucune contestation de la nature législative du fait d'inscrire les articles sur la liste.» Pour d'autres décisions impliquant des listes, voir *Maple Lodge Farms*, précité, note 82, 4; *Nu-Pharm Inc., c. Rochon*, [1997] R.J.Q. 1713, 1716 (C.S.).

*Canadien Pacifique Ltée*¹⁶¹ où la Cour d'appel fédérale a jugé que l'ancien article 328 de la *Loi sur les chemins de fer*, en vertu duquel la Commission canadienne des transports avait émis une ordonnance sur la *Classification uniforme des comptes* (CUC), conférait un pouvoir réglementaire à la Commission¹⁶². L'article 328 se lit comme suit :

«(1) La Commission doit prescrire pour la compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et la compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique une classification et un système uniformes de comptes et de relevés concernant l'actif, le passif, les recettes et les frais d'exploitation relatifs aux opérations ferroviaires.

(2) La Commission peut prescrire pour toute autre compagnie de chemin de fer relevant de l'autorité législative du Parlement du Canada une classification et un système uniformes du genre décrit au paragraphe (1), ou une forme condensée de semblables classification et système.»¹⁶³

Répondant à l'argument de l'intimée selon lequel cette disposition n'est qu'une attribution de pouvoir et non un pouvoir de créer un acte spécifique, le juge Ryan répondit qu'il ne croyait pas «qu'il s'agisse là d'un fait très utile pour nous aider à déterminer si la CUC constitue un ensemble de règlements.»¹⁶⁴ Le juge MacGuigan, pour sa part, énonça, non moins clairement, qu'il «est un principe absolument indiscutable dans l'univers confus de la législation

¹⁶¹[1985] 2 C.F. 136.

¹⁶²*Id.*, 145 (j. Ryan); 150 (j. MacGuigan et Pratte)

¹⁶³*Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. (1970), c. R-2, art. 328.

¹⁶⁴*Id.*, 145 (j. Ryan).

déléguée, c'est qu'il ne faut pas tirer de conclusion à partir de la terminologie seule, celle-ci étant remarquablement marquée au coin de l'inconsistance.»¹⁶⁵

L'ouverture vers une évaluation a priori du caractère normatif de l'acte, notable au ministère de la Justice pour les textes réglementaires ainsi que dans l'arrêt *Friends of the Oldman River* de la Cour suprême, constitue donc un changement significatif. En référant au langage impératif des lignes directrices, et ce dès le début de l'analyse, la Cour se montre disposée à évaluer l'effet normatif de la règle pour ensuite déterminer s'il est rattaché à la loi constitutive de l'organisme. Cette différence est importante car dans trois arrêts antérieurs de la Cour suprême portant sur des règles administratives (*Martineau*, *Capital Cities Communications* et *Maple Lodge Farms*), les juges avaient escamoté cette analyse, bien que dans ces jugements les règles étaient «formulées de manière à les rendre impératives».

Dans l'arrêt *Martineau (no 1)*, les règles instaurent une procédure afin d'assurer le droit d'être entendu par les détenus qui avaient commis une infraction grave ou manifeste dans le pénitencier. Par exemple, ces règles énonçaient péremptoirement : «On ne prononcera aucun verdict contre un détenu [...] à moins qu'il n'ait reçu un avis, [...] qu'il ait comparu, [...] qu'on lui a donné la possibilité de dire tout ce qu'il y avait à dire pour sa défense.»¹⁶⁶ Dans l'arrêt *Capital Cities Communications*, il s'agissait de déterminer la légalité d'une politique émise par le CRTC qui interdisait aux entreprises de télévision par câble de vendre elles-mêmes des messages publicitaires en remplacement de ceux qu'elles supprimaient des émissions qu'elles achetaient notamment en provenance des États-Unis¹⁶⁷. Afin de ne pas porter préjudice aux marchés de la télévision locale et de la publicité canadienne, la politique encourageait les

¹⁶⁵*Id.*, 148 (J. Ryan). Comme le souligne P. GARANT, *op. cit.*, note 86, p. 388, le terme règlement n'a rien de sacramentel, l'étiquette peut varier.

¹⁶⁶*Martineau*, précité, note 81, 127-128.

¹⁶⁷*Capital Cities Communications Inc.*, [1978] 2 R.C.S. 141, 149.

compagnies de câble à conclure des ententes avec les stations de télévision de leur région pour télédiffuser des messages publicitaires dont la «vente aura, au préalable, été assurée par des stations de télévision canadiennes»¹⁶⁸.

L'affaire *Maple Lodge Farms* portait sur l'application de lignes directrices du ministre de l'Industrie en vertu de lesquelles ce dernier avait inscrit le poulet sur la liste des marchandises dont l'importation tombait sous contrôle. Le ministre énonçait sa politique en ses termes : «Si le produit canadien n'est pas offert au prix du marché, une licence est émise»¹⁶⁹. Dorénavant, tout administré désirant importer le poulet devait obtenir auprès du ministre un permis fixant un quota d'importation et un des éléments dont le ministre tenait compte avant de rendre une décision était la disponibilité du produit sur le marché canadien. Comme le juge Le Dain de la Cour d'appel fédérale l'avait souligné : «l'inscription du poulet sur la liste a pour effet, en vertu de l'article 14 de la Loi, d'en interdire l'importation "si ce n'est sous l'autorité et en conformité d'une licence d'importation délivrée selon la présente loi".»¹⁷⁰

Il est difficile d'évaluer la portée réglementaire des attributions législatives conférant explicitement le pouvoir de créer des normes autres que des règlements, d'autant plus que la *Loi sur les textes réglementaires* est particulièrement complexe lorsqu'il s'agit d'identifier les actes soumis au processus réglementaire. Lorsque le ministère de la Justice reçoit un document d'un organisme administratif afin de déterminer s'il constitue un règlement, il examine, dans un premier temps, s'il s'agit d'un texte réglementaire. Pour ce faire, il applique strictement le test formel —il doit être

¹⁶⁸*Id.*

¹⁶⁹*Maple Lodge Farms*, précité, note 82, 6. Il s'agit ici d'une traduction incorrecte. Dans le texte anglais, il est plutôt écrit «If Canadian product is not offered at the market price, a permit will normally be issued; ...»

¹⁷⁰*Id.*, 5. Le juge McIntyre de la Cour suprême a cité la décision du juge Le Dain avec approbation.

issu de «l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale, avec autorisation expresse de prise du texte» ou être «pris par le gouverneur en conseil ou sous son autorité». Lorsque le texte réglementaire ne remplit pas ces exigences, le ministère de la Justice peut ne pas s'interroger sur le caractère normatif de l'acte.

Cette interprétation très littérale de la *Loi sur les textes réglementaires* est discutable, car elle a pour effet de soustraire indûment divers actes à portée normative émanant des organismes administratifs de la procédure d'examen, d'enregistrement, de publication et de contrôle parlementaire prévue dans cette loi. Dans le projet de loi C-25, le législateur fédéral aurait simplifié le régime des textes réglementaires en proposant une seule catégorie de textes, soit les règlements, qui aurait essentiellement repris les critères posés par la Cour suprême dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*. Le projet de loi C-25 aurait proposé la définition suivante du règlement : «texte d'application générale pris sous le régime d'une loi fédérale et établissant unilatéralement des règles de conduite ayant force de loi»¹⁷¹. Le processus réglementaire se serait appliqué à «tout règlement pris en vertu d'une disposition législative habilitante qui le désigne comme tel ou, à défaut, précise le type de texte —notamment décret, arrêté, règle, ordonnance, liste ou directive— par lequel se serait exercé le pouvoir réglementaire.»¹⁷² Malgré

¹⁷¹Projet de loi C-25, précité, note 19, art. 2(1) «règlement».

¹⁷²*Id.*, art. 4(1). Sont exemptés du processus réglementaire, les formulaires «de nature administrative qui, sans créer d'obligations juridiques de fond, ne font que permettre l'exécution d'obligations juridiques existantes» *id.*, art. 4(2). À noter l'usage d'expressions ambiguës : formulaire de nature administrative (opposés à quel autre de type de formulaire?) et obligations juridiques de fond (cela exclut-il les règles procédurales?). Le projet de loi C-25, précité, note 19, permet l'incorporation par renvoi dans un règlement tout «document produit par une personne ou un organisme autre que l'autorité réglementante, notamment par : un organisme de normalisation [...], une organisation commerciale ou industrielle, un gouvernement, un organisme gouvernemental ou une organisation internationale», *id.*, art. 16. Les documents ainsi incorporés n'ont toutefois pas «valeur de règlement», *id.*, art. 19, et aucune sanction ne peut découler de leur non-respect «sauf s'il est prouvé que, au moment du fait reproché, le contrevenant avait facilement accès au document, des mesures raisonnables avaient été prises pour que les intéressés puissent y avoir accès ou celui-ci était publié dans la *Gazette du*

que le ministère de la Justice avait reconnu le caractère indûment réducteur de l'obligation d'une habilitation expresse de prise d'un texte, il aurait néanmoins retenu la «formule magique».

À l'instar du Comité mixte permanent d'examen de la réglementation, il faut admettre que le test formel employé par le ministère de la Justice pour distinguer les textes réglementaires des autres documents, maintient une «distinction arbitraire et totalement artificielle entre deux catégories de législation déléguée»¹⁷³. Le Comité s'est d'ailleurs officieusement opposé au projet de loi C-25 entre autres pour cette raison¹⁷⁴. Le pouvoir explicite d'établir un texte réglementaire spécifiquement nommé dans la loi n'est pas un critère significatif pour distinguer les actes réglementaires des autres textes, notamment des règles administratives, d'autant plus qu'un administrateur peut être habilité expressément à établir des règles administratives. Ces autorisations demeurent encore relativement peu fréquentes (si l'on compare aux attributions de prendre des règlements), mais ce constat résulte en partie des incertitudes entourant l'utilisation des règles administratives. On peut noter, cependant, que lorsque les cours de justice se sont prononcées sur la légalité de règles administratives dans des contextes donnés, ces jugements ont été codifiés. Par exemple, à la suite de

Canada.» Ici, on reconnaît qu'une norme incorporée par renvoi peut avoir des effets de droit, *id.*, art. 18. À l'article 17 du Projet de loi C-25, on oblige l'autorité réglementante à prendre des «mesures raisonnables pour que les intéressés puissent avoir accès aux documents incorporés par renvoi dans les règlements ainsi qu'à leurs modifications ultérieures». En clair, ces documents peuvent établir des règles générales qui ne seront pas assujettis au processus réglementaire.

¹⁷³CANADA, SECRÉTARIAT DU COMITÉ MIXTE PERMANENT D'EXAMEN DE LA RÉGLEMENTATION, *Commentaire sur le Projet de loi C-25*, préparé pour les membres du Comité mixte permanent d'examen de la réglementation, octobre 1996. Ces commentaires n'ont pas fait l'objet d'une publication, mais sont disponibles auprès du Secrétariat.

¹⁷⁴SÉNAT DU CANADA et CHAMBRE DES COMMUNES, *Délibérations du comité mixte permanent d'examen de la réglementation*, fascicule n° 9 : examen des textes réglementaires, Ottawa, Groupe Communication Canada, 31 octobre 1996, p. 9:17.

l'arrêt *Capital Cities Communications*¹⁷⁵, la *Loi sur les télécommunications*¹⁷⁶ et la *Loi sur la radiodiffusion*¹⁷⁷ ont été modifiées pour inclure des dispositions législatives expresses permettant au CRTC d'énoncer des directives.

La possibilité de demander l'avis du ministère de la Justice sur le caractère normatif de l'acte est très informelle. Les organismes n'ont pas l'obligation de s'y soumettre. En raison de cette discrétion laissée à l'administrateur, certains textes réglementaires constituant des règlements ne sont pas édictés, volontairement ou non, de manière conforme aux formalités énoncées dans la *Loi sur les textes réglementaires*¹⁷⁸. D'ailleurs, c'est ce constat qui a sans doute incité les juges de la Cour suprême à reconnaître l'existence d'un régime juridique hybride, soit celui de l'acte quasi réglementaire. En effet, l'acte quasi réglementaire doit être issu d'une action positive du gouvernement qui peut notamment (comme dans l'arrêt *Friends of the Oldman River*) prendre la forme d'une approbation du texte. Mais cette exigence d'une «action positive du gouvernement» est distincte du processus d'examen et d'enregistrement des «règlements» prévu à la *Loi sur les textes réglementaires*. Il est donc concevable qu'un texte fondé sur une loi expressément habilitante et soumis par celle-ci à l'approbation du gouverneur en conseil puisse ne pas être considéré comme un «règlement» au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*; du moins l'autorité réglementaire peut choisir de ne pas le considérer comme tel, et n'est pas tenu de faire trancher la question par le ministère de la Justice en vertu de l'article 4 de la *Loi sur les textes réglementaires*. En revanche, un texte fondé sur une loi expressément habilitante mais non soumis par celle-ci à l'approbation du gouverneur en conseil sera traité comme un «règlement» dès lors que l'autorité réglementaire voudra bien considérer qu'il représente

¹⁷⁵*Capital Cities Communications*, précité, note 167.

¹⁷⁶*Loi sur les télécommunications*, précitée, note 97, art. 58.

¹⁷⁷*Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 93, art. 6.

¹⁷⁸P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 404.

l'exercice d'un «pouvoir législatif». Cette solution étonnante s'explique essentiellement par la dissociation entre la *Loi sur les textes réglementaires* et la jurisprudence récente de la Cour suprême. L'exigence d'«action positive du gouvernement» a été élaborée dans un contexte où la *Loi sur les textes réglementaires* n'avait pas d'incidence, et avant que la Cour soit saisie du problème de l'acte quasi réglementaire.

En raison des faiblesses d'une approche strictement formelle, le ministère de la Justice ne s'en tient plus nécessairement à ce seul critère et autorise ses fonctionnaires à analyser si la règle a un caractère normatif suffisant, malgré l'absence d'une autorisation expresse de prise du texte, et ce à partir des critères matériels posés par la Cour suprême dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*. À titre de rappel, la Cour suprême a énoncé deux critères matériels à l'identification des actes de nature législative, soit le fond, mais il s'agit en fait de la fonction (comme je l'ai déjà expliqué), et l'effet.

2.2 *Les critères matériels*

Dans le cadre des travaux du laboratoire de recherche sur la justice administrative de l'Université Laval, Garant et Issalys affirmaient que la norme en droit consiste «en un acte comportant la volonté de contraindre la conduite d'autres sujets de droit»¹⁷⁹. Lorsque l'objet de la norme implique «la naissance d'un état de droit différent venant préciser ou modifier les droits et

¹⁷⁹Patrice GARANT, Pierre ISSALYS, *Loi et règlement*, Travaux du Laboratoire de recherche sur la justice administrative (no 10), Québec, Université Laval, Faculté de droit, 1981, p. 23.

obligations d'une catégorie d'administrés»¹⁸⁰, il s'agit d'un acte qui modifie l'ordre juridique.

En s'inspirant des travaux de Mockle¹⁸¹, Issalys et Lemieux reprennent le critère de l'acte qui modifie l'ordre juridique pour déterminer si une règle administrative peut être qualifiée de directive quasi réglementaire. Leur typologie des actes administratifs est fondée sur ce critère. Ils proposent trois catégories d'actes administratifs issus du pouvoir discrétionnaire. Les actes prédécisionnels, les actes décisionnels et les actes postdécisionnels. Les actes prédécisionnels ont pour fonction de «préparer le terrain» afin que la décision soit prise de «manière éclairée, informée et efficace»¹⁸². Les actes postdécisionnels sont des actes qui «servent à donner effet à la mesure prise»¹⁸³. Quant aux actes décisionnels, ce sont ceux qui modifient l'ordonnement juridique «par les obligations qu'ils imposent ou par les droits qu'ils confèrent»¹⁸⁴. Ces actes sont nommés «actes discrétionnaires». Bien que les règles administratives soient généralement classées dans les catégories d'actes prédécisionnels ou postdécisionnels, certaines sont incluses dans les actes discrétionnaires à portée générale : ce sont les actes quasi réglementaires¹⁸⁵. En effet, ces auteurs définissent les directives quasi réglementaires comme étant des «actes discrétionnaires à portée générale»¹⁸⁶ et ces derniers sont des actes juridiques «émanant d'une autorité

¹⁸⁰R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 1, p. 404.

¹⁸¹D. MOCKLE, *op. cit.*, note 3, p. 265.

¹⁸²*Id.*, p. 105.

¹⁸³*Id.*, p. 103.

¹⁸⁴*Id.*, p. 118.

¹⁸⁵*Id.*, p. 129-130.

¹⁸⁶P. ISSALYS, D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p.130.

administrative en vue de modifier l'ordonnancement juridique par les obligations qu'ils imposent ou par les droits qu'ils confèrent.»¹⁸⁷

Dans le cadre de l'analyse des règles administratives, comment déterminer s'il s'agit d'un acte qui modifie l'ordre juridique? Issalys et Lemieux distinguent les directives qui ont une portée indicative de celles qui ont une portée impérative¹⁸⁸. Les premières sont un «simple guide à l'exercice de la discrétion et n'exerceront, de fait, aucune contrainte sur l'organisme ou le fonctionnaire concerné, les secondes constitueront des règles obligatoires qui verront à être observées par leur destinataire sous peine de sanctions administratives. Ce sont ces dernières règles que l'on pourra ranger parmi les actes discrétionnaires à portée générale»¹⁸⁹. En droit français, Seiller fait une distinction entre, d'une part, les circulaires impératives et les circulaires indicatives; d'autre part, toutes deux peuvent avoir une portée interprétative ou novatrice. Cependant, ce ne sont que les circulaires réglementaires (novatrices) qui modifient l'ordre juridique¹⁹⁰. Deux problèmes se posent ici qui seront traités successivement. En premier lieu, comment distinguer l'acte novateur de l'acte simplement interprétatif? Est-il exact de prétendre que

¹⁸⁷*Id.*, p. 118.

¹⁸⁸P. GARANT, *op. cit.*, note 86, p. 395. «Certains actes ont toutes les apparences du règlement sans en être : ce sont ce que la doctrine appelle l'acte pararéglementaire appelé soit directive, instruction, énoncé de politiques, politiques administratives, circulaire interprétative, etc. Ces nombreux textes ont une grande utilité, mais n'ont surtout qu'une valeur incitative ou interprétative.»

¹⁸⁹P. ISSALYS, D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p.130.

¹⁹⁰Bertrand SEILLER, «Circulaires et légalité» (1997) 13 *R.F.D. adm.* 1218, 1223-1225. Gérard Timsit a proposé une classification des règles contenues dans l'ordre juridique qui systématise mieux leurs effets. Il s'agit des actes réglementaires, réglementaires et interprétatifs. Entre les règles qui ont un effet normatif impératif et celles qui n'ont qu'un effet indicatif, il existe une catégorie intermédiaire qu'il nomme acte réglementaire. Gérard TIMSIT, «La régulation: naissance d'une notion», dans *Archipel de la norme*, coll. «Les Voies du droit», Paris, P.U.F., 1997, chap. VI.

l'acte interprétatif ne modifie pas l'ordre juridique? En deuxième lieu, comment déterminer s'il s'agit d'un acte impératif ou d'un acte indicatif?

2.2.1 La dichotomie acte novateur/interprétatif

Afin d'opposer l'acte novateur à l'acte interprétatif, il faut postuler que les interprétations n'ont pas une fonction juridique au même titre qu'une «vraie» règle de droit. Pourtant, il faut bien admettre que l'interprétation est à la base de la création de tout acte juridique (le législateur interprète la portée et les limites de ses compétences constitutionnelles avant d'édicter une loi). Ce mythe selon lequel l'interprétation n'apporte rien de nouveau dans l'ordre juridique persiste, même si les juges de la Cour suprême ont émis des opinions plus nuancées sur la notion de règle de droit. En effet, afin qu'une norme puisse être assimilée à une règle «de nature législative» sur le plan de la fonction (le critère de fond de la Cour suprême dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*), elle doit comporter une «règle de conduite» qui «détermine de quelle manière des droits sont exercés et des responsabilités sont remplies.»¹⁹¹ La Cour ne dit pas que la règle doit *établir* des droits ou des responsabilités, mais il n'est pas évident que par le verbe «déterminer» la Cour visait également l'action d'interpréter.

L'acte novateur ne peut pas être construit comme signifiant la création stricte de droits ou de responsabilités, car les «vraies règles de droit» font plus que cela. Avant d'examiner la notion d'acte interprétatif, il convient de préciser la portée de la définition de «règle de conduite» posée par la Cour

¹⁹¹ *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 17, 224.

suprême afin de rendre plus visible la diversité des fonctions normatives des règles de droit en droit public contemporain.

2.2.1.1 La diversité des fonctions normatives des règles de droit

La Cour suprême a proposé l'analyse de deux éléments pour examiner un acte soumis à des juges aux fins de l'évaluation de son caractère réglementaire. Il doit s'agir d'une «règle de conduite» qui s'applique à «un nombre indéterminé de personnes». Comme il a été mentionné plus haut, cette définition réfère à la fonction de la règle, analysée sous deux aspects : l'objet (la règle de conduite) et la finalité (la généralité) de la règle.

a) La finalité de la règle

La Cour indique qu'une règle vise un «nombre indéterminé» de personnes en ce sens qu'elle s'applique de «façon générale plutôt que viser des personnes ou des situations précises»¹⁹². Il est heureux que la Cour ait apporté ce complément à la caractéristique quantitative qu'elle a d'abord énoncé. En effet, affirmer qu'une règle de droit vise un nombre indéterminé de personnes n'est pas un critère qui s'impose d'évidence pour qualifier les règles s'adressant aux administrés. Elle apparaît, de plus, inadéquate dans le cadre des règles s'adressant aux administrateurs.

¹⁹²*Id.*, 224-225.

i) Le nombre indéterminé de personnes

Définir la notion de règle par rapport au critère du nombre indéterminé de personnes, c'est s'inscrire dans une conception du droit du siècle dernier où la règle juridique devait représenter l'idéal de l'égalité formelle. L'État devait traiter également tous ses sujets sans distinction et ce projet se réalisait par l'édition de lois à portée générale¹⁹³. Le traitement inégal tendant à favoriser un groupe particulier était analysé en termes de privilèges; celui défavorisant un groupe constituait une discrimination¹⁹⁴.

¹⁹³Selon Jean IMBERT, *Le droit antique et ses prolongements modernes*, coll. «Que sais-je?», Paris, P.U.F., 1976, p. 37, le critère de la généralité serait apparu en Grèce probablement à partir d'Hésiode. Il cite le passage suivant d'Aristogiton, l. 15-16 : «Toute la vie des Hommes, qu'ils habitent une grande cité ou une petite, est régie par la nature et par les lois. Tandis que la nature est sans règle et variable selon les individus, les lois sont une chose commune, réglée, identique pour tous ... Elles veulent le juste, le beau, l'utile: c'est là ce qu'elles cherchent. Une fois trouvé, c'est là ce qui est érigé en disposition générale, égale pour tous et uniforme; c'est là ce qui s'appelle la Loi». Plus près de nous, la conception de la loi comme règle générale pourrait être ramenée à l'héritage des thomistes ainsi que Rousseau, Locke et Bentham. Sur la notion de l'égalité et sa transcription dans des lois générales, voir Denis DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, aux pages 19-57.

¹⁹⁴En vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), App. III, le droit à l'égalité devant la loi doit signifier au moins qu'un individu ou un groupe d'individus ne doit pas être traité plus durement qu'un autre par la loi : *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; la distinction doit poursuivre un objectif régulier : *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56; elle doit être raisonnablement justifiée en vertu d'une politique législative : *R. c. Cornell*, [1988] 1 R.C.S. 461; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 461. Sur l'interprétation de la notion d'égalité formelle, il est intéressant de noter l'affaire *Bliss c. P.G. Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, 190-191 (J. Ritchie) portant sur l'art. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Ce litige était relatif aux prestations d'assurance-chômage pour les femmes enceintes. Dans le cadre du régime, ces femmes avaient droit à des prestations spéciales et une fois épuisée, elles pouvaient recevoir des prestations ordinaires seulement après avoir accumulé dix semaines d'emploi assurable, alors que dans tous les autres cas les chômeurs pouvaient obtenir ces bénéfices après huit semaines d'emploi assurable. Le juge Ritchie souscrivit au raisonnement du juge Pratte de la Cour fédérale qui décida : «Si l'art. 46 ne traite pas les femmes enceintes en chômage comme

Lorsque l'on examine les règles s'appliquant directement aux administrés, il est exact de dire que certaines d'entre elles visent un «nombre indéterminé» de personnes. Les lois à portée générale telles que le Code criminel s'appliquent à toutes les personnes habitant un territoire donné.

Cependant, la notion d'égalité formelle est réductrice. Elle ne peut pas servir pour expliquer la diversité des règles de droit issues de l'État providence. De nombreux actes législatifs et réglementaires ont une portée particulière en ce qu'ils visent à procurer un avantage à une catégorie d'administrés de manière à ce qu'ils ne soient pas (économiquement) exclus de la société active. Les prêts et bourses pour les étudiants, les prestations de chômage, de sécurité du revenu et de vieillesse sont des exemples. De plus, depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, certains traitements «préférentiels» bénéficient d'une protection constitutionnelle. En vertu du paragraphe (2) de l'article 15 de la *Charte*, le législateur peut édicter des règles conférant des avantages à des catégories d'individus (les femmes, les autochtones) de manière à leur fournir des chances égales de participer à la vie de la société. Les règles dites de «discrimination positive», tel que les programmes d'accès à l'égalité dans l'embauche, sont typiques de cette vision de l'égalité.

En ce qui a trait aux règles s'adressant directement aux administrateurs, le même constat s'impose : elles ne s'adressent pas nécessairement à un nombre indéterminé de personnes. Plusieurs règles de droit ne visent qu'un administrateur exerçant une fonction spécifique dans

d'autres chômeurs, homme ou femme, c'est, à mon sens, parce qu'elles sont enceintes et non parce qu'elles sont des femmes». La Cour suprême décida, en conséquence, que le régime d'assurance-chômage attaqué n'était pas discriminatoire. En droit administratif, une autorité ne peut pas édicter des distinctions au sens le plus neutre du terme (des discriminations) à moins que les textes législatifs habilitants ne prescrivent le contraire : *Montréal c. Arcade Amusements*, [1985] 1 R.C.S. 368, 404. Dans cette affaire, la Cour suprême précisa en parlant des règlements discriminatoires : «[qu'ils] sont frappés de nullité quand même la distinction qui en forme le pivot serait parfaitement rationnelle ou raisonnable dans le sens étroit ou politique et serait conçue et imposée de bonne foi, sans esprit de favoritisme ni de malice.»

une institution donnée. Il n'y a qu'à citer les règles attribuant des pouvoirs précis à un président d'un tribunal administratif. Seule la personne assignée à cette fonction pourra exercer le pouvoir qui lui est conféré par la règle.

Plus une société se modernise plus son système juridique se diversifie. La notion de loi-cadre fixant les structures, les fonctions et les pouvoirs des organismes a pris une ampleur considérable durant l'expansion de l'État providence. Cette variété de règles dirigeant l'action des administrateurs introduit autant de variables pertinentes dont il faut tenir compte pour concevoir une idée matérielle de la règle qui soit représentative de la réalité du droit positif. Beaucoup plus que les règles guidant les administrés, celles qui sont relatives à la conduite de l'Administration révèlent de façon plus frappante l'inadéquation du critère du «nombre indéterminé» : ce n'est tout simplement pas un discriminant utile pour repérer des règles de nature législative. De plus, cette analyse met en évidence le fait que les «vraies» règles de droit n'ont pas toutes comme destinataire direct une catégorie d'administrés. Elles peuvent s'adresser directement à un administrateur et indirectement comporter des effets de droit sur les administrés. Les règles conférant des pouvoirs législatifs aux organismes administratifs sont un exemple de ce type de règles.

ii) L'indétermination des personnes

Même lorsque, à première vue, les règles n'ont pas pour fonction d'orienter le comportement des personnes (comme dans le cas des règles créant une institution et déterminant la manière dont ses structures doivent être agencées), elles sont néanmoins relatives la conduite d'un sujet. Ce qui distingue la règle des autres normes —telles le contrat ou la décision individuelle— est l'impossibilité de déterminer nominativement le sujet visé

par la règle à la seule lecture du texte. L'indétermination des personnes est donc un critère pertinent pour qualifier la règle, mais la Cour suprême n'a pas choisi le qualificatif «indéterminé» mais «général». Y a-t-il adéquation entre ces deux termes?

«Général» ne réfère pas, au sens propre et premier du terme à des propriétés quantitatives, mais qualitatives. La racine latine de général/*generalis* signifie qui «appartient à un genre»¹⁹⁵. Or le genre est «l'idée générale d'un groupe d'êtres ou d'objets présentant des caractères communs»¹⁹⁶. Mais cette expression peut également signifier une propriété quantitative, c'est-à-dire l'ensemble ou la majorité des cas d'une catégorie¹⁹⁷. Il n'est pas inexact de qualifier la règle par l'adjectif général, mais en raison de la dualité de sens de cette expression, De Béchillon propose de remplacer l'idée de généralité en y substituant celle d'abstraction qui réfère exclusivement à une propriété qualitative. Une idée abstraite est celle qui «opère sur des qualités ou des relations et non sur la réalité»¹⁹⁸. Une règle vise une catégorie d'administrés abstraitement définie.

Le terme «abstrait» caractérise mieux la règle, mais son utilité se limite à la qualification d'un type particulier de normes juridiques, soit les règles. Ce critère ne fait pas avancer la compréhension de la notion de règle sur le plan de la fonction juridique qu'elle est censée avoir. Par contre, une règle est relative à la conduite des sujets et l'identification des conduites qui

¹⁹⁵Paul ROBERT, *Le nouveau Petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993, p. 1009.

¹⁹⁶*Id.*, p. 1012.

¹⁹⁷La Cour fédérale définit la loi comme étant le résultat de la création d'une «règle de conduite générale *indépendamment de cas particuliers*» voir : *Canada (Ministère du Revenu national) c. Creative Shoe*, [1972] 2 C.F. 993, 1001.

¹⁹⁸*Le nouveau Petit Robert, op. cit.*, note 195, p. 10.

font l'objet de règles en droit positif offre peut-être des indices plus intéressants pour différencier le «droit» du «non-droit».

b) L'objet de la règle

L'objet d'une règle est d'orienter la conduite d'un sujet. Dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, les juges ont fait cette précision parce que la *Loi sur les textes réglementaires* est tout simplement silencieuse sur cette question. Dans la catégorie des textes réglementaires, le législateur fédéral classe séparément le règlement qu'il définit laconiquement comme un texte réglementaire «pris dans l'exercice d'un pouvoir législatif conféré sous le régime d'une loi fédérale»¹⁹⁹. Par contre, dans le projet de loi C-25, le législateur a corrigé cette lacune en énonçant qu'un règlement établit une règle de conduite²⁰⁰. Cependant, ce critère n'est pas en lui-même très éclairant. C'est pourquoi la Cour a de plus spécifié que la règle de conduite comporte deux champs normatifs : les droits et les responsabilités²⁰¹. Il est intéressant que la Cour utilise les termes «droits/responsabilités» pour distinguer les catégories de normes de «nature législative» plutôt que «droits/obligations», plus classique, mais trop exclusivement associée aux normes impératives.

¹⁹⁹*Loi sur les textes réglementaires*, précitée, note 78, art. 2(1)a)

²⁰⁰Projet de loi C-25, précité, note 19, art. 2(1). La loi québécoise contient également une définition du règlement, voir *Loi sur les règlements*, précitée, note 76, art. 1.

²⁰¹*Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba*, précité, note 17, 224.

i) La catégorie des «droits»

Il n'y a pas si longtemps, la catégorie des règles de «droit» était interprétée étroitement. Elle excluait de son champ sémantique les «privilèges»²⁰², lesquels, par opposition aux droits, faisaient partie de la sphère du non-exigible et ce même s'ils étaient issus de normes étatiques. La Cour suprême a rejeté la distinction droits/privilèges²⁰³ qu'elle a remplacée par une expression plus englobante —les «droits et intérêts des administrés»²⁰⁴.

²⁰²En common law, l'expression «privilège» est fréquemment utilisée pour signifier la liberté d'une partie; la notion corrélative attachée à l'autre partie étant l'absence de droit (au sens subjectif). Par extension, «la liberté d'une partie» a été utilisée en droit public pour faire référence au pouvoir, à la faculté, à la discrétion de l'Administration, tandis que le terme «privilège» s'est appliqué pour désigner «l'absence de droit de l'autre partie». C'est à cette signification du mot «privilèges» que le juge Martland fit référence dans *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570, 588 en décidant que la libération conditionnelle n'était pas un droit, mais un privilège. C'est également dans ce sens que W. Tarnopolsky utilisait le mot «privilèges» en affirmant que l'immigration n'était pas un droit, mais un privilège : Walter TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Rights*, 2e éd., Toronto, McClelland & Stewart, 1975, p. 273.

²⁰³Sur le rejet de la dichotomie droits/privilèges dans le cadre de l'application de la Charte : *Singh c. (Canada) Ministère de l'emploi et de l'immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, 209 (J. Wilson).

²⁰⁴Dans *Cardinal et Oswald c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, 653, le juge Le Dain utilise les termes : «droits, privilèges et biens d'une personne»; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, 325, où le juge en chef Laskin parle de «conséquences graves» pour les administrés; *Martineau*, précité, note 81, 616, où le juge Dickson dit que la compétence d'une cour «doit s'exercer largement lorsqu'elle traite de questions qui ne sont peut-être pas strictement judiciaires mais qui portent atteinte aux droits ou intérêts des citoyens.»; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, 747, le juge Estey citant *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E. R. 12. 19. Claudine ROY, *La théorie de l'expectative légitime en droit administratif*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1993, p. 24

Le champ des «droits» comprend les normes qui établissent de véritables droits²⁰⁵. De manière générale, on dira qu'un droit confère un avantage substantiel ou procédural au destinataire de la règle. Ces normes s'imposent de manière impérative aux acteurs dès qu'ils agissent dans le domaine d'activité réglementé. La deuxième catégorie, les «intérêts», est constituée de normes conditionnant l'admissibilité des demandes des administrés. Ces règles ne créent pas des droits au sens strict. L'autorité peut accéder à la requête d'une personne qui demande un avantage de nature patrimoniale (des prestations de chômage, des prêts ou des bourses) ou extrapatrimoniale (tel un statut de réfugié) si elle remplit les conditions initiales pré-établies dans des lois, des règlements ou autre règle de droit²⁰⁶. Ce n'est que lorsque la demande est accordée que l'administré possède un «droit» dans le maintien de la décision.

ii) La catégorie des «responsabilités»

Du point de vue des normes qui affectent les administrés, une responsabilité comporte un champ sémantique plus étendu qu'une obligation. Il comprend les obligations au sens strict (les règles qui prohibent certains actes sous peine de sanction²⁰⁷) ou la réglementation prescrivant des

²⁰⁵Voir *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), c. A-1, art. 4; *Loi sur les renseignements personnels*, L.R.C. (1985), c. P-21, art. 2.

²⁰⁶Voir la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23, art. 7 et 7.1.

²⁰⁷L'exemple le plus évident est, bien sûr, le *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46 et mod.

obligations de ne pas faire²⁰⁸. Ce type de norme peut également imposer des conditions que l'administré devra remplir durant la période de validité de la permission octroyée²⁰⁹ ou encore fixer des objectifs à atteindre, formulés sous la forme de règles incitatives. L'administré est informé que s'il désire la chose «x» (obtenir un contrat, une somme d'argent, un renouvellement de permis, etc.), il doit s'engager à remplir l'objectif «y»²¹⁰. Finalement, il existe en droit positif deux autres types de règles qui peuvent faire partie de l'un ou l'autre champ normatif. Il s'agit des règles interprétatives²¹¹ ainsi que des règles de procédure²¹².

Sans faire une revue exhaustive des règles administratives traitées par la jurisprudence, on peut recenser des normes qui établissent des droits²¹³

²⁰⁸Voir la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34 et mod., L.R.C. (1985), c. C-19 (2e suppl.), art. 78 qui édicte qu'une société commerciale ne doit pas agir de manière anticoncurrentielle.

²⁰⁹Voir la *Loi sur l'immigration*, précitée, note 97, art. 14(2) : l'agent d'immigration peut octroyer un droit d'établissement assorti de conditions réglementaires. Ces conditions sont valides durant les six premiers mois de l'entrée de la résidence de l'immigrant au Canada, art. 15(1).

²¹⁰Sur les incitatifs de nature financière : *Programme canadien d'encouragement à l'exploration et à la mise en valeur d'hydrocarbure*, L.R.C. (1985), c. 15 (3e suppl.); *Programme d'encouragement du secteur pétrolier*, L.R.C (1985), c. P.-13; *Programme de stimulation de l'exploration minière au Canada*, L.R.C. (1985), c. 27 (4e suppl.). Pour une discussion sur l'incitatif comme moyen de réglementation, voir le numéro 31 de 1993 du *Alberta Law Review* qui contient de nombreux articles sur la question dont celui de Kernaghan WEBB, «Thumbs, Fingers, and Pushing on String : Legal Accountability in the Use of Federal Financial Incentives», (1993) 31 *Alb. L. Rev.* 501; R. Preston McAFEE et John MCMILLAN, *Incentives in Government Contracting*, Toronto, University of Toronto Press, 1988, 168 p.

²¹¹Voir en particulier le *Règlement sur l'immigration*, DORS/79-172 et mod., art. 2 coiffé de l'intertitre «interprétation».

²¹²*Loi sur l'immigration*, précitée, note 97, art. 68 et suiv.

²¹³*Groupe Desjardins (Le), Assurances générales c. Société canadienne des postes*, [1996] R.J.Q. 1172, 1175 (C.A.);

ou imposent des obligations²¹⁴ (au sens strict), mais également des critères et des conditions²¹⁵, des procédures²¹⁶ ou des interprétations²¹⁷. Sur le plan des objets, les règles administratives sont similaires aux règles «proprement juridiques». Il serait donc logique de conclure qu'elles modifient l'ordre juridique dans des proportions qui sont tout aussi variables que ces «vraies» règles de droit²¹⁸. Ainsi, le qualificatif d'acte quasi réglementaire pourrait être attribué à la plupart des règles administratives. Toutefois, il existerait une exception pour les interprétations du droit qui se matérialisent dans des règles administratives : il est postulé qu'elles n'apportent pas de changement à l'ordonnement juridique.

²¹⁴*McKinney*, précité, note 5, 255; *Association canadienne des importateurs réglementés*, précité, note 160, 253; *Threader c. Canada (Conseil du Trésor)*, précité, note 170, 44 et suiv.; *Canada (Procureur général) c. Whiffen*, D.T.E. 94T-708 (C.F.A. A-1472-92, le 28 février 1994); *Dlugosz*, précité, note 16, 2317; *Québec (Procureur général) c. Brunet*, [1994] R.J.Q. 337, 342 (C.A.); *Nordyne c. Canada (Procureur général)*, [1995] R.J.Q. 1544, 1546 (C.S.); *Peet c. Canada*, précité, note 170; *Bellefleur c. Québec (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 2320, 2324 (C.A.).

²¹⁵*Capital Cities Communications Inc.*, précité, note 167, 148; *Maple Lodge Farms*, précité, note 82, 5; *Thibeault c. Régie de l'assurance-maladie du Québec*, [1994] R.J.Q. 1764, 1769 (C.A.); *Garderie Blanche-Neige Inc. c. L'Office des services de garde à l'enfance*, [1993] R.J.Q. 729, 734 et suiv.; *Nu-Pharm Inc.*, précité, note 160, 1718.

²¹⁶*Friends of the Oldman River Society*, précité, note 16, 25-26; *Martineau*, précité, note 81, 127-128; *Service sanitaire R.S. Inc. c. Paradis*, [1993] R.J.Q. 1431, 1433-1434 (C.S.); *Construction Bérou Inc., c. Paradis*, [1993] R.J.Q. 507, 510 (C.S.); *Nguyen*, précité, note 170, 244-245; *Wilson & LaFleur Ltée c. La Société québécoise d'information juridique*, [1998] R.J.Q. 2489, 2514.

²¹⁷*Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851, 859; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, 37; *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175, 196; *Parkland Operations Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 299, 307 (1^{ère} instance); *Parsons c. Ministère du Revenu national*, [1984] 1 C.F. 804, 822 (1^{ère} instance); *Stickel c. Ministère du Revenu national*, [1972] C.F. 672, 685 (1^{ère} instance); *Osborne c. R.*, [1986] 3 C.F. 206, 219-220 (1^{ère} inst.); *Sécurité Saglac (1992) Inc. c. Tremblay et le Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1994] R.J.Q. 95, 100 (C.S.); *Favreau c. Le Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1985] R.D.F.Q. 96, 97 (C.P.).

²¹⁸Dans l'affaire *Nu-Pharm Inc.*, précité, note 160, 1719, la juge Grenier a qualifié des critères de sélection des médicaments contenus dans une directive de «normes légales de comportement ayant une portée générale.»

2.2.1.2 La force créatrice de l'interprétation

La question de savoir si les règles interprétatives modifient l'ordre juridique n'est pas clairement réglée en droit positif. La méthode heuristique d'interprétation du droit est normalement invoquée pour soutenir la prétention selon laquelle les interprétations ne modifient pas le droit. L'interprète ne fait que «découvrir» le sens ainsi que la portée «véritable», «correcte», d'un acte législatif²¹⁹. Il explicite l'état du droit.

Les juges n'adhèrent plus aussi strictement à cette théorie officielle de l'interprétation des lois où l'interprète ne fait que «découvrir» le sens prédéterminé du texte²²⁰. Côté décrit deux autres théories : celle du «rôle supplétif de l'interprète» et celle «de la création sujette à des contraintes». Dans le cadre de la première théorie, l'interprète doit «commencer par la recherche du sens voulu par l'auteur»²²¹. Si cette recherche est infructueuse, l'interprète peut faire œuvre de création et attribuer un sens au texte. Dans la troisième édition de son ouvrage, Côté écrit que la théorie du rôle supplétif de l'interprète ne lui apparaît plus aujourd'hui entièrement satisfaisante, car elle néglige «les préoccupations pragmatiques qui, dans tous les cas et non

²¹⁹Voir la première édition de : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1982, p. 19.

²²⁰Lord Reid dans *Jones c. Secretary of State for Social Services*, [1972] 1 All E.R. 145, 149 (H.L.) : «In very many cases it cannot be said positively that one construction is right and the other wrong. Construction so often depends on weighing one consideration against another. Much may depend on one's approach. If more attention is paid to meticulous examination of the language used in the statute the result may be different from that reached by paying more attention to the apparent object of the statute so as to adopt that meaning of the words under consideration which best accord to it.»

²²¹Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éd. Thémis, 1999, p. 22.

seulement lorsque la loi est obscure, risquent de peser sur le choix du sens»²²². Il souscrit plutôt à la théorie de la création sujette à des contraintes. Ce «second modèle voit l'interprétation comme impliquant un processus de création encadrée du sens des textes»²²³. Le sens du texte est donc construit par l'interprète. Cette théorie a pour avantage de rendre plus visible la participation de l'interprète dans le processus de création du droit. Tel que le précise Côté, le choix du modèle d'interprétation comporte une conséquence sur la définition de l'erreur d'interprétation :

«La représentation de l'interprétation comme une construction encadrée du sens, plutôt que comme la découverte du sens latent d'un texte, influe sur la définition de l'erreur d'interprétation. Selon la théorie officielle, il y aurait un sens "correct", celui qui correspond à l'intention du législateur, et une multitude de sens "erronés". Selon le modèle ici étudié, on devrait distinguer, dans chaque cas, entre la ou les interprétations raisonnables du texte et les interprétations déraisonnables du même texte, c'est-à-dire les interprétations injustifiables au regard des directives d'interprétation admises.

Un même texte pourrait ainsi se prêter à l'élaboration de plusieurs sens acceptables, dans la mesure où les contraintes qui pèsent sur la création du sens se révéleront incapables d'orienter l'interprète vers une seule interprétation.»²²⁴

²²²*Id.*, p. 24.

²²³*Id.*

²²⁴*Id.*, aux pages 26-27.

En somme, la théorie officielle est contestée par un nombre important de théoriciens du droit qui désirent rendre compte de l'importance de l'interprétation dans le processus de création du droit²²⁵.

Dans un contexte tel que le droit public où les règles sont rédigées dans un langage poreux, lequel laisse plus de place à la création, il s'agit de reconnaître que le pouvoir d'interpréter est un accessoire nécessaire à l'application des règles²²⁶. D'ailleurs, les juges ont de plus en plus tendance à évaluer le caractère raisonnable d'une interprétation plutôt que sa rectitude. En droit constitutionnel par exemple, le juge Lamer dans *R. c. Morales* s'est interrogé si les tribunaux ont pu donner un sens raisonnable à des dispositions contestées sous la théorie de l'imprécision²²⁷. Cet arrêt impliquait l'interprétation du sens d'une disposition conférant un pouvoir discrétionnaire.

En droit administratif et plus précisément dans le cadre de l'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle des actes de l'Administration, la Cour suprême a adopté une approche nuancée sur la latitude accordée à un organisme administratif dans l'interprétation de sa loi constitutive. Afin de reconnaître la spécificité de la justice administrative, et aussi la très grande diversité des fonctions et des pouvoirs de ces tribunaux administratifs, la Cour posa, dans l'arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique*²²⁸, le principe de la retenue judiciaire. Ainsi, la Cour admettait qu'elle n'est pas toujours aussi qualifiée qu'un organisme administratif pour

²²⁵Pour un examen critique de théories de l'interprétation du droit, voir l'introduction de P.A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 221.

²²⁶*Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 6, 623 (j. Gonthier fait référence au rôle des juges des tribunaux judiciaires en tant qu'interprètes des lois).

²²⁷*Morales*, précité, note 7, 729.

²²⁸*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

interpréter certaines règles de droit. Le principe de la retenue judiciaire a été énoncé dans ces termes par le juge Dickson :

«Non seulement un tribunal administratif n'est-il pas tenu de faire une interprétation juste mais encore a-t-il le droit d'errer et pareille erreur n'est pas susceptible de révision à moins que cette erreur soit déraisonnable au point de ne pas pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire.»²²⁹

En posant le principe de la retenue judiciaire, le juge Dickson reconnaissait qu'il peut exister une gamme d'interprétations possibles et raisonnables d'une règle de droit²³⁰. Cependant il a également pris soin de préciser que ce droit à l'erreur n'existe pas pour toutes les interprétations des tribunaux administratifs. Sans entrer dans le détail de l'évolution des analyses des juges²³¹, il est utile de souligner que les interprétations de ces organismes publics sont assujetties à une gamme de normes de contrôle, allant de l'erreur manifestement déraisonnable à l'interprétation correcte²³². Néanmoins, cette distinction ne signifie pas que «l'interprétation correcte» ne modifie pas le

²²⁹*Id.*, 237. Il dit également : «Il n'y a pas [dans les circonstances] une interprétation unique dont on puisse dire qu'elle soit la "bonne" [en anglais : "right"].» *Id.*

²³⁰Pour une critique des fondements théoriques du principe de la retenue judiciaire, voir : Luc. B. TREMBLAY, «La norme de retenue judiciaire et les "erreurs de droit" en droit administratif : une erreur de droit? Au-delà du fondationalisme et du scepticisme», (1996) 56 *R. du B.* 141.

²³¹Entre 1979 et 1998, soit entre les arrêts *Syndicat canadien de la Fonction publique*, précité, note 227, *Union des employés de service, local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, 1088 et *Pushpanathan c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, 1005-1012.

²³²*Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, 599 (jugement unanime rendu par le j. Iacobucci).

droit, alors que «l'interprétation raisonnable» opère un changement dans l'ordre juridique. Dans les deux cas, l'interprétation apporte quelque chose de nouveau, même si, par ailleurs, ces changements peuvent, dans certains cas, être moins prégnants.

En droit administratif français, P. Delvolvé écrit qu' «[un] acte peut affecter l'ordonnancement juridique de deux manières : en le modifiant [...] par la création de droits et obligations supplémentaires; également par une prise de position sur l'ordonnancement existant et donc sur les droits et obligations qu'il comporte, mais sans pour autant y ajouter ou y retrancher.»²³³ Bien que sa position ne reflète pas la tendance dominante en droit administratif français, notamment celle du Conseil d'État sur les facteurs dont il peut être tenu compte pour distinguer entre les circulaires interprétatives et réglementaires²³⁴, il faut constater que l'interprétation est un procédé juridique par lequel on confère un sens à une règle et, par le fait même, la modifie. Dès que cette signification est fixée par l'interprète autorisé par l'institution, quelque chose a été ajouté à la règle qui n'existait pas avant l'interprétation²³⁵. Ainsi, il faut admettre que le processus d'interprétation est

²³³B. SEILLER, *loc. cit.*, note 190, 1221 qui cite P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Paris, Sirey, 1983, no 28.

²³⁴*Institution Notre-Dame-du-Kreisker*, [1954] R.A.C.E. 64. Georges VEDEL et Pierre DELVOLVÉ, *Droit administratif*, vol. 1, 11^e éd., Paris, P.U.F., 1990, p. 259 résume la décision du Conseil d'État comme suit. «Sont de véritables actes administratifs, les circulaires dont le «contenu répond à l'une des trois caractéristiques suivantes [...] :

—Le ministre sous couvert d'instructions de service prend en réalité lui-même une décision que ses subordonnés doivent exécuter sans avoir de véritable pouvoir de décision [...];

—Le ministre ajoute des prescriptions nouvelles à celles qui résultent des lois et règlements. Mais si les formalités nouvelles imposées aux administrés par la circulaire ne sont pas assorties de sanctions, la circulaire n'est pas réglementaire [...].

—Le ministre impose des sujétions ou accorde des garanties nouvelles aux administrés.»

²³⁵D. MOCKLE, *op. cit.*, note 3, p. 232 : «Suivant la pensée de Kelsen, il est fort vraisemblable que la plupart des méthodes interprétatives contribuent à créer le droit en conférant un sens nouveau à des dispositions lacunaires.»

véritablement un processus de création du droit. À cet égard, Seiller explique que même si un acte se borne à commenter ou à expliciter le droit préexistant, il comporte le caractère d'un acte décisionnel «dès lors qu'il impose unilatéralement ladite interprétation» à une catégorie d'administrés²³⁶.

La fonction des règles n'est pas un critère très utile pour distinguer les actes réglementaires des actes non réglementaires, car il n'existe pas de frontière nette entre les finalités et les objets des règlements, des règles administratives quasi réglementaires et des règles administratives indicatives. En effet, elles visent toutes à prescrire une conduite à des catégories de personnes abstraitement définies. De plus, les règles «proprement juridiques» ne servent pas uniquement à établir des droits ou des obligations au sens strict, bien que le commandement soit une des fonctions assignées aux règles dans l'ordre juridique. Tout comme les règles «proprement juridiques», les règles administratives établissent une relation de droit entre l'auteur et le destinataire en ce sens que l'attente face au comportement demandé n'est pas simplement facultative.

En raison de la fragilité du postulat selon lequel il existe des différences entre les actes réglementaires et les actes non réglementaires sur le plan de la fonction, Seiller conteste la distinction classique entre circulaires interprétatives et réglementaires²³⁷. Il propose une classification alternative : les circulaires impératives et indicatives²³⁸. Issalys et Lemieux partagent ce point de vue puisqu'ils insistent nettement sur le caractère impératif d'une règle administrative aux fins de sa qualification en tant que «directive quasi réglementaire».

²³⁶B. SEILLER, *loc. cit.*, note 190, 1223.

²³⁷D. MOCKLE, *op. cit.*, note 3, p. 230-233 conteste également cette distinction.

²³⁸*Id.*

2.2.2 La dichotomie acte impératif/indicatif

Dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, la Cour suprême affirme que la règle de droit se distingue des autres règles par ses effets. Elle «doit être unilatérale et avoir un effet juridique obligatoire»²³⁹. La Cour ne précise pas ce qu'elle signifie par «unilatéral», mais on peut supposer qu'elle fait référence aux règles pour lesquelles l'Administration détient le monopole de la contrainte, de manière à les distinguer des contrats où les parties acceptent réciproquement les obligations qu'elles s'imposent l'une à l'autre. Toutefois, cela ne signifie pas que les seules règles visées par la Cour sont celles qui ont des effets contraignants lorsqu'elles sont appliquées dans le cadre d'une décision individuelle, à l'exclusion de celles qui ont de tels effets contraignants lorsqu'elles sont appliquées dans un processus contractuel. En fait, ce qui compte est de savoir si une telle règle a été élaborée afin d'être appliquée de manière abstraite. Est-ce que tous les contrats tombant dans le champ d'application de la règle y seront généralement soumis? Si la réponse est affirmative, il est difficile d'affirmer que l'administré/cocontractant consent à l'obligation qui lui est imposée de telle sorte que ce «consentement» efface toute trace du caractère véritablement unilatéral de la règle.

Dans les affaires *Friends of the Oldman River* et *Dlugosz*²⁴⁰, les juges ont qualifié la règle administrative sous examen d'acte réglementaire parce qu'elle était impérative. Pour évaluer si la règle administrative est un acte impératif ou indicatif, juges et juristes font référence à divers facteurs dont le langage utilisé dans la règle, la présence d'une sanction administrative ou la possibilité de faire sanctionner judiciairement la contravention à la règle.

²³⁹*Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 17, 225.

²⁴⁰*Friends of the Oldman River*, précité, note 16, 35; *Dlugosz*, précité, note 16, 2317.

2.2.2.1. La forme du langage

Dans l'arrêt *Friends of the Oldman River*, la Cour suprême a constaté que les lignes directrices avaient été formulées de façon à les rendre impératives²⁴¹. À ce propos, elle cita avec approbation le juge Hugessen de la Cour d'appel fédérale qui avait émis l'opinion suivante :

«En dernier lieu, rien dans le texte des Directives elles-mêmes n'indique qu'elles ne sont pas impératives; au contraire, l'emploi répété du verbe "shall" [...] dans la version anglaise des Directives, et particulièrement aux articles 6, 13 et 20, montre l'intention évidente que les Directives aient force obligatoire pour tous ceux qu'elles visent, y compris le ministre de l'Environnement lui-même.»²⁴²

En interprétation du droit, l'usage des termes «doit, devoir» est normalement indicatif d'une règle impérative, mais la conclusion inverse ne peut pas être tirée lorsque l'auteur du texte emploie le mot «peut, pouvoir». Côté écrit qu'il y a de nombreuses décisions où les juges ont interprété le mot «peut», ou des expressions de même nature, «comme conférant une discrétion» et qu'il y en a autant «où ce mot ou des mots analogues ont été interprétés de manière à exclure la possibilité de ne pas exercer le pouvoir en

²⁴¹*Friends of the Oldman River Society*, précité, note 16, 35. *Canadian Wildlife Federation Inc. c. Canada (Ministère de l'Environnement)*, [1989] 4 W.W.R. 526 (C.F. 1^{ère} inst.). Dans cette affaire, il s'agissait également de décider si ces mêmes directives étaient impératives. Le juge Hugessen adopta le même argument que celui reporté dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society*. Toutefois, la décision n'a pas été publiée [1989] J.C.F. no 530 (C.F.A.)

²⁴²*Friends of the Oldman River Society*, précité, note 16, 34.

question.»²⁴³ À cet égard, il est intéressant de noter que dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* les juges ont précisé que l'expression «règle de conduite» visait les droits et les *responsabilités*. La Cour a choisi l'expression responsabilité vraisemblablement afin d'éviter l'emploi du terme «pouvoir» qui, tout dépendant du contexte en droit positif, peut également signifier «devoir». En choisissant ce terme, les pouvoirs et les devoirs sont inclus dans la catégorie des règles de conduite créant des responsabilités sans créer de distorsion de sens.

D'un point de vue général, il faut constater que de nombreuses règles de droit de nature législative et constitutionnelle édictent autre chose que des prescriptions impératives. Il peut s'agir d'objectifs à atteindre énoncés sous forme de politique²⁴⁴ ou encore de programme²⁴⁵. En fait, ce qu'il

²⁴³*Julius c. Bishop of Oxford*, (1880) 5 A. C. 214, 222, Lord Cairns: «The words "it shall be lawful" are not equivocal. They are plain and unambiguous. They are words merely making that legal and possible which there would otherwise be no right or authority to do. They confer a faculty or power, and they do not of themselves do more than confer a faculty or power. But there may be something in the nature of the thing empowered to be done, something in the object for which it is to be done, something in the conditions under which it is to be done, something in the title of the person or persons for whose benefit the power is to be exercised, which may couple the power with a duty, and make it the duty of the person in whom the power is reposed, to exercise that power when called upon to do so»; P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 221, p. 293-294 conclut qu'il y a autant de décisions où il a été déterminé que le mot «peut», ou des expressions de même nature, ont été interprétées «comme conférant une discrétion et d'autres, aussi nombreuses, où ce terme ou des termes analogues ont été interprétés de manière à exclure la possibilité de ne pas exercer le pouvoir en question.» Voir aussi P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 53.

²⁴⁴Voir : *Loi sur l'immigration*, précitée, note 97, art. 3, qui édicte la politique canadienne de l'immigration : «La politique canadienne d'immigration ainsi que les règles et règlements pris en vertu de la présente loi visent, dans leur conception et leur mise en œuvre, à promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international et reconnaissent la nécessité : a) de concourir à la réalisation des objectifs démographiques [...] b) d'enrichir et de renforcer le tissu culturel et social du Canada en tenant compte de son caractère fédéral et bilingue [...] c) de faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens et résidents permanents avec leurs proches parents à l'étranger [...], etc. ; pour d'autres exemples, voir entre autres l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 93, et l'art. 7 de la *Loi sur les télécommunications*, précitée, note 97, qui édictent les politiques canadiennes sur la radiodiffusion et les télécommunications.

importe de déterminer est si l'administrateur impose néanmoins sa volonté à l'administré²⁴⁶. En effet, une règle peut bien ne pas être formulée sur le mode impératif mais comporter des effets de droit sur une catégorie d'administrés. Dans l'affaire *Maple Lodge Farms*, le ministre avait établi une politique régissant l'octroi de licences d'importation de poulet (en vertu de l'article 8 de la Loi) après avoir inscrit cette marchandise sur la liste de marchandises d'importation contrôlée (en vertu de l'article 5 de la Loi). Cette politique fixait des quotas de base pour lesquels des licences d'importation étaient délivrées à chaque importateur. En plus de ces quotas, la politique prévoyait que des licences d'importation supplémentaires pouvaient être délivrées par le ministre pour «répondre aux besoins du marché canadien»²⁴⁷. En conséquence, les licences d'importation et les licences supplémentaires devaient être demandées par les administrés désireux d'importer du poulet et elles devaient être octroyées par l'Administration²⁴⁸. Sans cette autorisation, l'administré n'a tout simplement pas le droit d'importer le poulet. S'il agit autrement, il s'expose à des sanctions.

Le langage utilisé est certes une indication utile, mais elle n'est pas un critère suffisant en lui-même pour certifier l'existence d'un acte

²⁴⁵Voir l'art. 36 de la *Charte canadienne des droits et libertés* : «(1) Sous réserve des compétences législatives du Parlement et des législatures et de leur droit de les exercer, le Parlement et les législatures, ainsi que les gouvernements fédéral et provinciaux, s'engagent à : a) promouvoir l'égalité des chances de tous les Canadiens dans la recherche de leur bien-être; b) de favoriser le développement économique pour réduire l'inégalité des chances; c) fournir à tous les Canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels. (2) Le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquation propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables.»

²⁴⁶*Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 17, 225.

²⁴⁷*Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1981] 1 C.F. 501, 503 (C.F.A., juge le Dain.

²⁴⁸*Id.*, 503.

contraignant²⁴⁹. C'est pourquoi Issalys et Lemieux ajoutent que l'on peut distinguer les règles indicatives des règles impératives en ce que «les secondes constitueront des règles obligatoires qui verront à être observées par leur destinataire sous peine de sanctions administratives»²⁵⁰.

2.2.2.2 Les sanctions administratives

Dans le cadre de l'analyse des infractions réglementaires, la sanction infligée peut être de nature pénale ou administrative. Ce dernier type faisant notamment référence aux sanctions pécuniaires, mais également, dans le cadre du régime des permis, à la suspension et à la révocation de ce dernier²⁵¹. En vertu de la *Loi sur les textes réglementaires*, un acte peut être qualifié de règlement si sa «violation est passible d'une pénalité, d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement sous le régime d'une loi fédérale.»²⁵² Issalys et Lemieux estiment que cet alinéa ne semble pas exiger «que la sanction attachée à la violation du texte ait un caractère pénal : l'existence d'une sanction administrative suffirait à conférer au texte le statut de règlement.»²⁵³

Dans le cadre des règles administratives, la notion de sanction administrative est particulièrement confuse et il n'existe pas d'études sur ce

²⁴⁹D. MOCKLE, *op. cit.*, note 3, p. 236-237; Colin J. GILLESPIE, «Enforceable Rights from Administrative Guidelines?», (1990) 3 *C.J.A.L.P.* 204, 209.

²⁵⁰P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 130.

²⁵¹*Id.*, p. 654.

²⁵²*Loi sur les textes réglementaires*, précitée, note 78, art. 2(1) «règlement» b).

²⁵³P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 404 et pages 477-481.

sujet spécifique en droit canadien. Cette notion fait certes référence aux sanctions applicables aux fonctionnaires, telles celles dont ils sont passibles pour les fautes disciplinaires, mais lorsqu'il est question des sanctions administratives applicables aux administrés, les paramètres de cette notion sont incertains. Dans le contexte d'actes bilatéraux, les sanctions pécuniaires entrent sans aucun doute dans cette catégorie. Dans le contexte d'actes unilatéraux, les sanctions applicables dans le cadre du régime des permis sont des exemples pertinents. L'administrateur peut également avoir le pouvoir de rendre des ordonnances afin de contraindre le titulaire du permis ou un tiers de «prendre des mesures conservatoires, correctives ou réparatrices, ou prendre elle-même ces mesures et en mettre le coût à la charge du titulaire»²⁵⁴. Néanmoins, ces sanctions ne sont vraisemblablement qu'une variété des mécanismes utilisés par l'Administration pour contrôler le respect de ses règles par les administrés. Même si à proprement parler d'autres types de contraintes n'ont pas le caractère d'une «sanction», faut-il pour autant exclure leur pertinence lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère impératif d'une règle?

a) Les contraintes dans le contexte d'actes bilatéraux

Le contrat est un acte bilatéral, mais il peut comporter des éléments unilatéraux. Les contrats d'aide financière attribués par des organismes subventions, tels que le CRSH, ou de biens et de services octroyés par l'Administration fédérale en vertu du *Programme de contrats fédéraux pour l'équité en matière d'emploi* contiennent des obligations qui sont imposées

²⁵⁴*Id.*

unilatéralement par l'Administration à l'administré. Ce phénomène est nommé «régulation par contrat»²⁵⁵.

En droit administratif français, Madiot utilise les notions de contrat d'adhésion et d'acte mixte pour qualifier les contrats qui comprennent des éléments bilatéraux et unilatéraux²⁵⁶. Dans les deux cas, il estime que des éléments réglementaires sont présents au contrat. Mais à l'inverse du contrat mixte, les éléments réglementaires au sein d'un contrat d'adhésion «ne jouent qu'entre les parties»²⁵⁷. Par exemple, les contrats du CRSH sont des contrats d'adhésion puisque le boursier ou le chercheur subventionné ne peut pas négocier les stipulations essentielles avec le CRSH. Son consentement se limite à accepter ou à refuser la bourse ou la subvention et le contrat n'a d'effets qu'entre les parties. La technique du contrat d'adhésion constitue un procédé qui ne fait plus partie du domaine de l'exception. En droit civil québécois, le législateur a codifié cette technique à l'article 1379 C.c.Q.²⁵⁸. En *common law*, elle est également reconnue²⁵⁹.

De même, les entrepreneurs assujettis au *Programme de contrats fédéraux pour l'équité en matière d'emploi* n'ont pas la faculté de refuser de

²⁵⁵T. DAINITH, *loc. cit.*, note 126; Andrée LAJOIE, *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*, Montréal, Éd. Thémis, 1984, p. 5.

²⁵⁶Yves MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 1971, no 486 et suiv..

²⁵⁷*Id.*, no 492.

²⁵⁸Art. 1379 C.c.Q. : «Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.»

²⁵⁹En *common law*, le contrat d'adhésion est valide dans la mesure où les obligations qui y sont incluses sont le fruit d'une longue expérience, ainsi «il est possible de présumer que le contrat répartit le risque et les obligations de façon efficace.» Louise BÉLANGER-HARDY, Aline GRENON (dir.), *Éléments de common law*, Toronto, Carswell, 1997, p. 376. Lord Diplock dans *A. Schroeder Music Publishing Co. c. Macaulay*, [1974] 3 All E.R. 616, 623-624 (H.L.).

s'engager à mettre en œuvre un plan d'équité en matière d'emploi pour pouvoir soumissionner aux appels d'offres. Toutefois, il ne s'agit pas d'un contrat d'adhésion selon la classification de Madiot, mais d'un acte mixte puisqu'il comporte des effets réglementaires. «Au sein de l'acte mixte, la réglementation insérée garde une vie propre : elle est active et régit des situations extérieures aux parties²⁶⁰». Une fois qu'un contrat a été adjugé à un entrepreneur, il doit mettre en œuvre un plan d'équité en matière d'emploi dont les mesures auront des effets au-delà des contractants. Elles bénéficieront à des personnes, dont les employés de l'entreprise, qui ne sont pas parties au contrat.

En règle générale, le caractère de règle impérative est nié aux normes applicables dans un cadre contractuel en faisant valoir qu'elles sont des mesures «volontaires». Puisque l'administré a le «choix» d'accepter ou de refuser les obligations stipulées au contrat, il ne s'agit donc pas d'une norme imposée unilatéralement. Toutefois, dans l'affaire *Dlugosz*²⁶¹, les juges de la Cour d'appel ont noté que l'obligation imposée aux candidats aux postes d'internat rotatoire —de signer un engagement à pratiquer la médecine pendant trois années consécutives dans une région et de respecter cet engagement sous peine d'une sanction pécuniaire— constituait un acte réglementaire. Bien que la directive sous examen ait été annulée parce qu'elle imposait une obligation accompagnée d'une amende, il ne s'agissait pas d'une infraction formellement réglementaire, mais d'une obligation contractuelle assortie d'une clause pénale issue d'une règle administrative.

Dans le domaine des contrats administratifs, le non-respect des obligations contractuelles peut emporter d'autres types de conséquences que le paiement d'une amende. Ces mesures dissuasives se distinguent des mesures incitatives, lesquelles prévoient généralement que l'avantage espéré

²⁶⁰Y. MADIOT, *op. cit.*, note 256, no 488.

²⁶¹*Dlugosz*, précité, note 16, 2317.

(le plus souvent d'ordre pécuniaire sous forme d'attribution de subventions, de contrat, mais aussi d'avantages fiscaux), ne pourra être obtenu que si l'intéressé s'engage à remplir certains objectifs fixés par l'Administration.

i) Les mesures dissuasives

Les règles administratives qui régissent le secteur des engagements financiers comportent généralement des mesures dissuasives, dont les sanctions pécuniaires. On peut citer les règles relatives à l'usage des bourses et des subventions.

Les boursiers du CRSH reçoivent un «Avis d'attribution» qui énonce les conditions spécifiques d'utilisation de la bourse. À cet avis, il est également joint un document intitulé *Bourses du CRSH : guides des boursiers*²⁶². Ce guide explique les conditions d'utilisation des bourses et comprend les formulaires qui devront être retournés au CRSH dûment complétés. Les boursiers sont assujettis «aux règlements et aux directives publiés par le Conseil dans ses guides, ainsi qu'à toute modification que le Conseil pourrait adopter.»²⁶³ Une de ces directives est la *Politique sur l'intégrité dans la recherche et les travaux d'érudition*²⁶⁴. L'objectif de cette politique est d'établir des normes

²⁶²CANADA, CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES HUMAINES, *Guide des boursiers*, Ottawa, CRSH, 1996, 14 p. et 6 formulaires.

²⁶³*Id.*, cette condition générale est réitérée dans le Guide des boursiers dans l'avant-propos : «les boursiers s'engagent à respecter toutes les conditions imposées au moment de l'octroi de leur bourse, de même que les principes généraux et les modalités exposés dans le Guide».

²⁶⁴CONSEIL DE RECHERCHES MÉDICALES DU CANADA, CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES NATURELLES ET EN GÉNIE DU CANADA, CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES HUMAINES, *L'intégrité dans la recherche et les travaux d'érudition, une politique inter-conseils*, Ottawa, C.R.M., C.R.S.N.G., CRSH, 1994, 4 p. Cette directive est le fruit d'une

nationales d'intégrité dans la recherche et d'instituer une procédure pour le traitement des plaintes d'inconduite. Avant que cette politique ne soit émise, moins de 20% des universités canadiennes avaient mis en place un processus de règlement des plaintes d'inconduite. Elles estimaient qu'elles n'avaient pas la compétence pour assumer ce rôle de surveillance, car cette fonction relevait à leur avis des ordres professionnels. C'est ce qui explique, du moins en partie, le faible pourcentage d'universités ayant énoncé des règles en matière d'intégrité dans la recherche. Les conseils ont donc pris l'initiative de combler ce «vide» juridique.

Par cette politique, les conseils émettent des règles de fond visant à assurer le respect du droit d'auteur²⁶⁵. Les conseils s'attendent que les chercheurs divulguent toutes les sources des travaux inédits ou confidentiels utilisés pour leurs recherches, qu'ils fassent état de toute contribution importante des collaborateurs et des étudiants, qu'ils utilisent les archives conformément aux règles établies par les sources archivistiques, qu'ils appliquent des méthodes scientifiques dans la collecte, l'analyse des données et la publication des résultats et, finalement, qu'ils révèlent leurs sources de financement²⁶⁶. La politique établit un cadre procédural pour le traitement des plaintes d'inconduite à l'endroit d'un chercheur.

entreprise conjointe des trois conseils de recherches du Canada: le Conseil de recherche médicale; le Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie et le Conseil de recherches en sciences humaines. *Loi sur le Conseil de recherche médicale*, L.R.C. (1985), c. M-4; *Loi sur le Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie*, L.R.C. (1985), c. N-21. *Loi sur le Conseil de recherches en sciences humaines*, L.R.C. (1985), c. S-12. Les structures et attributions de ces trois conseils sont similaires.

²⁶⁵*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, telle que modifiée par L.R.C. (1985), c. 10 (4e suppl.).

²⁶⁶*L'intégrité dans la recherche et les travaux d'érudition, une politique inter-conseils*, op. cit., note 264, p. 1.

Les conseils demandent aux universités canadiennes de mettre en place une procédure d'enquête respectant sa politique²⁶⁷. Ils chargent les universités se statuer sur les allégations d'inconduites et de sanctionner le chercheur ayant contrevenu aux règles. Afin de contrôler la qualité du processus décisionnel, les conseils exigent que les autorités universitaires fassent rapport sur les affaires traitées²⁶⁸. Sur la base de ce rapport, l'un des conseils peut prendre des sanctions à l'endroit du chercheur fautif. Ils peuvent refuser d'examiner ses demandes d'aide financière, cesser les versements d'aide financière ou lui demander de rembourser la totalité ou une partie des sommes versées²⁶⁹. Ces conséquences immédiates ne constituent pas l'unique forme de sanction qui peut être infligée à un chercheur fautif. Les conseils peuvent également maintenir un chercheur hors du système d'aide financière pour un temps déterminé ou indéterminé. De plus, ils peuvent automatiquement rejeter la candidature d'un chercheur dont le nom est proposé afin qu'il devienne membre d'un comité d'évaluation. Un autre exemple est le *Programme de contrats fédéraux pour l'équité en matière d'emploi*. À titre de rappel, un entrepreneur qui ne remplit pas son engagement à mettre en œuvre un plan d'équité en matière d'emploi une fois qu'un contrat lui a été adjugé pourra être déchu de son droit de soumissionner pour d'autres contrats fédéraux.

Il est indûment réducteur de limiter la notion de sanction administrative aux seules mesures dissuasives puisque l'Administration dispose d'une série de moyens pour imposer le respect de ses règles. En plus

²⁶⁷Les institutions universitaires ont eu dix-huit mois pour présenter leur projet de règles à un Comité *ad hoc* formé par les Conseils. Aujourd'hui, toutes les universités canadiennes se sont dotées de règles et ces règles ne comportent pas de différence significative d'une institution à l'autre.

²⁶⁸*L'intégrité dans la recherche et les travaux d'érudition, une politique inter-conseils, op. cit.*, note 264, p. 3.

²⁶⁹*Id.*, p. 4.

des mesures dissuasives, il existe des contraintes positives —les mesures incitatives— qui sont tout aussi indicative de l'existence d'une obligation.

ii) les mesures incitatives

Dans l'affaire *Dlugosz*, la Cour a maintenu la validité de la seconde politique qui faisait également l'objet d'une contestation judiciaire. Dans cette politique, deux mesures incitatives étaient prévues. D'une part, une rémunération de 115% à 120% était accordée au médecin qui acceptait de s'éloigner en région (en plus d'autres avantages marginaux). En revanche, la rémunération du médecin qui refusait de travailler en région était réduite de 30% pour les trois premières années de sa pratique²⁷⁰. D'autre part, le Conseil des ministres demandait aux universités, lors de l'étude des dossiers des médecins qui désiraient faire une spécialité, d'accorder une priorité à ceux qui avaient œuvré en région éloignée. Le nombre de candidats pouvant faire leur entrée en spécialité étant bien entendu limité²⁷¹. Donc, les conséquences d'un refus de s'éloigner en région n'étaient pas strictement financières, mais pouvaient également avoir des répercussions importantes sur la carrière d'un médecin. Un autre exemple de mesure incitative se trouve dans le *Programme de contrats fédéraux pour l'équité en matière d'emploi*. Ce programme oblige les entrepreneurs qui y sont visés à joindre à leur soumission une attestation d'engagement à mettre en œuvre un plan d'équité en matière d'emploi advenant qu'un contrat leur est adjudgé. En l'absence de ce certificat, les fonctionnaires ont l'obligation d'écarter la soumission de l'entrepreneur.

²⁷⁰*Dlugosz*, précité, note 16, 2318.

²⁷¹*Id.*, 2315.

Tout comme dans le cas des mesures dissuasives, ces mesures incitatives s'imposent aux administrés par le moyen de la technique contractuelle et elles contraignent tout autant le comportement des administrés. Afin d'analyser le caractère impératif d'une règle, la manière de faire importe peu. Dès que la mesure a pour effet de contraindre la conduite d'une catégorie d'administrés, l'effet normatif est «suffisamment impératif».

b) Les contraintes dans le contexte d'actes unilatéraux

La Cour suprême n'a pas eu l'occasion de se prononcer clairement sur l'utilité du critère de la sanction administrative applicable à l'administré pour qualifier une norme d'impérative. Dans *Friends of the Oldman River*, elle a fait laconiquement référence aux sanctions administratives et seulement à titre d'argument *a contrario* afin de distinguer les directives en question dans cette affaire (qui faisaient l'objet d'une sanction judiciaire), des règles administratives dont il était question dans les arrêts *Martineau* et *Maple Lodge Farms*. Pourtant, s'agissant de l'affaire *Martineau*, le détenu s'est vu imposer une grave sanction administrative, soit un isolement punitif de quinze jours dans l'unité spéciale de correction. Cette décision du comité de discipline du pénitencier aurait pu être différente si Martineau avait pu bénéficier de l'application des règles procédurales énoncées dans la directive. Dans l'affaire *Maple Lodge Farms*, le ministre avait modifié la liste des produits d'importation sous contrôle pour y inclure le poulet. Afin de fixer un cadre d'application de sa décision, le ministre avait énoncé, dans une politique, son plan de quotas relativement à l'octroi de licences ordinaires d'importation et avait prévu des critères pour la délivrance de licences supplémentaires d'importation. Dans cette affaire, le ministre a refusé d'émettre une licence supplémentaire au propriétaire de la ferme Maple Lodge. Il est possible que ce dernier ait subi des pertes pécuniaires en raison de cette décision.

Dans ces arrêts, les règles impliquaient des mécanismes dont l'Administration s'est dotée pour contrôler les processus décisionnels. Ce sont les décisions issues de ces processus qui comportent des conséquences sur les droits, les intérêts et les obligations des administrés. Ce type de mécanisme fait partie de la grande famille des règles de procédure et leur effet contraignant s'infère des résultats, lesquels, par ailleurs, ne peuvent être contestés que devant un arbitre impartial. Dans ce contexte, on peut comprendre pourquoi la Cour a rapidement analysé la notion de sanction administrative dans l'arrêt *Friends of the Oldman River*. En effet, qu'il existe ou non des sanctions administratives à l'issue des processus décisionnels, ce sont les conséquences de la décision rendue par l'Administration qui révèlent la contrainte/sanction pour l'administré. À cette étape, c'est ce dernier qui doit recourir aux tribunaux pour contester la décision et souvent son seul recours est de demander un contrôle judiciaire de légalité de cette décision. Il est donc fréquent que la seule sanction qui compte, à toutes fins pratiques, est celle du juge puisqu'il a le pouvoir d'annuler la décision rendue par l'Administration²⁷².

L'existence d'une sanction spécifique rattachée à la violation de la règle par l'administré peut indiquer l'existence d'une norme impérative, mais ce critère pose deux problèmes. Premièrement, le droit positif est particulièrement ambigu lorsqu'il s'agit d'identifier le type de sanction qui compte pour faire cette évaluation. Le critère de la sanction spécifique rattachée à la règle ne peut pas être limité aux seules mesures dissuasives, qu'elles soient de nature pénale ou administrative. Il faut inclure tous les mécanismes de contrôle faisant partie des rouages de l'Administration pour se forger une idée plus complète des moyens qui peuvent être utilisées pour contraindre les acteurs du système à respecter les règles. De ce point de vue, il faut constater que les règles juridiques étatiques sont sujettes à une très grande diversité de mécanismes de contrôle pour en assurer le respect.

²⁷²*Friends of the Oldman River Society*, précité, note 16, 35-36.

Deuxièmement, le critère de la sanction spécifique n'est pas pertinent pour analyser tous les types de règles. Le cas des règles relatives à la procédure est l'exemple qui illustre le mieux cette réalité. Dans ce cas, il faut plutôt faire référence aux conséquences sur les administrés qui résultent de la non-application de ce type de règles par l'Administration.

2.2.2.3 La sanction judiciaire

En insistant sur l'importance de la sanction judiciaire aux fins de la qualification d'une règle juridique, les juges de la Cour suprême émettent un point de vue partagé par les juristes : une norme juridique est celle «dont la violation appelle l'intervention du juge; de cette intervention, elle tire sa spécificité théorique par rapport aux autres règles de conduite»²⁷³.

Une règle de droit est celle qui est sanctionnée par le juge et le juge sanctionne les règles qui sont opposables. Ainsi, le droit est simplement ce que disent les juges : «[aux] organes juridictionnels revient la tâche de la *jurisdictio* : non seulement trancher les litiges à la lumière du droit, mais aussi, par le fait même, décider de manière ultime, implicitement ou expressément, si une règle ou un principe dont la portée serait incertaine constitue du droit ou non»²⁷⁴. Ces présupposés d'opposabilité et de sanction judiciaire s'expliquent historiquement par le fait que l'État avait pour fonction de protéger les libertés des citoyens. Le rôle de la norme juridique était essentiellement relatif au droit de l'un et corrélativement à l'obligation de l'autre. Ainsi, la norme

²⁷³Jean RIVERO, «Sanction juridictionnelle et règle de Droit», dans *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1974, p. 457, à la p. 457.

²⁷⁴François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, «"Juris-dictio" et définition du droit», [1989] 10 *Droits* 53, 54.

opposable est le *droit* que l'on peut faire valoir contre un tiers. Les expressions «droits» et «obligations» n'auraient pas de sens si l'auteur ou le destinataire ne pouvait pas faire valoir la norme contre l'autre partie qui ne la respecte pas. Mais face à la diversité des normes en droit contemporain, lesquelles ne se limitent plus à énoncer des droits ou des obligations au sens strict, comment les juges déterminent-ils si une règle administrative peut faire l'objet d'une sanction judiciaire?

a) Les critères de sanctionnabilité des règles impératives

De *Martineau* à *Friends of the Oldman River*, les juges ont procédé à des analyses très différentes afin de déterminer s'ils avaient le pouvoir de sanctionner le non-respect de la règle par l'Administration.

Dans l'affaire *Martineau*, le juge Pigeon, pour la majorité, a conclu que les règles procédurales émises par le directeur du pénitencier n'étaient pas sanctionnables judiciairement. Il a jugé que le législateur avait attribué ce pouvoir au directeur en tant qu'administrateur. Cette intention du législateur découlait, selon le juge Pigeon, de l'absence de sanction applicable à l'égard de l'administré. Cette justification n'était pas particulièrement convaincante étant donné qu'il s'agissait de règles procédurales élaborées dans le but de protéger les administrés²⁷⁵. Le juge Laskin, dissident, n'a pu souscrire à cette «vision négative du droit»²⁷⁶, car la procédure en cause constituait «une application typique des règles de justice naturelle et le devoir de l'observer découle du fait

²⁷⁵*Martineau*, précité, note 81, 129.

²⁷⁶*Id.*, 123.

même de son existence»²⁷⁷. Le juge Laskin a donc fait référence à la fonction des règles sous examen et puisque cette fonction était similaire à celle de règles dont la juridicité est clairement reconnue en droit, il a conclu que les règles sous examen pouvait faire l'objet d'une sanction judiciaire.

Dans l'affaire *Friends of the Oldman River*, la Cour suprême a également jugé que les directives, de nature procédurale, pouvaient être sanctionnées par une cour de justice. Toutefois, les juges ont tiré cette conclusion en se basant sur une interprétation de l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*. La Cour suprême s'est dite convaincue que l'article 6 permet l'adoption de lignes directrices impératives. Pourtant rien dans l'article 6 n'autorise à tirer une conclusion dans un sens ou dans l'autre si ce n'est du fait que les directives étaient assujetties aux formalités de l'approbation du ministre et du gouverneur en conseil²⁷⁸. Tel qu'il a été discuté plus haut, le critère de l'action positive du gouvernement n'est pas indicatif en lui-même de l'existence d'un pouvoir réglementaire. Peut-être en raison de la fragilité de ce type de raisonnement, la Cour a pris soin d'ajouter que l'intention du législateur d'attribuer un pouvoir de créer des règles impératives s'infère du rôle des règles administratives dans l'exécution générale de la loi:

«On ne doit pas examiner le terme "directives" en vase clos; il faut interpréter l'art. 6 dans son ensemble. On se rend alors compte que le législateur fédéral a opté pour l'adoption d'un

²⁷⁷*Id.*

²⁷⁸*Friends of the Oldman River*, précité, note 16, 33: l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C., c. E-10, édicte le texte suivant : «Au titre de celles de ses fonctions qui portent sur la qualité de l'environnement, le ministre peut par arrêté, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des directives à l'usage des ministères et organismes fédéraux [...]»

mécanisme de réglementation auquel on est soumis «légalement»
et dont on peut obtenir l'exécution par bref de prérogative.»²⁷⁹

Sans contester le bien-fondé de cette solution, j'estime que l'analyse de la fonction des règles est un procédé insatisfaisant pour distinguer la règle impérative de la règle indicative. En effet, cette approche mène plutôt à l'indifférenciation des règles dès que l'on mesure leurs effets contraignants dans la réalité. Mais même en supposant qu'il existe véritablement une distinction entre la règle administrative impérative et indicative, est-il exact de prétendre que les règles indicatives ne sont pas sanctionnables judiciairement?

b) Le traitement des règles indicatives dans le contentieux administratif

Garant estime que la règle administrative indicative n'a pas force de loi, car elle implique que l'administrateur possède une marge de manœuvre décisionnelle :

«Ces textes n'ont pas force de loi parce qu'il leur manque l'une ou l'autre des caractéristiques essentielles du règlement; conséquemment, leur auteur conserve en principe la faculté de ne pas les appliquer à un cas particulier suivant les circonstances.»²⁸⁰

²⁷⁹*Id.*, 36.

²⁸⁰P. GARANT, *op. cit.*, note 86, p. 395-396.

Ce critère de distinction, où l'auteur conserve la faculté de ne pas appliquer une règle dans un cas particulier suivant les circonstances, n'est pas convaincant car certains règlements laissent une marge de manœuvre décisionnelle à l'administrateur. Par exemple, le paragraphe 3 de l'article 11 du *Règlement sur l'immigration* édicte que :

«L'agent des visas peut

a) délivrer un visa d'immigrant à un immigrant qui n'obtient pas le nombre de points d'appréciation requis par les articles 9 ou 10 ou qui ne satisfait pas aux exigences des paragraphes (1) ou (2),
ou

b) refuser un visa d'immigrant à un immigrant qui obtient le nombre de points d'appréciation requis par les articles 9 ou 10, s'il est d'avis qu'il existe de bonnes raisons de croire que le nombre de points d'appréciation obtenu ne reflète pas les chances de cet immigrant particulier et des personnes à sa charge de s'établir avec succès au Canada et que ces raisons ont été soumises par écrit à un agent d'immigration supérieur et ont reçu l'approbation de ce dernier.»²⁸¹

Dans le cadre du processus décisionnel édicté par la *Loi sur l'immigration*, ce que l'administré/immigrant peut exiger est une décision rationnelle, c'est-à-dire une décision qui tient compte des paramètres normatifs existant pour évaluer sa demande. Cette situation n'est pas tellement différente lorsqu'un fonctionnaire applique une règle administrative qu'elle soit novatrice ou interprétative. Issalys et Lemieux posent d'ailleurs que dans «la mesure où les

²⁸¹ *Règlement sur l'immigration*, précité, note 211.

facteurs qui sont susceptibles d'intervenir lors de la prise de décision sont exprimés par l'autorité décisionnelle [par une règle administrative], on s'attendra normalement à ce que la décision prise tienne compte de ces facteurs»²⁸². Même si une norme d'un système juridique laisse une marge de manœuvre à l'autorité décisionnelle, cela ne signifie pas qu'il s'agit d'une règle non susceptible d'un recours judiciaire.

Sur le plan du contentieux administratif où il s'agit de déterminer la légalité de la décision individuelle s'appuyant sur une règle administrative, les cours ont posé le principe suivant : l'Administration peut adhérer strictement à ses règles, mais seulement dans la mesure où elle aura donné la chance à l'administré de faire valoir son point de vue sur leur application²⁸³. Ces dernières se distinguent des «vraies règles de droit» en ce que l'administré peut attaquer l'opportunité de la règle et demander à l'Administration de la modifier ou d'en contester l'application dans son cas particulier en plaidant des circonstances exceptionnelles²⁸⁴. L'organisme n'a pas le droit de s'en

²⁸²P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 76.

²⁸³C'est parce qu'il est possible de contester une règle administrative de la même manière qu'un fait, c'est-à-dire en présentant une preuve ou par le contre-interrogatoire que le juge Sopinka a distingué les règles administratives des règles de droit. Voir l'opinion dissidente du juge dans *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, 302. Le juge s'appuie sur *Innisfil (Municipalité du canton d') c. Vespra (Municipalité du canton de)*, [1981] 2 R.C.S. 145, 167 (j. Estey). Dans cette affaire la Cour suprême a décidé qu'une partie à une procédure tenue devant la Commission municipale de l'Ontario avait le droit de contester une politique en présentant des éléments de preuve, confirmant ainsi la décision de la Cour d'appel de l'Ontario. Toutefois, la Cour fut également d'avis que la Commission avait aussi le droit de contester la politique en procédant à des contre-interrogatoires et, sur ce point, elle a infirmé la décision de la Cour d'appel. Ainsi, en vertu de l'art. 140 de la *Loi sur la justice administrative*, précitée, note 92, les textes d'application d'une loi qui ne sont pas publiés à la *Gazette officielle du Québec* ou d'une autre manière prévue par la loi, telles les règles administratives, doivent être allégués comme n'importe quel fait. À l'art. 142, de la même loi, il est précisé que le «Tribunal ne peut retenir, dans sa décision, un élément de preuve que si les parties ont été à même d'en commenter ou d'en contredire la substance.»

²⁸⁴Denis James GALLIGAN, *Discretionary Powers, a Legal Study of Official Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 281; voir aussi Denis James GALLIGAN, «The Nature and Function of Policies within Discretionary Powers», (1976) P.L. 332, 348 et suiv.

remettre aveuglément à sa politique²⁸⁵ ("(to) 'shut his ears to an application"²⁸⁶), mais le fardeau de présentation de la preuve repose sur l'administré. C'est lui qui doit démontrer que l'autorité devrait faire exception à la règle en raison de circonstances particulières à son cas ou qu'elle devrait la modifier parce qu'elle n'est pas adéquate. L'administré doit avoir de bonnes raisons à faire valoir contre l'application d'une règle²⁸⁷. Sur une demande de contrôle judiciaire, l'administré doit prouver qu'il a été traité inadéquatement et que l'application des règles était inappropriée dans son cas²⁸⁸.

Le droit d'être traité équitablement implique que l'autorité dévoile le contenu de sa politique²⁸⁹, écoute et réponde aux arguments de l'administré²⁹⁰, mais cela ne signifie pas que l'Administration a l'obligation

²⁸⁵*Maple Lodge Farms*, précité, note 82, 7; *Dawkins c. Canada (ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 639, 649 (1ère inst.); *Glaxo Wellcome PLC c. Ministère du Revenu national*, (1998) 162 D.L.R. (4e éd.) 433, 445 (C.F.A.); *Leddy c. Saskatchewan Government Insurance Office*, (1964) 45 D.L.R. 445, 457 (C.A. Sask.); *Re Hopedale Developments Ltd. c. Town of Oakville*, (1965) 47 D.L.R. 482, 486 (C.A.O.); *Re Lloyd c. Superintendent of Motor Vehicles*, (1971) 20 D.L.R. 181, 186 (C.A. C.-B.); *Construction Bérou Inc. c. Paradis*, précité, note 216, 512; *Canada Steamship Lines Inc. c. La Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1985] C.S. 745, 752; *Société Asbestos Ltée c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1984] C.S. 196, 201. Gilles PÉPIN et Yves OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1982, p. 269-270.

²⁸⁶*British Oxygen Co. Ltd. c. Minister of Technology*, [1971] A.C. 610, 625; Henry J. KNOWLES, «Comment on Reregulating the Regulator», (1989) *Lectures L.S.U.C.* 121, 124.

²⁸⁷*R. c. Secretary of State, ex parte Asif Khan* (1984) 1 W.L.R. 1337, 1348 (Lord Parker). *In re Findlay* (1984) 3 W.L.R. 1159, 1173 (Lord Scarman).

²⁸⁸*Breton c. Bureau de la révision de la santé et de la sécurité au travail*, [1984] R.D.J. 1, 5.

²⁸⁹*Dale Corp. c. Rent Review Commission*, (1984) 2 Admin. L.R. 260, 278 (C.A. N.-É.).

²⁹⁰*Rex c. Port of London Authority, Ex parte Kynoch Ltd.*, [1919] 1 K.B. 176, 184 (Lord Bankes) : «There are on the one hand cases where a tribunal in the honest exercise of its discretion has adopted a policy, and, without refusing to hear an applicant, intimates to him with its policy is, and that after hearing him it will in accordance with its policy decide against him, unless there is something exceptional in his case. I think counsel for the applicants would admit that, if the policy has been adopted for reasons which the tribunal may legitimately entertain, no objection could be taken to such a course. On the other hand there are cases where a tribunal has

d'accorder une audition pas plus que ce principe n'exige qu'elle motive toutes ses décisions portant sur l'application ou la modification de la règle²⁹¹. Elle doit se pencher sur les justifications substantielles et rationnelles d'un administré. Par contre, elle n'a pas à répondre à un argument frivole²⁹² ou un motif qu'elle aurait déjà traité et rejeté²⁹³.

L'acte quasi réglementaire, parce qu'il est assimilé au règlement, est opposable à tous. Tout comme le règlement, l'acte quasi réglementaire s'applique de manière uniforme. L'Administration peut opposer sa règle administrative indicative à l'administré qui en conteste l'application, et ce, sans crainte de voir sa décision annulée pour excès de pouvoir dans la mesure où trois conditions sont remplies. Le cas doit donner ouverture à l'application de la règle²⁹⁴, l'administré doit avoir eu l'occasion de faire valoir son point de

passed a rule, or come to a determination, not to hear any application of a particular character by whomsoever made. There is a wide distinction to be drawn between these two cases.»

²⁹¹*Thompson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 395, 402 (j. Cory, pour la majorité), 423 (j. L'Heureux-Dubé, dissidente). Dans cette affaire, Thomson s'était vu offrir un poste dans la fonction publique à la condition qu'il obtienne une habilitation de sécurité. Après avoir mené une enquête, le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) a conseillé au ministère de l'Agriculture de ne pas accorder l'habilitation de sécurité, recommandation qui a été suivie par le sous-ministre. Thomson a déposé une plainte auprès du comité de surveillance des activités du SCRS. À la suite de son enquête, le comité a recommandé l'octroi de l'habilitation de sécurité à Thomson. Néanmoins, le sous-ministre a maintenu sa décision de refuser l'habilitation de sécurité sans motiver sa décision. Au Québec, l'art. 8 de la *Loi sur la justice administrative*, précitée, note 92, prévoit que : «L'autorité administrative motive les décisions défavorables qu'elle prend et indique, le cas échéant, les recours autres que judiciaires prévus par la loi, ainsi que les délais de recours.»

²⁹²*Thibeault*, précité, note 215, 1773.

²⁹³*British Oxygen Co. Ltd.*, précité, note 286, 625. «There may be cases where an officer or authority ought to listen to a *substantial* argument *reasonably presented* urging a change of policy. What the authority must not do is to refuse to listen at all. But a Ministry or large authority may have had to deal already with a multitude of similar applications and then they will almost certainly have evolved a policy so precise that it could well be called a rule. There can be no objection to that, provided the authority is always willing to listen to anyone with something *new* to say —of course I do not mean to say that there need be an oral hearing.»

²⁹⁴*Turcotte c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1991] R.D.F.Q. 218, 220 (C.Q. —chambre civile). De même, un administré ne peut pas demander qu'une autorité administrative lie une

vue afin d'expliquer les raisons pour lesquelles l'Administration devrait modifier ou faire exception à la règle. Finalement, la troisième condition consiste en ce que le décideur doit rationnellement motiver sa décision rejetant la demande. Inversement, lorsque la règle est applicable et que l'administré ne la conteste pas, mais que l'Administration ne l'applique pas sans raison valable en droit²⁹⁵, l'administré peut se plaindre et obtenir gain de cause.

Sur ce dernier point, la Cour d'appel fédérale a décidé dans l'affaire *Nguyen*²⁹⁶ que les fonctionnaires de l'immigration avaient le devoir de fournir le formulaire de demande du droit d'établissement à Nguyen, tel que le prescrit le Guide de l'immigration, puisque l'administré avait respecté les formalités de la procédure de parrainage.

Nguyen était l'un des «réfugiés de la mer» qui avait quitté le Viêt-Nam dans les années suivant la chute du gouvernement sud-vietnamien en 1975. Il avait été maintenu en détention dans un des camps à Hong Kong. Les fonctionnaires n'avaient pas remis le formulaire de demande du droit d'établissement à Nguyen en prétextant qu'il aurait été impossible de traiter le formulaire de demande même s'il était reçu «parce que les agents d'immigration canadiens n'ont pas accès aux camps de détention de Hong Kong»²⁹⁷. Le juge Hugessen a rejeté cet argument en décidant, d'une part, qu'un «fonctionnaire ne peut pas invoquer comme excuse, pour refuser à quelqu'un la possibilité de faire une demande, qu'un agent est d'avis qu'elle

autre autorité par ses règles administratives à moins qu'il ne s'agisse d'une règle émise par le Conseil du Trésor à l'attention des organismes public : *Sécurité Saglac (1992) Inc.*, précité, note 217, 101 (C.A.).

²⁹⁵*Fédération québécoise des directeurs d'école c. La Commission scolaire du Long-Sault*, [1983] C.S. 354, 358; *Padfield and others c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food and others*, [1968] 1 All. E.R. 694, 701 (Lord Reid); *Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223, 229.

²⁹⁶*Nguyen*, précité, note 170, 247 (C.A.F.) (opinion majoritaire des juges Hugessen et Stone).

²⁹⁷*Id.*, 249.

serait éventuellement refusée»²⁹⁸. D'autre part, le juge n'était pas convaincu que les «agents d'immigration canadiens se verraient refuser inévitablement l'accès au camp s'ils le demandaient»²⁹⁹.

En somme, il est inexact d'affirmer, d'une part, que les règles administratives ne sont pas opposables à l'Administration. Contrairement à l'idée qui domine sur la justiciabilité des règles administratives indicatives, la revue de la jurisprudence du régime contentieux relatif à la légalité des décisions individuelles ayant pour fondement une règle administrative indicative montre que ces dernières sont opposables aux acteurs visés par la règle, mais il s'agit d'une opposabilité qui peut varier en raison du contexte normatif et factuel. Ainsi, il n'est pas possible de conclure que les règles administratives impératives sont justiciables, contrairement aux règles administratives indicatives. D'autre part, même si, de manière générale, les juges adhèrent encore largement à l'idée selon laquelle l'Administration ne doit pas appliquer ses règles administratives de manière rigide pour ne pas entraver sa discrétion, il demeure que dans la pratique quotidienne du droit administratif il est loin d'être établi que ce principe est uniformément respecté par l'Administration³⁰⁰. De plus, Janisch explique que l'utilisation de la technique du *rulemaking* peut être plus indiquée que celle *policymaking* ou encore que celle du cas par cas pour structurer les processus décisionnels de certains organismes publics. Par exemple, il estime que le *rulemaking* est utile pour réduire, dans une certaine mesure, l'incohérence décisionnelle³⁰¹.

²⁹⁸*Id.*

²⁹⁹*Id.*

³⁰⁰Hudson N. JANISCH, «Further Developments with Respect to Rulemaking by Administrative Agency», (1995-1996) 9 *C.J.A.L.P.* 1, 5; *Re North Coast Air Services Ltd.*, [1972] C.F. 390, 406-407 (C.A., juge Jackett).

³⁰¹Hudson N. JANISCH, «Consistency, Rulemaking and Consolidated-Bathurst», (1991) 16 *Queen's L. J.* 95. *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, précité, note 283, 328 : le juge Gonthier affirma qu'un organisme administratif devrait favoriser la «cohérence des décisions

Conclusion

Qu'est-ce qu'une règle juridique? Dans le cadre de la théorie prépondérante en droit positif —le normativisme— une règle juridique est celle qui fait partie d'un ordre juridique. Ce sont donc les caractéristiques de l'ordre juridique qu'il faut identifier afin de le distinguer des autres ordres normatifs. À cet égard, Kelsen définit l'ordre juridique comme un ordre immanent de contraintes. Pour Hart, c'est l'existence de règles secondaires qui certifie la présence d'un système juridique. En conséquence, Kelsen explique que la condition de la juridicité des normes est leur sanctionnabilité, alors que Hart estime que la juridicité d'une règle réside dans son rattachement formel à un ordre juridique.

À partir de l'hypothèse que le normativisme est la perspective théorique dominante qui préside à l'analyse du caractère juridique des règles en droit positif, j'ai examiné les critères d'identification d'un règlement qui ont été énoncés par la Cour suprême dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* afin de comparer les caractéristiques de trois types de règles émanant de l'Administration. Les unes étant clairement reconnues comme des normes juridiques —le règlement—, les autres faisant partie d'une catégorie hybride —les actes quasi réglementaires— et les dernières étant reléguées dans la zone obscure du para-droit. Ces critères ont servi à vérifier l'exactitude du postulat selon lequel les règles administratives ne sont pas (ou ne sont pas tout à fait) des actes proprement réglementaires (et donc des règles proprement juridiques) du point de vue de la théorie normativiste.

Deux de ces critères peuvent effectivement être rattachés à la théorie normativiste. Il s'agit de la forme et de l'effet. Le troisième facteur qui est la fonction —que la Cour suprême a qualifié de critère de fond, mais que

rendues en matière administrative»; *Tremblay c. Québec (CAS)*, [1992] 1 R.C.S. 952, 971 : le juge Gonthier précisa que la cohérence est un objectif impératif.

j'ai requalifié de critère de la fonction pour des motifs que j'ai déjà exposés— n'a cependant pas de lien avec la théorie normativiste. En effet, tant pour Kelsen que Hart, le caractère juridique d'une règle ne s'infère pas de sa fonction. Bien que ce constat s'impose d'évidence selon la conception résolument formelle de la juridicité chez Hart, il est sans doute moins criant dans le cadre de la théorie de Kelsen, ce qui expliquerait, du moins en partie, le fait que les juges acceptent le bien-fondé de la distinction entre le réglementaire et l'interprétatif. Toutefois, comme l'explique Mockle, «l'assimilation de l'interprétation au non-normatif n'est pas conforme à la vulgate kelsenienne»³⁰². En effet, Kelsen donnait une place à l'interprétation dans la théorie de la gradation des normes. Il affirmait que l'interprétation est «un processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit dans sa progression d'un degré supérieur à un degré inférieur»³⁰³. L'exactitude de cette proposition théorique peut se confirmer sur le terrain : il n'est pas possible d'identifier une ou des fonctions spécifiques et exclusives au règlement. En droit positif, les règles administratives indicatives, les actes quasi réglementaires et les règlements jouent des rôles similaires dans l'ordre juridique.

Quant au critère de l'effet, il est d'inspiration kelsenienne. Pour ce théoricien, la norme juridique est un acte dont la violation est passible d'une sanction institutionnalisée. Ainsi, les règles administratives, notamment les règles indicatives, ne font pas partie du domaine juridique en droit public justement, argumente-on, parce qu'il leur manque cet attribut. Ces règles issues «de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire» se distinguent des «vraies» règles de droit par leur degré de force normative qui serait insuffisant. Le problème de qualification provient du fait que les règles administratives ne sont pas toujours opposables aux acteurs qui ne les respectent pas. Dans le cadre de la théorie de Kelsen, il est difficile de

³⁰²Daniel MOCKLE, «Deux variations sur le thème des normes», (1997) 38 *C. de D.* 437, 445.

³⁰³H. KELSEN, *op. cit.*, note 31, p. 453.

résoudre cette difficulté parce que ce dernier est particulièrement ambigu sur la juridicité de ce type de règles³⁰⁴.

Toutefois, la théorie de Kelsen n'est pas un empêchement à la reconnaissance du caractère juridique des règles administratives puisqu'elles peuvent faire l'objet d'un débat judiciaire. Ce point de vue ne va pas à l'encontre de la théorie de Kelsen, du moins pour le théoricien Merkl³⁰⁵. En effet, en consolidant les assises de la théorie de la gradation des normes, Merkl reconnaît que l'exécution de la loi ou du règlement peut se faire par la règle administrative³⁰⁶. Il attribue le caractère de règle de droit à ces dernières en expliquant que «l'activité administrative tout entière ne peut se mouvoir et se développer qu'en exécution de règles de droit préexistantes, en sorte que toutes les règles qu'elle crée puisent dans cette exécution même une légitimité leur imprimant le caractère de règle de droit»³⁰⁷. C'est dans cette optique que le raisonnement du juge Lutfy s'inscrit. À titre de rappel, le juge décida dans *Hunter*³⁰⁸ que la règle administrative examinée dans cette affaire était une règle de droit. Il jugea ainsi parce qu'il estimait qu'il existait un lien dans la chaîne des pouvoirs d'origine législative et la règle administrative en question.

³⁰⁴H. KELSEN, *op. cit.*, note 33, p. 349-355.

³⁰⁵Adolf MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienne et Berlin, Springer, 1927, 400 p. Les écrits de Merkl n'ont pas été traduits, mais on peut trouver des comptes rendus dans F. WEYR, «La doctrine de M. Adolf Merkl», (1926) 28 *Rev. int. de théorie du Droit* 215; Roger BONNARD, «La théorie de la formation du Droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl», (1928) *R.D.P.* 669; Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du Droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le Droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, 174 p.

³⁰⁶R. BONNARD, *loc. cit.*, note 306, 681.

³⁰⁷R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, note 305, p. 127. D. MOCKLE, *op. cit.*, note 3, p. 474 et suiv.

³⁰⁸*Hunter c. Canada (Commissaire du service correctionnel)*, précité, note 11, 976.

Dans un système juridique, une règle est considérée comme une norme juridique du point de vue de la théorie normativiste lorsqu'elle s'inscrit dans la gradation de normes (Kelsen/Merkl) ou lorsqu'elle dérive d'une règle secondaire (Hart). Formulée de cette manière, le critère de la forme — l'appartenance d'une règle à un ordre juridique — constitue la condition essentielle de la juridicité. À cet égard, la *Loi sur les textes réglementaires* ne permet pas d'exclure les règles administratives du champ des actes réglementaires d'un point de vue descriptif. D'ailleurs, le ministère de la Justice favorise une interprétation de plus en plus large de cette loi. Une explication possible de cet effritement du strict respect de ces prescriptions législatives par l'Administration serait l'impossibilité de traiter distinctement sur le plan fonctionnel les actes réglementaires des actes non réglementaires. La *Loi sur les textes réglementaires* (et la *Loi sur les règlements* du Québec) fixe des frontières dont on postule la relative étanchéité en droit public du point de vue normatif, mais ce modèle ne résiste pas longtemps à l'analyse. En conséquence, dans l'état actuel du droit positif relatif aux règles administratives, l'application de la théorie normativiste ne permet pas d'exclure les règles administratives de la catégorie des normes juridiques.

Cependant, il faut constater que l'ensemble «directives» n'est pas pleinement intégré au droit public et il faut chercher ailleurs les racines de cette exclusion. Une autre explication tiendrait plutôt des pesanteurs historiques liées à la notion de règle de droit. En effet, la représentation dominante de la règle de droit dépeint l'acte juridique comme étant celui qui confère des droits ou qui impose des obligations, malgré que la Cour suprême n'ait pas posé cette limite dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*. Pour la Cour, une règle de droit détermine de quelle manière des droits sont exercés et des responsabilités sont remplies; elle ne fait pas qu'établir des droits et des responsabilités. Bien qu'il ne soit pas possible d'affirmer avec précision quelle est la portée exacte de ce critère énoncé par la Cour, il faut néanmoins prendre acte qu'il dénote une probable évolution vers une conception plus large de la règle de droit. Mais malgré cette analyse plus nuancée des juges de la Cour suprême sur la notion de règle de droit, il

demeure encore assez fréquent de constater que toute autre fonction assignée à un acte est analysée comme ne relevant pas du juridique, et l'acte est alors relégué dans le domaine du non-droit. Dans la conception diceyenne de l'ordre juridique, le domaine du non-droit est nommé pouvoir discrétionnaire.

3. La théorie du pouvoir discrétionnaire

Depuis les arrêts *Crédit Foncier*³⁰⁹, en France, *British Oxygen*³¹⁰, au Royaume-Uni et *Capital Cities Communications*³¹¹, au Canada, une classification des règles administratives domine en droit public : l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des règles administratives (aussi appelée la théorie des directives). À première vue, cette classification surprend car le pouvoir discrétionnaire désigne, d'un point de vue historique, un pouvoir non lié, d'où la construction de la doctrine de «l'entrave à la discrétion» (*fettering of discretion*³¹²). Cette doctrine impose une contrainte négative à l'administrateur lorsqu'il exerce sa discrétion. En effet, il ne peut pas transformer son pouvoir discrétionnaire en pouvoir lié et tel est le cas lorsqu'il émet des règles. Cette façon de procéder est illégale, car en agissant ainsi, l'administrateur renonce à l'exercice d'un pouvoir qui lui est attribué par le législateur. En conséquence,

³⁰⁹*Crédit foncier de France*, [1970] R.A.C.E. 750, 751; Marcel WALINE, «L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des "directives" (Conseil d'État, 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*)», (1971) *R.D.P.* 1224, 1226; Martine CLIQUENNOIS, «Que reste-t-il des directives?», (1992) *A.J.D.A.* 3.

³¹⁰*British Oxygen Co. Ltd.*, précité, note 286.

³¹¹*Capital Cities Communications*, précité, note 167.

³¹²David J. MULLAN, *Administrative Law*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1996, § 479.

l'objectif de la doctrine est de prévenir la transformation de la discrétion en des règles³¹³.

Tel que souligné par Galligan, les auteurs justifient généralement la doctrine de l'entrave à la discrétion en invoquant que la méthode la plus adéquate pour atteindre les «meilleurs résultats» est de rendre une décision individuelle qui tienne compte des circonstances particulières de chaque cas³¹⁴. C'est d'ailleurs à partir de ce raisonnement que la théorie de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des règles administratives a pu voir le jour. En effet, cette théorie énonce que les règles administratives s'appliquent seulement : l'administrateur doit tenir compte des circonstances particulières de chaque cas avant de déterminer s'il appliquera sa règle administrative. De cette manière, il n'entrave pas sa discrétion illégalement lorsqu'il décide finalement d'imposer sa règle à l'administré.

À l'instar de Galligan, il faut admettre que le fait de tenir compte des circonstances de chaque cas n'implique pas une nécessaire absence de règles³¹⁵. Le point de vue contraire est clairement exagéré³¹⁶. D'ailleurs, la doctrine de l'entrave à la discrétion n'est plus aussi absolue qu'il n'y paraît en droit positif. Les juges ont adopté une position nuancée sur le caractère obligatoire de diverses règles administratives. Par exemple, les cours n'obligent pas un organisme à suivre invariablement la procédure qu'il a

³¹³P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 118 : «Le titulaire d'un pouvoir discrétionnaire ne peut jamais abdiquer ce pouvoir en se liant à l'avance par des normes préétablies [...]». P. Harris AUERBACH, «Discretion, Policy and Section 19(1)(a) of the Immigration Act», (1990) 6 *J. Law & Soc. Pol.* 133, 135.

³¹⁴D. J. GALLIGAN, *op. cit.*, note 284, p. 281 et suiv.

³¹⁵La décision de la Cour suprême dans *Capital Cities Communications Inc.*, précité, note 167, 171, confirme ce point de vue. L'administration peut appliquer ses règles administratives pour rendre des décisions dans des cas particuliers : *Maple Lodge Farms*, précité, note 82, 6; *Jacobs et autres c. Office de stabilisation des produits agricoles*, [1982] 1 R.C.S. 125, 137; *Association canadienne des importateurs réglementés*, précité, note 160, 256.

³¹⁶*Id.*, p. 282.

établie par des règles administratives³¹⁷ : le fait de ne pas y adhérer ne sera pas un motif d'invalidation de la décision si le tribunal a agi en conformité avec les principes de l'équité procédurale³¹⁸. En revanche, la jurisprudence n'assimile pas l'adhésion stricte aux règles procédurales à un exercice illégal de la compétence³¹⁹. Dans certains secteurs d'activités, les cours acceptent qu'un administrateur lie sa discrétion par une règle de fond. Par exemple, les fonctionnaires des ministères du Revenu fédéral et provincial peuvent appliquer strictement leurs Bulletins d'interprétation dans la mesure où ils constituent des interprétations correctes de la loi³²⁰. En matière d'assurance-emploi, la Commission peut opposer ses politiques aux administrés³²¹. Dans le contexte des contrats administratifs, il a été décidé que le répertoire des locateurs (directive concernant la location de machinerie lourde, n° 2-78 du Conseil du Trésor) est obligatoire pour les fonctionnaires des ministères qui

³¹⁷*Bales c. Central Okanagan School District no. 23*, (1984) 8 Admin. L.R. 202, 204 (C.S. C.-B.); *R. c. Johnson*, [1979] 2 W.W.R. 571, 575 (C.A. Sask.); *Hammond c. Assn. of British Columbia Professional Foresters*, (1991) 47 Admin. L.R. 20, 21-22 (C.S. C.-B.).

³¹⁸*Bales c. Central Okanagan School District no. 23*, précité, note 317, 204.

³¹⁹D. J. MULLAN, *op. cit.*, note 312, § 201. *Diamond c. Canada (National Parole Board)*, (1995) 97 F.T.R. 149, 151.

³²⁰*Harel*, précité, note 217; *Nowegijick*, précité, note 217, 37; *Mattabi Mines Ltd.*, précité, note 217, 196 (force persuasive des bulletins lorsque la loi est ambiguë); *Parkland Operations Ltd.*, précité, note 217, 307: dans cette affaire, la Cour a renvoyé la décision au ministre pour qu'il se conforme à sa propre directive puisqu'il n'a pas fourni de bonne raison de s'en écarter. L'interprétation du Bulletin consacrait la tendance majoritaire de la jurisprudence. *Parsons*, précité, note 217, 822 (interprétation incorrecte); *Stickel*, précité, note 217, 685 (interprétation incorrecte); *Favreau*, précité, note 217, 97 (interprétation correcte).

³²¹*Canada (Procureur général) c. Whiffen*, précité, note 214. Dans cette affaire, l'art. 14 de l'ancienne *Loi sur l'assurance-chômage* prévoyait un droit aux prestations pour les administrés, mais à la condition de faire la preuve de leur disponibilité pour travailler. Dans le contexte où un prestataire quittait l'endroit où il travaillait pour s'installer dans une région où les possibilités d'emploi étaient moindres, la Commission a établi dans une politique que le prestataire à l'obligation d'élargir sa recherche d'emploi, sur le plan géographique et a appliqué sa règle dans le cas de Whiffen. La Cour a maintenu la décision.

doivent en respecter les prescriptions³²². Malgré cette jurisprudence, il demeure que la doctrine de l'entrave à la discrétion est encore ancrée dans la conceptualisation du pouvoir discrétionnaire et, en conséquence, dans la représentation des actes qu'un administrateur peut élaborer en invoquant un tel pouvoir. Toutefois, il faut noter l'évolution de la doctrine et, en conséquence, celle de la théorie du pouvoir discrétionnaire.

3.1 L'évolution de la théorie

En droit administratif canadien, le pouvoir discrétionnaire désigne différentes situations juridiques et même il arrive que plusieurs usages se retrouvent dans un même texte, ce qui obscurcit considérablement cette notion. Certains auteurs opposent discrétion à norme³²³; d'autres l'assimilent à la faculté d'apprécier les mérites d'un cas donné à partir de facteurs subjectifs³²⁴, à la possibilité de prendre des décisions de nature politique³²⁵ ou à celle de faire un choix entre des décisions possibles³²⁶, ou encore à la faculté de choisir entre plusieurs actes possibles et alors le terme discrétion est

³²²Miller c. Procureur général (Québec), [1990] R.R.A. 583, 587 (C.S.).

³²³William J. ATKINSON, «La discrétion administrative et la mise en œuvre d'une politique», (1978) 19 C. de D. 187, 189 : «En permettant le choix de la décision, la discrétion s'oppose à la norme qui, au contraire, restreint les possibilités de choisir.»

³²⁴R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, tome 1, note 1, p. 307.

³²⁵Laurentide Motels c. Beauport (Ville de), [1989] 1 R.C.S. 705, 722 (j. Beetz), 732 (j. L'Heureux-Dubé); P.G. Can. c. Fishing Vessel Owner's Ass. of B.C., [1985] 1 C.F. 791 (C.A.F.).

³²⁶P. GARANT, *op. cit.*, note 86, p. 346 et ss. qui reprend la définition de A. De LAUBADÈRE et al., *op. cit.*, note 71, no 892.

entendu au sens de «mode de création du droit»³²⁷. Ces usages reflètent sans doute l'évolution de la conceptualisation de la théorie du pouvoir discrétionnaire, laquelle a considérablement changé depuis un siècle. D'abord qualifié d'élément extérieur au droit, il est maintenant reconnu comme un domaine d'action juridique intégré au droit.

3.1.1 Le pouvoir extérieur au droit

Dans le cours des transformations de l'État gendarme vers l'État providence, les juristes notèrent des changements dans les formes des règles. Le législateur édictait des normes de conduite contraignantes et opposables à tous, mais conférait aussi des pouvoirs aux autorités étatiques qu'il n'était pas possible de classer sous la catégorie «norme juridique», telle qu'elle était conçue. L'existence d'une norme juridique présupposait une contrainte assujettissant les acteurs du système. En opposant la norme (qui impose un devoir), au pouvoir (qui confère une faculté), les juristes conclurent que ces deux notions étaient antinomiques et exclusives l'une de l'autre. Les normes sont du droit; les pouvoirs, du non-droit.

C'est Dicey qui a proposé une définition de la notion de la *rule of law* qui allait profondément influencer la conception du pouvoir discrétionnaire en tant qu'élément extérieur au droit. Pour ce dernier, l'unité de juridiction est un des aspects fondamentaux de la *rule of law*. Ayant pour objet de garantir la protection des libertés et des droits des citoyens contre l'État, la *rule of law* ne peut être véritablement opératoire en droit que si le juge est une figure centrale de l'appareil : lui seul peut assurer la primauté de ces

³²⁷P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 44.

droits et libertés³²⁸. Puisque le pouvoir discrétionnaire n'est pas du droit, les actes qui en sont issus ne sont pas justiciables. Le pouvoir discrétionnaire constitue donc une menace pour les droits et libertés des citoyens et Dicey a conclu qu'il est incompatible avec la *rule of law*³²⁹.

Dicey s'inquiétait des attributions larges de pouvoirs (*wide, arbitrary or discretionary*), lesquelles ne fournissent pas de repères suffisants dans le cadre d'un débat judiciaire³³⁰. Guidé par le souci d'éviter l'arbitraire dans les processus décisionnels affectant les droits fondamentaux et les droits de propriété des citoyens, il proposa au législateur de remédier à cette anomalie juridique par l'énonciation de règles limitant les pouvoirs des agents de l'État. Cette façon de faire permettrait aux juges de déterminer la validité des actes issus de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Dans le domaine des droits fondamentaux, la Cour suprême du Canada a consacré cet aspect de la *rule of law* sous la théorie de l'imprécision³³¹.

³²⁸La conception de la *rule of law* de Dicey reflète le rôle et l'importance du pouvoir judiciaire en Angleterre. D'ailleurs pour Locke, le pouvoir juridictionnel était le critère même de l'état civil. Voir l'introduction de Simone GOYARD-FABRE à l'ouvrage de John LOCKE, *Traité sur le gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1984, p. 87.

³²⁹Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885)*, 10e éd., Londres, Macmillan, 1961, p. 188-199; D. J. GALLIGAN, *op. cit.*, note 284, p. 199 et suiv.

³³⁰Dans le cadre de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires affectant les droits fondamentaux des administrés, c'est également la préoccupation qu'a énoncée la Cour suprême notamment dans les affaires *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 6, 643; *Morales*, précité, note 7, 732. Dans ces décisions, la Cour a également précisé que la théorie s'applique à tous les types de texte législatif : Dans *Nova Scotia Pharmaceutical*, le juge Gonthier énonça à la p. 642 : «Pour terminer, je tiens à souligner en outre que la norme que j'ai exposée s'applique à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre. Les citoyens ont droit à ce que l'État se conforme aux normes constitutionnelles régissant la précision chaque fois qu'il établit des textes de loi.». Dans *Morales*, le juge en chef Lamer ajouta à la p. 729 : «Si la théorie de l'imprécision vise à faire en sorte que toutes les dispositions soient libellées en termes qui permettent un véritable débat judiciaire, alors toutes les dispositions sont régies par cette théorie, peu importe leur forme.»

³³¹Voir les décisions précitées, note 330. Voir aussi : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 107, juge Beetz : «Souplesse n'est pas synonyme d'imprécision»; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 983, juge Dickson énonçait le critère de la norme

Dans le secteur des droits sociaux, la position de Dicey était cependant plus nuancée sur la limitation du pouvoir discrétionnaire par le moyen de règles législatives. Ces réformes semblaient exiger l'application de *business principles* plutôt que de principes juridiques³³². Tel que le note Galligan, la notion de «business principles» demeure floue, «but seems to connote concern with the efficient pursuit of policy goals and acceptance that a certain amount of discretion pursuing those goals is inevitable.»³³³ En droit positif, les juges reconnaissent une certaine latitude aux organismes administratifs afin de mettre efficacement en œuvre les politiques sociales et économiques, mais ils ont circonscrit juridiquement les pouvoirs de l'Administration relatifs à la mise en œuvre de ces derniers. Les choix de l'Administration doivent être compatibles avec les objectifs du législateur, être empreint de bonne foi et être effectués en tenant compte de considérations pertinentes³³⁴. Bref, les décisions doivent être raisonnables en droit³³⁵. En adoptant ce point de vue, les juges intégraient en réalité le pouvoir discrétionnaire au droit, mais comme le notent Issalys et Lemieux, le droit «est

intelligible; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1152 (*Renvoi sur la prostitution*), où le juge Lamer a exposé les deux motifs d'invalidation de règles de droit imprécises : la nécessité que les citoyens soient raisonnablement prévenus des conséquences de leur conduite et que le pouvoir discrétionnaire soit limité.

³³²Albert Venn DICEY, «The Development of Administrative Law in England», (1915) 31 L.Q.R. 148, 150.

³³³D. J. GALLIGAN, *op. cit.*, note 284, p. 201.

³³⁴*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, 140; *Comeau's Sea Foods Limited c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12, 25; *Laker Airways Ltd.*, précité, note 151,193 (Lord Denning); *Vanier et autres c. Côté*, 54 Q.A.C. 259, 264; *Herrington c. The Corporation of the City of Hamilton*, [1964] R.C.S. 274, 278; *Maple Lodge Farms*, précité, note 82, 8.

³³⁵*Padfield*, précité, note 295, 702 (Lord Reid); *Secretary of State for Education and Science c. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014, 1025 (Lord Denning); *Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223, 229; le même principe est applicable aux décisions qui dérivent de l'application d'une règle administrative : *Conseil scolaire de l'Île de Montréal c. Commission scolaire Chaudière-Etchemin*, (1987) R.J.Q. 1, 7 (C.A.) (jugement unanime).

encore présenté comme limitant de l'extérieur l'exercice du pouvoir discrétionnaire.»³³⁶ Néanmoins, une ouverture était créée vers l'intégration du pouvoir discrétionnaire dans le droit.

3.1.2 L'intégration au droit

Il y a trente ans, l'Américain Davis publiait le premier ouvrage de *common law* entièrement consacré à une étude juridique du pouvoir discrétionnaire qu'il définit comme suit : «A public officer has discretion whenever the *effective* limits on his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction»³³⁷. L'accent sur le mot *effective* est très important dans la théorie de Davis parce que son objectif principal est d'éliminer les pouvoirs discrétionnaires qu'il estime inutiles³³⁸. Davis est préoccupé par l'arbitraire qui peut résulter de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Son enquête empirique a porté sur les actes administratifs nettement illégaux ou dont la légalité est sujette à caution. Il a recensé quatorze situations qui, pour cet auteur, représentent des exercices discutables du pouvoir. On peut classer ses exemples dans plusieurs catégories : l'abus de pouvoir, la non-application de la loi ou l'application partielle de la loi, la tolérance administrative, l'erreur de droit à la face du dossier, le conflit

³³⁶P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 43.

³³⁷Kenneth Culp DAVIS, *Discretionary Justice, A Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969, p. 4.

³³⁸*Id.*, p. 3; Kenneth Culp DAVIS, «The Inquiry — the Subject, Objectives, Background, and Method», dans K. C. DAVIS (dir.), *Discretionary Justice in Europe and America*, Chicago, University of Illinois Press, 1976, p. 1, à la p. 1.

jurisprudentiel intra-juridictionnel, l'incohérence décisionnelle et l'absence de motifs³³⁹.

Davis affirme qu'il est possible d'éviter ces usages du pouvoir discrétionnaire qu'il estime inadéquats par la formulation de règles. Le législateur peut, de l'extérieur, limiter les paramètres externes du pouvoir, l'administrateur peut, de l'intérieur, structurer son exercice et, finalement, le juge peut exercer un contrôle plus étroit. L'idée de Davis selon laquelle il est possible de limiter, de contrôler, mais surtout de structurer l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'intérieur allait ouvrir la voie vers une conceptualisation plus «dynamique entre droit et pouvoir discrétionnaire» où ces deux domaines sont «englobés dans un réseau intégré de rapports rationnels»³⁴⁰. Dans cette perspective, les règles administratives ne sont plus uniquement envisagées comme un expédient commode pour l'Administration, mais comme un outil de mise en œuvre du droit public.

Malgré cette percée de Davis, il subsistait encore une opposition entre «droit» et «pouvoir discrétionnaire» qu'Issalys et Lemieux ont cherché à résoudre. Pour ces derniers, l'exercice du pouvoir discrétionnaire ne débute pas «where the law ends»³⁴¹, mais il fait partie intégrante du processus de création du droit³⁴². Le pouvoir discrétionnaire consiste en cette «faculté, accordée par le droit à un acteur quelconque dans l'ordre juridique [...] de choisir, dans une situation donnée, entre plusieurs actes possibles et également compatibles avec le droit»³⁴³. Ces auteurs ne conçoivent plus le pouvoir discrétionnaire comme la liberté de choisir la meilleure décision au

³³⁹*Id.*, aux pages 9-12.

³⁴⁰P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 43.

³⁴¹K. C. DAVIS, *op. cit.*, note 337, p. 1.

³⁴²P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 46.

³⁴³*Id.*, p. 44.

cas par cas³⁴⁴. Il s'agit de faire le choix des actes. Ils reconnaissent sans équivoque que le pouvoir discrétionnaire fait partie de l'univers juridique du droit public. En effet, ils affirment que le pouvoir discrétionnaire est un mode de formation du droit.

Pour ces auteurs, la formation du droit s'accomplit en trois étapes et à chacune d'elles des actes sont posés : les actes prédécisionnels, décisionnels et postdécisionnels. Durant chacune de ces étapes, et notamment lors de l'exercice du pouvoir discrétionnaire (la phase décisionnelle), le pouvoir discrétionnaire peut prendre différentes formes. Il s'agit des modes d'exercice du pouvoir discrétionnaire (par exemple, le règlement, le contrat, le permis) pour lesquels l'Administration «n'aura que rarement l'option de choisir le type d'acte à accomplir, ce choix ayant déjà été fait par le législateur.»³⁴⁵ En distinguant la notion d'acte de celle d'instrument (ou de modes d'exercice du pouvoir discrétionnaire), Issalys et Lemieux se démarquent du point de vue de Janisch, car ce dernier estime que le pouvoir discrétionnaire permet de choisir l'instrument de régulation³⁴⁶.

Dans les organismes administratifs, le pouvoir discrétionnaire se concrétise dans les compétences octroyées aux autorités publiques; le mot «compétence» étant utilisé ici dans son sens large. Il vise cet «ensemble de pouvoirs et devoirs attribués et imposés à un agent pour lui permettre de remplir sa fonction»³⁴⁷. Cette précision est importante, car l'usage du mot compétence qui prévaut généralement en droit administratif est indûment

³⁴⁴C'est-à-dire le simple exercice du pouvoir. Cette première conception ne faisait d'ailleurs pas avancer la connaissance sur le caractère spécifique —le caractère discrétionnaire— du pouvoir accordé par le législateur. En effet, c'était tout simplement le mot «pouvoir» qui était explicité puisque au sens propre «pouvoir» signifie «avoir la possibilité de faire quelque chose», ce qui implique la possibilité de ne pas faire cette chose.

³⁴⁵P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 104.

³⁴⁶H. N. JANISCH, *loc. cit.*, note 1.

³⁴⁷G. CORNU, *op. cit.*, note 124, p. 165.

réducteur. Il est réservé à la désignation des pouvoirs liés³⁴⁸ comme le témoigne le Petit Robert qui définit «compétence» par cette «aptitude reconnue légalement à une autorité publique de faire tel ou tel acte dans *des conditions déterminées par le droit*»³⁴⁹. Tel que posé par les auteurs français de droit administratif et repris par les auteurs québécois³⁵⁰, il y a pouvoir lié «lorsque l'autorité qui en est investie a l'obligation d'en user de façon positive dès que les conditions auxquelles est subordonné l'exercice de cette compétence sont effectivement réunies»³⁵¹. À l'inverse, il y a pouvoir non lié «lorsque, en présence de circonstances de fait données, l'administrateur est libre de prendre telle ou telle décision, a le choix entre ces décisions, autrement dit lorsque sa conduite ne lui est pas dictée à l'avance par le droit»³⁵². En clair, le terme «compétence» est opposé à «pouvoir discrétionnaire». Cette opposition ne peut pas être maintenue pour deux raisons. D'une part, elle n'a pas de sens dans le cadre de la définition du pouvoir discrétionnaire d'Issalys et de Lemieux. D'autre part, l'état des connaissances actuelles en droit public ne permet plus cet usage. Tout en admettant qu'il existe dans le droit des structures normatives qui laissent peu de marge de manœuvre aux administrateurs, alors que d'autres donnent une

³⁴⁸En 1966, le mot compétence était défini par S. CORNIOT, *Dictionnaire de droit*, tome 1, 2e éd., 1966, Paris, Dalloz, p. 384, comme le «pouvoir conféré par la loi à un tribunal d'instruire et de juger un procès, en d'autres termes, la mesure de sa juridiction.» C'est le sens étroit donné au mot compétence. Dans *Le Droit de A à Z, le dictionnaire juridique pratique*, Paris, Éd. juridiques européennes, 1996, p. 132, la définition de compétence comprend à la fois son sens étroit et son sens large : elle est cette «aptitude d'une autorité publique à prendre une décision ou à accomplir un acte juridique.»

³⁴⁹*Le nouveau Petit Robert*, *op. cit.*, note 195, p. 420.

³⁵⁰P. GARANT, *op. cit.*, note 86, p. 346; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, tome 1, note 1, p. 306.

³⁵¹Francis-Paul BÉNOIT, *Le Droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 480, no 807; Jean RIVERO, *Droit administratif*, 13e éd., 1990, no 80; A. DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, note 71, no 892.

³⁵²DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, note 71, no 892.

autonomie quasi totale aux agents, il faut constater, cependant, que le législateur contemporain attribue généralement des pouvoirs partiellement liés à l'Administration. Tous les pouvoirs sont inévitablement discrétionnaires «to a greater or lesser extent»³⁵³.

Le pouvoir discrétionnaire comprend tous les types de compétences attribuées par le législateur aux organismes publics. Il confère cette faculté de faire le choix des actes et il s'agit, dans les développements qui suivent, de préciser quels sont ces actes qui peuvent faire l'objet d'un choix lors de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

3.2 *L'objet du pouvoir discrétionnaire*

Il existe au moins deux points de vue dominants chez les auteurs de droit administratif relatifs à l'objet du pouvoir discrétionnaire. Le premier est principalement défendu par certains auteurs français. Ils ont avancé que la discrétion réside dans la «libre détermination par l'agent du motif auquel doit correspondre l'objet de la décision»³⁵⁴. Le deuxième a été proposé par Galligan. Il est d'avis que le pouvoir discrétionnaire confère un pouvoir de créer des *standards*. Chez Galligan, le terme *standard* est utilisé de manière large :

«as the one extreme standards may be drawn with such clarity and precision that whatever element of judgment is involved would hardly be considered to amount to discretion, while in

³⁵³H. William WADE et Christopher FORSYTH, *Administrative Law*, 7e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 347. *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, Cour suprême du Canada, n° 25823, 9 juillet 1999, par. 54 (j. L'Heureux-Dubé).

other cases the standards may be so open in meaning and require such a substantial exercise of assessment and judgment as to make them discretionary in a very real sense.»³⁵⁵

Dans le vocabulaire juridique français, il n'existe pas de terme spécifique englobant cette dualité de sens. J'ai donc choisi de traduire l'expression «standard» par «paramètres normatifs».

3.2.1 La libre détermination des motifs

Chez certains auteurs français, le pouvoir discrétionnaire réside dans l'incomplète ou l'imparfaite détermination de la réglementation³⁵⁶. Il «correspond à un certain type de réglementation de l'acte administratif, ce type consistant précisément en ce que l'acte n'est pas déterminé dans son entier par la règle de droit»³⁵⁷. En acceptant l'idée que la discrétion est un type particulier de réglementation juridique, il restait à préciser de quel type il s'agit. Pour De Laubadère:

³⁵⁴Jean-Claude VÉNÉZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, L.G.D.J., 1959, p. 45.

³⁵⁵D. J. GALLIGAN, *op. cit.*, note 284, p. 9. L'usage de Galligan est conforme à la définition de *legal standards*. L'expression *legal standards* réfère à un ensemble de critères définis ou indéfinis. Elle peut être employée pour désigner une norme rigide ou souple : D. M. WALKER, *op. cit.*, note 124, p. 1172.

³⁵⁶*Id.*, p. 14.

³⁵⁷*Id.*, p. 15.

«Une autre remarque importante est que les notions de pouvoir discrétionnaire ou lié ne se réfèrent pas à n'importe quel élément mais seulement à *l'objet de l'acte* et encore de façon plus précise à *la correspondance de cet objet avec les motifs (ou circonstances de fait)*. Dans l'hypothèse du pouvoir lié, la loi dit à l'administrateur : vous ne pouvez prendre telle décision que *pour tel ou tel motif* (c'est-à-dire si telle ou telle circonstance de fait se trouve réalisée). Dans l'hypothèse de pouvoir discrétionnaire, la loi dit à l'administrateur : vous pourrez prendre telle ou telle décision et apprécierez vous-même dans quel cas vous devrez prendre l'une plutôt que l'autre.»³⁵⁸

Pour De Laubadère, l'objet du pouvoir discrétionnaire est la libre appréciation des motifs de la décision. La discrétion s'exerce dans la phase ultime du pouvoir décisionnel, une fois que les faits et le droit sont connus. Cet auteur utilise l'adjectif «discrétionnaire» pour signifier ce pouvoir d'agir de manière libre, mais avec discernement. Il s'agit de cette disposition de l'esprit à juger clairement et sainement des choses, d'user de bon sens, de jugement. En utilisant son pouvoir discrétionnaire, l'administrateur doit agir de manière «raisonnable» (employé ici au sens commun : «qui se conduit avec bon sens, avec mesure»).

Le point de vue de l'Américain Davis est similaire à ces auteurs français. Il croit que le pouvoir discrétionnaire consiste en cette faculté «[to decide] what is desirable in the circumstances after the facts and the law are known», tout en admettant que le caractère désirable d'une décision est une

³⁵⁸A. DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, note 71, no 892. J. C. VÉNÉZIA, *op. cit.*, note 354, aux pages 48-49. P. Garant analyse très brièvement cette manière d'aborder le pouvoir discrétionnaire, voir P. GARANT, *op. cit.*, note 86, p. 349.

notion très ambiguë³⁵⁹. Davis fait plus explicitement référence aux éléments subjectifs du processus décisionnel :

«Even though no position here taken depends upon further refinement of the meaning of discretion, the full reality about discretion is somewhat more complex. A decision as to what is desirable may include not only weighing desirability but also guessing about unknown facts and making a judgment about doubtful law, and the mind that makes the decision does not necessarily separate facts, law, and discretion. Furthermore, the terme "discretion" may or may not include the judgment that goes into finding facts from conflicting evidence and into interpreting unclear law; the usage is divided.»³⁶⁰

Sans nier qu'il existe une certaine dose de subjectivité dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, il est difficile d'adhérer complètement à ce point de vue parce que la plupart des attributions de pouvoirs discrétionnaires sont partiellement liées. En conséquence, les décisions doivent généralement s'appuyer sur des critères objectifs. Ainsi, prétendre que le pouvoir discrétionnaire consiste seulement en une libre détermination des motifs rend très incomplètement compte des dimensions plurielles et complexes du pouvoir discrétionnaire. En effet, cette conception du pouvoir discrétionnaire est très réductrice puisqu'elle est pensée uniquement à partir

³⁵⁹K. C. DAVIS, *op. cit.*, note 337, p. 4. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, tome 1, note 1, p. 307 disait en 1984 que la discrétion est cette faculté «d'apprécier l'opportunité (d'une décision) à partir de facteurs subjectifs».

³⁶⁰K. C. DAVIS, *op. cit.*, note 337, p. 4-5.

du cadre du processus décisionnel menant à la prise de décisions individuelles, le «cas par cas».

Afin de rompre avec cette conception —également ancrée dans le droit anglais en raison de la forte influence des écrits de Dicey—, Galligan propose de penser différemment l'objet du pouvoir discrétionnaire. Pour cet auteur, le pouvoir discrétionnaire sert à établir des paramètres normatifs.

3.2.2 La création des paramètres normatifs

Dans la terminologie juridique moderne, Galligan est d'avis que le terme «pouvoir discrétionnaire» est devenu synonyme d'autonomie du jugement et de la décision³⁶¹. Pour cet auteur, faire des choix discrétionnaires implique certes le pouvoir de faire des choix raisonnables, mais surtout de faire des choix rationnels : «to choose amongst different courses of action *for good reasons.*»³⁶² Ce point de vue prend appui dans la jurisprudence anglaise.

Dans l'affaire *Padfield*, les plaignants ont demandé au ministre qu'une question soit référée à un comité pour enquête. Le ministre a refusé en invoquant que les plaignants soulevaient de larges questions (*wide issues*). Devant la Cour, le ministre a prétendu que, puisque sa discrétion n'était pas expressément limitée par la loi, il suffisait que sa décision soit prise de bonne foi. Lord Reid a rejeté cet argument. Il ne suffit pas que le ministre exerce sa

³⁶¹D. J. GALLIGAN, «Pouvoirs discrétionnaires et principe de légalité», dans *Pouvoir discrétionnaire de l'administration et problèmes de responsabilité*, Actes du 25e colloque de droit européen, Oxford (Royaume-Uni), 27-29 septembre 1995, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, p. 11, à la p.16.

³⁶²*Id.*, p. 7.

discrétion simplement de bonne foi, mais il doit donner de bonnes raisons en droit pour refuser la demande :

«where a statute conferring a discretion on a Minister to exercise or not to exercise a power did not expressly limit or define the extent of his discretion and did not require him to give reasons for declining to exercise the power, his discretion might nevertheless be limited to the extent that it must not be so used, whether by reason of misconstruction of the statute or other reason, as to frustrate the objects of the statute which conferred it.»³⁶³

Ainsi, même lorsque le pouvoir discrétionnaire accordé par la loi ne prévoit aucun critère pour l'exercice de ce dernier³⁶⁴, la décision doit non seulement être raisonnable (prise de bonne foi), mais être rationnelle en droit. En droit public, c'est à la notion de rationalité formelle à laquelle Galligan fait référence³⁶⁵. Il affirme qu'une décision est rationnelle en droit parce que les motifs «correspond to or fall within some set of perhaps unarticulated standards.»³⁶⁶ Pour mieux comprendre son point de vue, il suffit de donner un exemple. Le ministre de l'Immigration possède la discrétion d'autoriser un

³⁶³*Padfield*, précité, note 295, voir le résumé de l'arrêtiste à la p. 694, basé sur les motifs des décisions des juges Reid et Pearce aux pages 699, 702 et 714.

³⁶⁴Tel est le cas lorsque le pouvoir discrétionnaire accordé par la loi ne prévoit aucun critère pour l'exercice des pouvoirs discrétionnaires : *Ryan c. Ville de Deux-Montagnes et ville de Ste-Marthe-sur-le-lac*, (1992) R.J.Q. 2706, 2708 (C.A.).

³⁶⁵Sur la notion de rationalité, voir A-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 32, p. 504. La rationalité formelle signifie l'adaptation «technique des moyens à un but donné, en toute indépendance des jugements de valeur susceptibles d'être portés sur ces moyens ou sur ce but.» Sur les rationalités du droit, voir M. COUTU, *op. cit.*, note 38.

³⁶⁶D. J. GALLIGAN, *op. cit.*, note 284, p. 8.

individu à entrer au Canada pour des raisons d'ordre humanitaire³⁶⁷. Après avoir entendu le requérant, mais avant de rendre sa décision d'accepter ou de refuser sa demande, il doit déterminer la portée du pouvoir de rendre des décisions pour des «raisons d'ordre humanitaire». C'est en déterminant les paramètres normatifs du pouvoir qu'il peut atteindre ce but. Dans la troisième phase du processus décisionnel, ayant en main les faits et le droit, le ministre peut rendre une décision rationnelle. Il peut évaluer si les faits invoqués par le requérant donnent ouverture à l'application de la disposition législative octroyant le pouvoir. Sur ce point, il faut souligner l'arrêt *Baker* de la Cour suprême. Dans cette affaire, les juges ont décidé qu'il était préférable d'exercer un contrôle judiciaire sur les décisions discrétionnaires d'un administrateur en appliquant le même cadre de référence que pour les erreurs de droit. Dans le cas spécifique d'une décision du ministre de l'Immigration relatif à une demande de statut pour des motifs humanitaires, les juges ont examiné si le ministre avait interprété de manière raisonnable (la norme de contrôle de la décision raisonnable simpliciter) la portée et les limites de son pouvoir discrétionnaire. Pour faire cette vérification, les juges ont utilisé, entre autres, les lignes directrices émises par le ministre fixant des paramètres relatifs à l'interprétation des motifs humanitaires³⁶⁸.

Pour étayer sa théorie de l'objet du pouvoir discrétionnaire, Galligan conçoit le processus décisionnel de la manière suivante : «(...) there are three primary element to the decision : (a) finding facts, (b) settling the standards, (c) applying the standards to the facts.»³⁶⁹ Il estime que le pouvoir discrétionnaire ne se manifeste pas dans la troisième phase du processus décisionnel (comme chez De Laubadère), mais au stade de la détermination du

³⁶⁷ *Loi sur l'immigration*, précitée, note 97, art. 114(2).

³⁶⁸ *Baker*, précité, note 353, par. 67.

³⁶⁹ D. J. GALLIGAN, *op. cit.*, note 284, p. 9.

droit. Le pouvoir discrétionnaire «in its more central sense relates to (b)»³⁷⁰. Le pouvoir discrétionnaire permet à l'Administration d'établir les paramètres des choix qu'une autorité peut effectuer pour statuer sur le fond de la demande de l'administré. En posant que le pouvoir discrétionnaire consiste dans le choix de balises permettant d'évaluer si les demandes des administrés peuvent être acceptées ou refusées, Galligan qualifie le choix de l'acte : il s'agit d'un acte normatif. Ce choix peut se matérialiser sous diverses formes d'instruments normatifs, sous réserve des dispositions législatives spécifiant le mode d'exercice du pouvoir discrétionnaire³⁷¹. Dans la jurisprudence canadienne, il existe des traces de cette analyse du pouvoir discrétionnaire.

Dans l'arrêt *Jacobs*³⁷², le juge Laskin (alors juge en chef) distingua entre les types de pouvoirs discrétionnaires octroyés par le législateur à l'Office de stabilisation des produits agricoles pour expliquer deux points de droit. D'une part, l'Office avait le pouvoir d'établir les directives contestées dans cette affaire. D'autre part, il avait l'obligation d'y adhérer strictement pour rendre des décisions individuelles. Cet arrêt portait sur un programme de subvention visant la stabilisation des prix des produits agricoles. Dans le cas des pommes, un règlement avait été promulgué spécifiant les principes de calcul du montant de la subvention, mais ne limitait pas les quantités de pommes ou de leurs dérivés ouvrant droit à la subvention. Ces limites avaient été fixées par l'Office par directive. Se trouvant exclus du programme, les appelants ont contesté le pouvoir de l'Office de fixer ces limites. Cet argument a été rejeté par la Cour.

³⁷⁰*Id.*

³⁷¹P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 103. Lorsqu'un pouvoir doit être exercé par règlement, il ne peut pas faire l'objet d'une directive : *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Papeterie Reed Ltée.*, (1988) R.J.Q. 1199, 1203 (C.A.).

³⁷²Précité, note 316.

Le juge en chef a distingué entre les pouvoirs discrétionnaires octroyés par le législateur. Le pouvoir d'achat, de paiement et de vente des produits agricoles est strictement limité par le cadre législatif; l'autorité n'a pas le loisir de choisir les règles pour régir ces aspects de l'activité et une fois émises, elles lient l'Administration³⁷³. Quant au pouvoir de stabiliser les prix agricoles³⁷⁴, le juge Laskin était d'avis que l'Office pouvait, sans entrave législative, choisir les paramètres normatifs qu'il jugeait appropriés³⁷⁵. Il a le droit de fixer des limites inférieures et supérieures de production de pommes donnant droit à une subvention et, une fois que l'Office a établi des règles, elle peut les appliquer strictement aux cas particuliers³⁷⁶. Elle a l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour stabiliser les prix³⁷⁷ et de traiter également tous les producteurs «qui satisfont aux conditions valablement établies pour leur donner droit à une subvention.»³⁷⁸

Comme l'affirmait Lord Reid dans *British Oxygen*, il existe une multitude de pouvoirs discrétionnaires³⁷⁹. Les lois peuvent attribuer à l'autorité le pouvoir de réglementer, de contracter, d'exempter³⁸⁰, de

³⁷³*Id.*, 129-130 et 138 : «En fait, il existe des arguments convaincants en faveur de l'attribution à ces pouvoirs discrétionnaires d'une connotation impérative dès la mise en œuvre d'un plan de stabilisation des prix.» La Cour donne l'exemple de l'art. 10 de la *Loi sur la stabilisation des prix agricoles*, L.R.C. 1970, c. A-9.

³⁷⁴*Id.*, 128. La Cour donne l'exemple de l'art. 7 de la *Loi sur la stabilisation des prix agricoles*, précitée, note 373.

³⁷⁵*Id.*, 139.

³⁷⁶*Id.*, 142.

³⁷⁷*Id.*, 140.

³⁷⁸*Id.*, 137.

³⁷⁹*British Oxygen Co. Ltd.*, précité, note 286, 625.

³⁸⁰*Loi sur l'immigration*, précitée, note 97, art. 114(2) où le ministre de l'Immigration est autorisé à exempter toute personne de l'application de toute disposition réglementaire s'il est

s'abstenir³⁸¹, d'enquêter, de gérer ou encore, et cette liste n'est pas exhaustive³⁸², de décider en équité³⁸³. Ainsi, les paramètres d'action d'un pouvoir discrétionnaire doivent être modulés en fonction des dispositions législatives attribuant ces pouvoirs aux administrateurs. De plus, le législateur peut laisser à l'organisme la faculté de juger si le secteur d'activité dont il a la responsabilité requiert l'élaboration de paramètres normatifs d'application uniforme ou variable ou encore s'il est préférable de construire le droit de manière progressive en utilisant la méthode du cas par cas.

Conclusion

Afin d'affirmer que l'Administration a le pouvoir d'établir des règles administratives affectant les administrés, sans qu'il s'agisse de règles proprement juridiques, les spécialistes de droit administratif font valoir qu'elles sont issues du pouvoir discrétionnaire. La conceptualisation

d'avis que cette personne devrait être exemptée ou encore s'il estime que l'admission de cette personne devrait être facilitée en raison de l'existence de motifs d'ordre humanitaire.

³⁸¹Voir l'art. 34(1) de la *Loi sur les télécommunications*, précitée, note 97 : «Le Conseil peut s'abstenir d'exercer — en tout ou en partie et aux conditions qu'il fixe — les pouvoirs et fonctions que lui confèrent normalement les articles 24, 25, 27, 29 et 31 à l'égard de services ou catégories de services fournis par les entreprises canadiennes dans les cas où il conclut, comme question de fait, que son abstention serait compatible avec la mise en oeuvre de la politique canadienne de télécommunications.»

³⁸²CANADA, COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *Répertoire des pouvoirs discrétionnaires relevés dans les statuts révisés du Canada*, Ottawa, Information Canada, 1975, 1025 p.

³⁸³*Loi sur l'immigration*, précitée, note 97, art. 77(3)b) qui attribue le pouvoir à la Commission d'appel de l'immigration de renverser une décision d'un arbitre en raison de motifs humanitaires. La Cour d'appel fédérale a qualifié ce pouvoir de compétence en équité : *Canada (Solliciteur général) c. Kainth*, (1993) 22 Imm. L.R. (2d) 114.

dominante du pouvoir discrétionnaire pose qu'il s'agit d'un pouvoir qui n'est pas lié. Ainsi, il ne peut se matérialiser que dans le cadre d'une décision individuelle. En conséquence, son objet ne peut pas être relatif à l'énonciation de règles, mais à la libre détermination des motifs de la décision. De ce point de vue, les règles administratives ne peuvent pas être conçues comme des règles de droit. Elles sont plutôt envisagées comme des faits.

Cette perspective occulte le caractère normatif de ces *faits* en déplaçant l'analyse vers le caractère raisonnable de la décision. Tout se passe comme si le caractère raisonnable d'une décision était la seule donnée pertinente dont un administrateur peut et doit tenir compte dans le processus décisionnel. Le lien entre les dispositions législatives attribuant le pouvoir discrétionnaire et leur concrétisation dans des règles administratives n'existe pas. Pourtant, comprendre la rationalité formelle d'une décision est important dans l'optique du respect du principe de légalité en droit public. Tel que les juges Reid et Pearce l'affirmaient dans *Padfield*, une décision (même celle issue d'un pouvoir discrétionnaire qui n'est pas limité) doit être non seulement prise de bonne foi, mais pour de bonnes raisons en droit. Elle doit être basée sur l'application de critères objectifs. Par conséquent, en concevant le pouvoir discrétionnaire non plus comme permettant exclusivement l'usage du jugement, mais comme attribuant une autonomie décisionnelle aux administrateurs (le choix des actes), le mode d'exercice de la discrétion peut prendre la forme d'une règle impérative ou indicative. L'administrateur peut appliquer ses règles strictement lorsque le cadre normatif et le domaine réglementé le justifient.

En adoptant ce point de vue, on peut s'interroger sur la classification des règles administratives en tant qu'actes par lesquels l'Administration auto-limite son pouvoir discrétionnaire. Elle est critiquable à deux niveaux. D'une part, cette classification ne rend pas compte de la fonction particulière —la limitation du pouvoir— que l'on cherche à circonscrire. Un seul exemple suffira à illustrer ce point. Selon la théorie proposée par Issalys et Lemieux, le pouvoir réglementaire est envisagé comme

une émanation du pouvoir discrétionnaire. Or lorsque les administrateurs édictent des règlements, ils limitent leur pouvoir discrétionnaire. Donc, quels que soient les modes d'exercice du pouvoir discrétionnaire, ils ont tous pour fonction de le limiter. D'autre part, la classification occulte la finalité de cette limitation. Les règles administratives sont ainsi classifiées parce qu'elles sont perçues comme des limites que l'autorité s'impose à elle-même. Bien que cette désignation semble plus exacte dans le cas de certaines règles, telles celles de nature procédurale qui structurent la manière dont l'Administration traite les demandes des administrés, elle apparaît plus obscure dans le cas des règles substantielles. Bien souvent, ce que l'administrateur limite ce sont les «pouvoirs des administrés d'obtenir quelque chose de l'administration»³⁸⁴, plutôt que son propre pouvoir. D'ailleurs, il est utile de rappeler que la catégorie des «directives» est née à la suite du constat selon lequel les règles administratives ne servent pas toutes à organiser l'ordre intérieur, mais qu'un bon nombre d'entre elles ont des effets de droit sur les administrés.

Finalement, s'il est exact de prétendre, à l'instar de Galligan, que le pouvoir discrétionnaire peut servir à énoncer des règles souples ou rigides, il faut conclure, en dernière analyse, que le rattachement des règles administratives au pouvoir discrétionnaire ne constitue pas un argument convaincant pour appuyer la thèse selon laquelle il ne s'agit pas de règles proprement juridiques.

³⁸⁴Voir l'introduction de Jean Untermaier de l'ouvrage de D. MOCKLE, *op. cit.*, note 3, p. 14.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Au début de ce parcours, il s'agissait d'identifier les empêchements posés en droit positif à la reconnaissance du caractère juridique des règles administratives. J'ai examiné les caractéristiques associées au règlement (qui ont été énoncées par la Cour suprême dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*) pour vérifier dans quelle mesure elles peuvent servir à fonder une distinction entre les «vraies» règles de droit et les règles administratives. Cette démarche s'imposait puisque certaines règles administratives —les actes quasi réglementaires— sont assimilées au règlement et sont reconnues comme des règles juridiques (bien qu'il s'agisse d'une catégorie hybride), alors que d'autres règles administratives —les actes interprétatifs ou indicatifs— ne sont pas considérées comme des règles «proprement juridique» parce que leur effet normatif est jugé insuffisant. Le résultat des analyses effectuées dans cette première partie montre que les critères énoncés par la Cour suprême ne peuvent servir à établir une balise opératoire entre le réglementaire et le non-réglementaire. La raison étant sans doute qu'une telle frontière n'existe pas sur le plan théorique³⁸⁵, du moins dans l'optique de la théorie normativiste. En effet, cette théorie ne peut pas servir de fondement pour exclure les règles administratives du champ juridique.

Outre ce constat, ce qu'il faut également souligner c'est le développement des analyses sur la notion de juridicité en droit positif. En effet, les juges de la Cour suprême ne postulent plus l'existence d'une division étanche entre le réglementaire/juridique (le règlement) et le non-réglementaire/non-juridique (les règles administratives). Depuis l'arrêt

³⁸⁵D. MOCKLE, *op. cit.*, note 3, p. 201 et suiv.; Pierre LASCOUMES, «Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques» (1990) *L'année sociologique* 40, 50.

Friends of the Oldman River, une troisième catégorie est reconnue : les actes quasi réglementaires. La création de cette catégorie hybride remet en question le postulat positiviste, et sous-jacent à la théorie normativiste, selon lequel il existe une frontière entre l'être et le néant. Cette limite est particulièrement visible lorsqu'on analyse la juridicité des règles administratives en droit positif puisqu'il faut prendre acte de l'acception plus fluide de la notion de juridicité qui émerge de l'arrêt *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*. En effet, la Cour suprême a clairement affirmé que les trois critères pour évaluer la juridicité d'une règle ne sont pas cumulatifs. Aussi, il est possible que d'autres catégories intermédiaires de règles juridiques soient éventuellement reconnues par la Cour.

Cette orientation de la Cour suprême m'amène à tirer la même conclusion théorique que Timsit : la juridicité n'est pas un «état», mais une «propriété, une qualité éminemment variable de la norme»³⁸⁶. Il s'ensuit que les actes administratifs, y compris les règles administratives, ne peuvent pas faire l'objet d'une classification sur la base d'une distinction fondée sur l'idée d'un «état» ou d'un «non-état» de juridicité. Ainsi, il est possible d'affirmer que les «directives» sont des actes juridiques et que, tout comme les actes «quasi réglementaires» ainsi que les «véritables» règlements, elles font partie de la grande famille des actes réglementaires³⁸⁷. Cette famille peut d'ailleurs être définie comme suit : les actes réglementaires constituent un ensemble d'actes juridiques émanant d'une action gouvernementale ou administrative et instituant des règles de conduite abstraites qui affectent directement ou indirectement les droits, les intérêts et les obligations d'une catégorie d'administrés. Affirmer que les règles administratives sont non seulement des normes juridiques, mais qu'elles sont également des actes réglementaires, comporte au moins trois enjeux en droit public.

³⁸⁶G. TIMSIT, *op. cit.*, note 56, p. 49.

³⁸⁷D. MOCKLE, *op. cit.*, note 3, p. 561 et suiv.

Le premier est relatif à notion de «règle de droit» incorporée à la *Charte*. Il est utile de rappeler que les juges de la Cour suprême ont déterminé que le sens du terme «règle de droit» sous l'article 52 peut être plus ou moins étendu. Il varie en fonction du libellé des droits et des libertés fondamentaux inscrits dans la *Charte*. En acceptant le point de vue selon lequel les règles administratives sont des règles de droit, elles peuvent, dès lors, faire l'objet d'un examen en vertu de l'article 52. Toutefois, il existe une exception. L'imprécision d'une règle administrative ne peut pas être invoquée sous l'article 7, car seuls les lois et les règlements peuvent être examinés en vertu de cette théorie. De même que sous l'article 7, ce ne sont que les lois et les règlements qui peuvent limiter un droit ou une liberté en vertu de l'article 1. Dans ce dernier cas, cependant, le débat n'est pas complètement clos et il est utile de soulever la question de savoir si un administrateur peut poser des limites à un droit ou une liberté par une règle administrative lorsque ces limites respectent celles qui ont déjà été fixées par la Cour suprême.

Néanmoins, il est vrai que ces diverses interprétations d'une même expression contenue dans un acte juridique manque de cohérence logique au niveau de l'application des principes d'interprétation, mais cette position n'est pas dénuée de sens. Une interprétation large de la règle de droit pour les fins de l'application de l'article 52 privilégie une meilleure protection des droits et libertés qui sont garantis par la *Charte*, alors qu'une interprétation restrictive de cette expression sous les articles 7 et 1 contribue à restreindre les moyens dont l'État dispose pour limiter ces droits et libertés. Dans le cas des articles 7 et 1, il était important que la Cour soit conséquente en ce qui a trait aux types d'actes pouvant faire l'objet d'un examen sous ces dispositions. En effet, l'article 7 comporte une limitation inhérente : l'État peut porter atteinte à la vie, la liberté et la sécurité des personnes dans la mesure où la violation est conforme aux principes de justice fondamentale. En conséquence, l'État ne peut pas restreindre l'application de ces principes fondamentaux par une règle administrative, pas plus qu'elle ne peut les limiter par ce procédé normatif.

C'est dans la même perspective qu'il faut situer le deuxième enjeu qui porte, cette fois, sur l'application des règles administratives. La reconnaissance des règles administratives en tant que règles juridiques comporte des conséquences sur le plan du contentieux administratif. Les décisions individuelles rendues à la suite de l'application d'une règle administrative pourront sans équivoque faire l'objet de recours en révision judiciaire, que cette règle soit une «directive quasi réglementaire» ou «une règle interprétative». Ces recours seront ouverts non seulement pour faire annuler les décisions rendues en violation des principes de justice naturelle ou d'équité procédurale, ainsi que celles portant sur une erreur de compétence (l'incompétence *rationae materiae* d'un administrateur titulaire du pouvoir d'établir la règle administrative) comme c'est le cas actuellement, mais les parties pourront également invoquer l'erreur de droit simple (interprétation et application d'un texte) dans la même mesure que pour toute autre règle de droit, c'est-à-dire en tenant compte des paramètres fixés par la Cour suprême relatifs à la norme de contrôle applicable dans un contexte décisionnel donné³⁸⁸.

Finalement, le troisième enjeu porte plutôt sur la notion de règle administrative en tant qu'acte réglementaire et plus précisément sur l'élaboration des actes réglementaires. En intégrant les règles administratives dans la famille des actes réglementaires, il s'ensuit une conséquence immédiate : toutes ces règles doivent alors être soumises à la procédure d'élaboration des règlements prévue dans la *Loi sur les textes réglementaires* (au niveau du gouvernement fédéral) et dans la *Loi sur les règlements* (au niveau du gouvernement du Québec). Il serait naïf de croire qu'une telle solution serait retenue en droit positif puisqu'il ne faut pas perdre de vue que les administrateurs recourent aux règles administratives dans le but, bien souvent, d'éviter les procédures d'élaboration édictées dans ces lois qu'ils jugent trop longues.

³⁸⁸ *Pezim*, précité, note 232.

Plusieurs questions devront être soulevées pour repenser les processus d'élaboration de l'ensemble des actes réglementaires. Y aura-t-il lieu de prévoir des catégories d'actes réglementaires distinctes pour lesquelles des procédures spécifiques de consultation, de publicité, d'enregistrement et de contrôle seront appliquées? Dans l'affirmative, quel type de classification faudrait-il adopter? La notion de juridicité en tant que «qualité» est une piste théorique utile à cet égard, car elle permet de classer les règles contenues dans l'ensemble «actes réglementaires» à partir d'une base autre que celle de la recherche d'un critère statique tel que la forme ou l'effet. Néanmoins, une réflexion cruciale reste à faire : à l'intérieur de la famille des actes réglementaires comment distinguer les différents types d'actes? Le critère plus souple de la fonction est un outil qui mérite d'être plus activement exploité, d'autant plus que la Cour suprême a marqué une préférence à son égard dans l'arrêt *Friends of the Oldman River*. En effet, il est probable que la Cour a créé la catégorie hybride des actes quasi réglementaires dans le but d'encadrer les règles qui ont une fonction processuelle. Il s'agirait d'un signal donné au législateur : une procédure aussi extensive que celle instituée par la *Loi sur les textes réglementaires* (ou la *Loi sur les règlements* du Québec) ne serait pas nécessaire dans le cas des règles de pratique et de procédure.

Cette solution serait logique puisque ce type de règle est normalement émis pour le bénéfice des administrés (du moins tel est l'argument officiel pour légitimer l'établissement de ce type de règles). Toutefois, il faut convenir qu'il peut parfois être difficile de distinguer entre les règles de forme et de fond. Néanmoins, il est utile de signaler que le législateur a indiqué l'importance des règles de pratique et de procédure dans l'ordre juridique. En effet, dans la *Loi sur les textes réglementaires*, le législateur a exclu de la catégorie des «textes réglementaires» les actes adoptés par les tribunaux judiciaires et par les tribunaux administratifs fédéraux. En conséquence, les règles de pratique et de procédure auraient dû faire partie de cette exclusion puisque «l'englobement de la catégorie des "règlements" dans celle des "textes réglementaires" implique qu'un acte exclu par la définition du "texte réglementaire" ne saurait en aucun cas être considéré comme un

règlement.»³⁸⁹ Pourtant, le législateur fédéral a explicitement précisé dans cette loi que les règles de pratique et de procédure dont se dotent les tribunaux judiciaires et administratifs font partie de la famille des actes réglementaires et plus précisément de la catégorie de règlements³⁹⁰.

Quelle que soit la solution choisie, il demeure que les questions relatives au régime juridique applicable à l'élaboration des règles administratives devront être résolues puisque la reconnaissance de ce type de norme en tant que règles de droit heurte de plein front le principe de légalité tel que véhiculé par la notion d'État de droit. En effet, cette notion suppose, entre autres, le développement des contrôles³⁹¹, ce qui inclut les règles de forme prescrivant la manière dont les règles de droit peuvent être créées.

³⁸⁹P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 1, p. 404.

³⁹⁰*Id.*

³⁹¹Daniel MOCKLE, «État de droit et la théorie de la rule of law», (1994) 35 *C. de D.* 823, 834.

II.

L'ÉVALUATION DE LA VALIDITÉ

En privilégiant un modèle d'organisation polycentrique, l'État contemporain a adopté un style de gestion plus souple qui se voulait mieux adapté à la réglementation de divers champs d'intervention juridique complexes requérant une spécialisation des tâches des administrateurs. Ainsi, par la création d'organismes administratifs, l'État cède une partie de ses compétences à leur profit; ces derniers prennent en charge, dès lors, la régulation du secteur d'activité qui leur a été confié. Lorsqu'un organisme administratif est opératoire, les administrateurs ne peuvent plus compter sur le gouvernement ou le législateur, du moins en temps utile, pour intervenir et régler les difficultés qu'ils rencontrent dans l'exécution de leur mission. Ils doivent suppléer aux carences et aux déficiences et même anticiper les crises et parmi la diversité des techniques d'intervention dont ils disposent (contrats, permis, sanctions, rapports), les administrateurs peuvent produire des normes, notamment des règles administratives.

Les administrateurs ne font pas un choix entre plusieurs possibilités de règles administratives de façon arbitraire. Ils tiennent compte du cadre normatif de leur organisme pour agir. Ce cadre normatif est constitué du droit public pour cet organisme et a pour fonction centrale de guider l'action administrative et non de contraindre les administrateurs¹. Un certain degré d'autonomie —le pouvoir discrétionnaire— est attribué à chacun des organismes, ce qui leur permet de s'adapter aux changements et d'organiser leur ordre juridique de manière cohérente. La texture ouverte du cadre normatif laisse supposer que le législateur admet, en quelque sorte, qu'il ne possède pas une complète maîtrise de tous les événements actuels et futurs qui influencent l'évolution des secteurs d'activités réglementés et qui nécessitent des ajustements normatifs.

¹Martin LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 264.

Afin d'identifier les fonctions des règles administratives dans les organismes administratifs, il m'apparaît crucial de comprendre les raisons pour lesquelles les administrateurs émettent des règles administratives. À cet égard, j'ai adopté le point de vue des fonctionnalistes, car ces derniers ne s'intéressent pas à ce que le droit *est*, mais ce qu'il *fait* — comment il fonctionne dans la société². De leur point de vue, le droit est une institution sociale qui peut être améliorée, développée et remodelée. Ainsi, le droit est utile «[for] the regulation of factual social problems and relationships»³. Dans cette optique, les administrateurs produisent des règles administratives afin de répondre à des problèmes spécifiques.

Une fois que la règle administrative est créée, comment est-elle intégrée dans l'ordre juridique de l'organisme administratif? En acceptant le point de vue selon lequel le pouvoir discrétionnaire est un mode de formation du droit, il s'ensuit que les actes qui émanent de l'Administration, y compris les règles administratives, y trouvent un fondement juridique dans la mesure où ils sont émis de manière compatible avec les exigences du droit administratif. Il ne s'agit donc pas de montrer qu'il existe une union entre la règle administrative et le cadre normatif de l'organisme, mais d'expliquer comment le rattachement est effectué. Autrement dit, comment l'Administration interprète-t-elle les guides qui lui sont fournis par le droit public? L'hypothèse ici est la suivante : les administrateurs font valoir un interprétation fonctionnelle du cadre normatif qui les gouverne pour fonder la validité des règles administratives qu'ils créent.

Dans un contexte juridique plus flou, l'interprétation littérale des pouvoirs accordés aux autorités publiques a cédé le pas à d'autres méthodes d'interprétation. L'interprétation téléologique en est une. L'interprétation

²David M. WALKER, *The Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 508.

³T.P. VAN REENAN, «Major Theoretical Problems of Modern Comparative Legal Methodology (1) The Nature and Role of the Tertium comparationis», (1995) 28 *Comp. & Int'l L.J. Southern Afr.* 175, 186.

fonctionnelle en est une autre. Dans les deux cas, l'interprétation est orientée par l'idée d'une finalité à poursuivre, mais cette finalité se distingue dans l'un et l'autre cas. La méthode téléologique s'intéresse à l'analyse des objectifs édictés par le législateur. Cette approche est utile pour examiner les limites externes des compétences attribuées aux administrateurs puisqu'en vertu du principe de légalité tout pouvoir doit être exercé conformément aux objectifs. Toutefois, elle est moins pertinente pour analyser la portée interne d'une compétence.

Par contre, l'analyse fonctionnelle est axée sur l'atteinte d'une plus grande efficacité administrative. Cette approche interprétative exige une compréhension plus globale et plus nuancée de l'environnement normatif d'un organisme administratif. Dans la jurisprudence portant sur la légalité d'actes administratifs, l'approche fonctionnelle a gagné du terrain en droit administratif. Dans l'arrêt *Maple Lodge Farms*⁴, la Cour suprême a invoqué l'argument du «fonctionnement efficace» d'un organisme administratif afin de justifier la validité de la règle administrative sous examen⁵. Dans l'arrêt *Bibeault*⁶, le juge Beetz a proposé une «approche pragmatique et fonctionnelle» pour déterminer «à quelles conditions une cours de justice [doit] intervenir et substituer son opinion à celle d'un organisme administratif auquel le

⁴*Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 3.

⁵*Id.*, 7 : «En interprétant des lois semblables à celles qui sont visées en l'espèce et qui mettent en place des arrangements administratifs souvent compliqués et importants, les tribunaux devraient, pour autant que les textes législatifs le permettent, donner effet à ces dispositions de manière à permettre aux organismes administratifs ainsi créés de fonctionner efficacement comme les textes le veulent. À mon avis, lorsqu'elles examinent des textes de ce genre, les cours devraient, si c'est possible, éviter les interprétations strictes et formalistes et essayer de donner effet à l'intention du législateur appliquée à l'arrangement administratif en cause.»

⁶*Union des employés de service, local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Avant que la Cour suprême ne choisisse cette orientation, H. W. MacLauchlan avait pris position en ce sens et a écrit un article fort intéressant : voir H. Wade MACLAUCHLAN, "Judicial Review of Administrative Interpretations of Law : How Much Formalism Can We Reasonably Bear?", (1986) 36 U.T.L.J. 343, du même auteur : «Reconciling Curial Deference with a Functional Approach in Substantive and Procedural Judicial Review», (1993-1994) 7 C.J.A.L.P. 1.

législateur a confié le mandat de se prononcer sur des questions particulières»⁷.

Dans cette deuxième partie, le fonctionnalisme est utilisé comme grille analytique pour examiner les questions d'émergence et d'intégration des règles administratives en droit public⁸. Utilisé comme méthode, le fonctionnalisme doit être complété par une théorie⁹. À cet égard, la théorie normativiste n'est pas opératoire pour comprendre la dynamique «émergence/intégration» des règles administratives, car elle envisage le droit —l'ordre juridique— comme étant formé «d'une série d'éléments *passifs*, les normes juridiques, agencés en fonction d'une rationalité d'ordre exclusivement logique»¹⁰. Ce raisonnement n'est pas suffisant pour comprendre l'action administrative¹¹. Bien que l'État utilise la voix du législateur pour fixer l'aval et l'amont du champ d'action des organismes publics, ce n'est pas ce cadre normatif qui peut, à lui seul, expliquer les changements juridiques dans un organisme administratif.

Les organismes administratifs sont des entités relativement autonomes par rapport à l'État, mais non par rapport à l'environnement social qu'ils réglementent. Ainsi, le cadre normatif qui circonscrit l'action des

⁷Claire L'HEUREUX-DUBÉ, «L'arrêt Bibeault : une ancre dans une mer agitée», (1994) 28 *R.J.T.* 732, 736.

⁸La question de savoir si le fonctionnalisme est accepté comme théorie est controversée. D'ailleurs il est intéressant de noter qu'il n'y a aucune entrée dans André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, 758 p. sur le fonctionnalisme; voir aussi Inis L. CLAUDE, *Swords into Plowshares: The Problems and Progress of International Organization*, 4e éd., New York, Random House, 1971, p. 390 qui conclut que le fonctionnalisme, notamment en droit international, "[is] not so much a theory as a temperament, a kind of mentality, a style of approach".

⁹André-Jean ARNAUD et Pierre GUIBENTIF, *Nicklas Luhmann observateur du droit*, Coll. «Droit et Société», Paris, L.G.D.J., p. 19.

¹⁰Jacques CHEVALLIER, *Éléments d'analyse politique*, Paris, P.U.F., 1985, p. 242.

¹¹L. Arend SOETEMAN, *Logic in Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 6.

administrateurs ne peut pas être analysé comme une fin en soi. Cette structure est un instrument pour l'action des administrateurs. Afin d'envisager les organismes administratifs comme des entités actives qui ne peuvent pas être réduites aux normes qui les structurent, la théorie institutionnelle offre une première piste théorique compatible, sur le plan de la méthode, avec le fonctionnalisme. Déjà proposée par les auteurs français et reprise —à certains égards— par Issalys et Lemieux, la théorie institutionnelle n'a cependant pas encore été épuisée pour analyser de nouvelles formes de réglementation. Tel qu'il a déjà été souligné, Hecquard-Théron est d'avis que le phénomène de la régulation découle d'une logique institutionnelle¹².

La théorie institutionnelle se divise en deux courants dominants qui sont examinés dans le premier chapitre. Dans un deuxième chapitre, je décrirai et analyserai un échantillon de règles administratives du point de vue de leur émergence et de leur intégration dans les institutions administratives afin d'évaluer leur validité.

1. La théorie institutionnelle comme grille alternative

De manière générale, les théories institutionnelles posent que l'ordre juridique est un phénomène social. Lorsque la réalité sociale s'organise en une structure, il y a là le germe de l'institution. Le droit et l'institution ont le même objectif : celui de l'organisation sociale. Ce sont les expressions

¹²Maryvonne HECQUARD-THÉRON, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 130.

organisation, système, structure qui les qualifient¹³. Chez les théoriciens institutionnalistes classiques (Hauriou, Romano, Schmitt) l'institution désigne les formes sociales établies¹⁴. L'institution est une entité concrète. Chez les théoriciens contemporains (Chevallier, MacCormick et Weinberger), l'institution n'est plus «considérée comme une donnée construite»¹⁵ mais comme un concept. Dans un contexte de science politique, Chevallier conçoit l'institution comme un «processus dialectique résultant de la tension permanente entre les cadres dans lesquels se déroule la vie collective (les formes *instituées*) et les forces qui les animent et les font bouger (les forces *instituant*)»¹⁶. Pour Chevallier, l'institution se construit, se déconstruit et se reconstruit incessamment¹⁷ : c'est ce processus qui assure la cohésion du lien social. Dans le contexte du droit, MacCormick et Weinberger utilisent également une notion abstraite de l'institution¹⁸. Le droit est un complexe de

¹³La théorie institutionnelle a favorisé l'émergence d'autres théories, telles que la théorie de l'organisation (voir entre autres l'ouvrage de Pierre MOESSINGER, *Les fondements de l'organisation*, coll. «le sociologue», Paris, P.U.F., 1991, 236 p.), la théorie structuraliste (voir notamment l'article de André-Jean ARNAUD, «Les théories structuralistes du droit», dans Paul AMSELEK et Christophe GREZEGORCZYK, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, coll. «Questions», Paris, P.U.F., 1989, p. 85) et les théories systémiques. Sur les théories systémiques du droit, voir entre autres le volume collectif sous la direction de Gunther TEUBNER, *Autopoietic Law : A New Approach to Law and Society*, New York, Walter de Gruyter, 1988, 380 p. Nicklas LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, (trad. Elizabeth King et Martin Albrow), Boston, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1985, 421 p.

¹⁴Maurice HAURIOU, «La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)», dans *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Bloud & Gay, 1933, p. 89; Carl SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, coll. «Droit, éthique et société», Paris, P.U.F., 1995, 115 p.; Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1975, 174 p.

¹⁵J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 10, p. 184.

¹⁶Jacques CHEVALLIER, *Institutions politiques*, coll. «Science politique», Paris, L.G.D.J., 1996, p. 25.

¹⁷*Id.*

¹⁸ Neil MACCORMICK et Ota WEINBERGER, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, coll. «E. Story-Scientia», Paris, L.G.D.J., 1992, p. 13.

normes formant ensemble une institution qui s'érige pour l'action des êtres vivants¹⁹.

Utilisée au sens concret ou abstrait, la notion d'institution est utile pour deux raisons. D'une part, elle sert à distinguer cette dernière de la notion d'institution au sens figuré, telle l'institution de la propriété ou du mariage qui fait référence à des groupes de règles particulières. D'autre part, elle permet de mettre en évidence l'organisation de groupes d'humains et rend possible l'intégration de la dimension sociologique dans la fabrication des normes.

1.1. *L'institution concrète*

Hauriou affirme que l'institution se rapproche d'un ensemble de choses qui prend «vie» par l'idée d'œuvre²⁰. Pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui «procure ses organes»²¹. Ainsi, entre les «membres du groupe social intéressés à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communions dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures»²². Lorsqu'il est possible d'observer l'incorporation de l'institution par l'intériorisation des éléments «pouvoir

¹⁹Ota WEINBERGER, «Les théories institutionnalistes du droit», dans Paul AMSELEK et Christophe GRZEGORCZYK, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, coll. «Questions», Paris, P.U.F., 1989, p. 68 à la p. 80; N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, *op. cit.*, note 18, p. 17.

²⁰M. HAURIOU, *loc. cit.*, note 14, 96. Pour une synthèse des idées d'Hauriou, Georges GURVITCH, «Les idées-maîtresses de Maurice Hauriou», (1931) *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* 155. Voir également Renard, disciple d'Hauriou : Georges RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Recueil Sirey, 1930, 639 p.

²¹M. HAURIOU, *loc. cit.*, note 14, 96.

²²*Id.*

organisé» et «manifestations de communion du groupe social», dans le cadre de l'idée d'œuvre à réaliser, il y a personnification de l'institution (c'est-à-dire une formation complète) qu'Hauriou nomme «institution-personne»²³. Dans le cas contraire, il s'agit d'«institution-chose»²⁴.

Pour Hauriou, l'idée d'œuvre est une réalité objective qui ne doit pas être confondue avec le but ou la fonction de l'institution. Elle est intérieure à l'institution et relativement indéterminée. «Ce qu'il y a d'indéterminé dans l'idée directrice a plus d'action sur les esprits que ce qui est déterminé sous forme de fonction»²⁵; la fonction étant la part déjà réalisée de l'institution²⁶. Quant au but, il est un élément extérieur : c'est le résultat qui doit être atteint par l'action et l'organisation de l'institution²⁷. L'idée d'œuvre est le moteur du dynamisme institutionnel.

L'idée d'œuvre comme fondement de l'institution a été critiquée par MacCormick et Weinberger parce qu'elle réintroduit une perspective obscure et spéculative dans le droit²⁸ qui débouche «sur un néo-thomisme et apparaît ainsi comme une théorie typiquement catholique romaine», faisant ainsi

²³*Id.*

²⁴*Id.*, 97.

²⁵*Id.*, 99.

²⁶*Id.*

²⁷*Id.*

²⁸L'idée d'œuvre manifeste l'existence d'une «force vitale» qui rend la matière vivante et organisée. L'approche vitaliste et idéaliste affirmant «la priorité du pouvoir et de l'idéologie» et qui en fait «les fondements premiers des phénomènes sociaux» n'a pas eu d'impact significatif en théorie du droit dans la mesure où elle présente le droit «comme une entité qui transcende les intentions, les buts et les fonctions sociales.» : N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, *op. cit.*, note 18, aux pages 30-31.

renaître le jusnaturalisme²⁹. Néanmoins, selon Romano, Hauriou voulait mettre en évidence l'existence objective de l'institution³⁰. Romano allait reprendre cette idée.

Romano estime que l'institution est tout être ou corps social qui a une existence objective et concrète, ce qui n'implique pas «qu'il faille la considérer comme une chose» du point de vue théorique³¹. Étant un objet de connaissance qui existe en soi, l'institution n'a pas besoin d'une idée directrice pour lui donner vie, ce qui n'exclut pas que l'institution puisse avoir une finalité³². La nature de l'institution, c'est l'organisation : «[II] n'est pas douteux en effet que l'institution est une organisation sociale.»³³

Pour Romano, les caractères essentiels du droit coïncident avec ceux de l'institution. Il existe une identité parfaite entre droit, ordre juridique et institution : «l'institution, [...] est la manifestation première, originaire et essentielle du droit. [Le droit] ne peut se révéler qu'en l'institution, et l'institution existe comme telle en tant que le droit la crée et la maintient en

²⁹C. SCHMITT, *op. cit.*, note 14, p. 107. Weinberger est du même avis : O. WEINBERGER, *loc. cit.*, note 19, 73. Sur la genèse du concept moderne de l'institution concrète, A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 8, p. 304, où Arnaud explique que son usage remonte à la tradition juridique canonique médiévale, et plus précisément à l'œuvre du juriste Sinibaldo de Fieschi (devenu pape sous le nom d'Innocent IV de l'an 1243 à l'an 1254). Il «recourut le premier au terme latin *institutio* pour désigner un type particulier de *persona ficta* et *rapraesentata*, différente de la *persona ficta* de la corporation autant que de la fondation.»

³⁰S. ROMANO, *op. cit.*, note 14, p. 24. Voir aussi : Joseph-Thomas DELOS, «La théorie de l'institution. La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif», (1931) *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* 98. Pour une critique des idées de Delos, voir François GENY, «La notion de droit en France. Son état présent. Son avenir.», (1931) *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* 9, 33 et suiv.

³¹S. ROMANO, *op. cit.*, note 14, p. 24.

³²*Id.*, p. 27.

³³*Id.*, p. 29.

vie.»³⁴ Pour rendre compte du droit, il faut se rapporter au concept de société³⁵ et d'ordre social³⁶. Avant d'être norme, c'est-à-dire «avant d'avoir trait à un ou plusieurs rapports sociaux»³⁷, le droit est organisation qui «s'érige en une unité, en un être existant par soi-même»³⁸.

Romano conçoit les institutions comme des entités relativement autonomes qui possèdent «la capacité de se clore sur [elles-mêmes]»³⁹. Elles peuvent néanmoins interagir sur différents plans, tout en restant distinctes et autonomes⁴⁰. Il nomme ces interactions «rapports de *relevance juridique*». Le terme *relevance* signifie «non pas le sens vague qu'un ordre "importe" à un autre, mais celui que, d'une manière ou d'une autre qui restent à préciser, un ordre *tient ou non compte* de l'existence d'un autre.»⁴¹ Un rapport de *relevance*

³⁴*Id.*, p. 31.

³⁵*Id.*, p. 18. La société est une «entité distincte des individus qui la composent et constituant de façon concrète une unité.»

³⁶*Id.*, p. 18. Ce qui exclut tout élément qui se ramène à l'arbitraire pur où règne la force matérielle, non ordonnée. L'ordre social est le corollaire de la société : «toute manifestation sociale, par cela même qu'elle est sociale, est ordonnée au moins à l'égard des membres de la société.»

³⁷«Le droit est naturellement en rapport avec l'homme, et ceci non seulement pour la raison que la norme juridique concerne la conduite des hommes, qu'elle leur est destinée, donc que le droit est un "droit humain" mais aussi parce que le droit comme rapport est, en général et dans son intégralité, un produit de la société.» Imre SZABÓ, *Les fondements de la théorie du droit*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973, p. 80. Léon DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Féli Alcan, 1912, p. 18.

³⁸S. ROMANO, *op. cit.*, note 14, p. 19.

³⁹*Id.*, p. 88.

⁴⁰*Id.*.

⁴¹*Id.*, aux pages x et xi. En italiques dans le texte.

juridique est établi si l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre est conforme aux conditions mises par un autre ordre⁴².

Pour Romano, l'institution est une «manifestation de la nature sociale et non purement individuelle de l'homme»⁴³. Concevant l'institution d'abord comme une organisation, la théorie de Romano se distingue de la théorie de Schmitt qui affirme que l'institution est un ordre personnel où le *Führer* règne⁴⁴. Pour ce dernier, l'acte de volonté du *Führer* est la force essentielle du droit. Il justifie le droit. Ce concept de l'institution est davantage orienté par la notion d'État puissance : son action n'est pas assujettie à des limites⁴⁵. Weinberger critique la théorie de Schmitt en soulignant son caractère antidémocratique. En effet, pour Schmitt l'État est un organe subordonné au *Führer* et au mouvement nazi⁴⁶.

Par ailleurs, Rocher ne partage pas le point de vue de Romano sur l'identité entre droit et institution, car cette perspective résulte en la négation de la singularité des ordres juridiques. Dans une perspective de sociologie du droit, Rocher pose que les ordres juridiques se distinguent des ordres

⁴²*Id.*, aux pages 109-104. Les rapports de relevance juridique quant à l'*existence* signifie qu'un ordre peut dépendre d'un autre en y étant subordonné ou lorsqu'il est le présupposé nécessaire de cet autre ordre. Quant au *contenu*, il s'agit de déterminer dans quelle mesure un ordre fixe directement ou indirectement le contenu (substantiel ou procédural) d'un autre ordre, l'influence ou encore pose le régime de son autonomie. Quant à l'*efficacité*, il s'agit de préciser si une institution peut imposer son ordre juridique dans le domaine qui lui est propre ou si son efficacité dépend d'un autre ordre.

⁴³S. ROMANO, *op. cit.*, note 14, p. 26.

⁴⁴C. SCHMITT, *op. cit.*, note 14, p. 112.

⁴⁵Daniel MOCKLE, «L'État de droit et la théorie de la rule of law», (1994) 35 *C. de D.* 823, 849-850. Pour une perspective historique sur le droit public allemand, on peut consulter l'ouvrage de Paul LABAND, *Le droit public de l'empire allemand*, Paris, Giard et Brière, 1900-1904, 6 vol.

⁴⁶O. WEINBERGER, *loc. cit.*, note 19, 75. Ce qui soulève le problème crucial de la légitimité de cet ordre.

simplement normatifs par l'existence de trois fonctions au sein du premier — des règles élaborées, interprétées et exécutées— et chacune de ces fonctions étant exercée par des agents ou des appareils distincts⁴⁷.

Malgré les objections des uns et des autres à l'égard des théories institutionnelles, le motif principal justifiant mon rejet de ces théories de l'institution concrète se situe à un autre niveau. Étant centrés sur le projet de décrire l'objet «institution», Hauriou, Romano, Schmitt et également Rocher analysent les normes comme un phénomène secondaire : elles n'engendrent pas les institutions⁴⁸. Ce sont les institutions qui produisent les normes et, par conséquent, elles ne constituent pas un objet permettant d'en connaître le fondement. Dans le cadre d'une analyse institutionnelle ayant pour objet des organismes administratifs, ce postulat m'apparaît indéfendable : ces organismes sont constitués par des normes qui fixent un cadre d'action constitué non seulement des lois constitutives de chaque organisme ainsi que des lois que ces derniers ont pour mission d'appliquer, mais aussi des règlements, des règles jurisprudentielles et des principes et valeurs du droit public, notamment ceux relatifs à la protection des droits et des libertés des personnes. Le cadre normatif de chaque institution administrative contribue à la formalisation du droit en ce qu'il dote l'institution d'une structure permanente, stable et relativement cohérente qui fournit les données de base pour comprendre la portée et les limites du champ de compétence de l'organisme. Cette perspective se distingue doublement de celle qui est proposée par les théoriciens normativistes. D'une part, ce n'est pas une

⁴⁷Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.* 91, 104. Rocher énonce ses critères comme suit: «1. un ensemble de règles acceptées par les membres d'une unité sociale particulière; 2. des agents ou des appareils reconnus pour élaborer, interpréter et faire respecter les règles; 3. une légitimité des agents ou des appareils par une reconnaissance de leur autorité et de leurs actions; 4. les trois fonctions qui précèdent doivent être exercées (par des agents ou des appareils différents); 5. les règles et les agents ou appareils doivent être relativement stable et permanents.»

⁴⁸M. HAURIOU, *loc. cit.*, note 14, 96; S. ROMANO, *op. cit.*, note 14, p. 13; C. SCHMITT, *op. cit.*, note 14, p. 72.

disposition législative qui autorise à elle seule la création du droit, mais le cadre normatif dans sa totalité. D'autre part, le cadre normatif ne gouverne pas à lui seul la création du droit; il ne fait que la guider.

1.2 *L'institution abstraite*

Du temps d'Hauriou, de Schmitt et de Romano, la conception univoque des normes en tant que règles primaires d'obligation ne favorisait pas l'éclosion de liens théoriques entre les normes et l'institution. Ce n'est qu'à la suite de typologies plus nuancées, telles celle de Hart, que les théoriciens du droit ont pu proposer des analyses plus fines sur le fondement normativiste de l'institution étatique. Pour Hart, l'ordre juridique est composé de normes primaires d'obligation (les règles de conduite) et secondaires (les règles de structure : de reconnaissance, de décision et de changement). Lorsqu'il est possible de constater la présence de règles secondaires, on peut certifier l'existence d'un ordre juridique⁴⁹.

Le lien entre le fondement de l'institution et les normes de structure a été effectué par Weinberger et MacCormick qui ont proposé une théorie néo-institutionnelle⁵⁰. Selon ces auteurs, l'institution n'existe pas par elle-même : les normes sont constitutives de l'institution⁵¹. Il est possible de constater l'existence d'une institution par le repérage d'un noyau d'informations

⁴⁹Herbert L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 91.

⁵⁰N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, *op. cit.*, note 18, aux pages 30-31. O. WEINBERGER, *loc. cit.*, note 19, 73.

⁵¹O. WEINBERGER, *loc. cit.*, note 19, 77.

pratiques comprenant des buts, des principes et des règles, regroupés sous le terme générique de normes de structures⁵².

Pour MacCormick et Weinberger, l'institution n'est ni un pur produit social, ni un simple cadre normatif⁵³. Une fois dotée de structures et d'agents, elle prend vie. Le cadre normatif constitue la mesure des actions des agents de l'institution en ce qu'il contribue à fixer le choix final de la règle. Ce sont les êtres humains qui gouvernent et qui prennent les décisions législatives, organisationnelles et judiciaires non pas au nom de leur propre personne, «mais au nom de l'institution, comme son organe et suivant les fins de l'institution»⁵⁴. Dans cette optique, les normes constitutives sont non seulement l'événement initial de la création des organismes administratifs — elles précèdent leur mise sur pied— mais elles occupent une place centrale dans le processus de décodage de la validité des actions normatives posées par les administrateurs d'un organisme en particulier.

Pour MacCormick et Weinberger, l'action n'est pas générée par un environnement statique. Ils expliquent que les agents font face aux événements quotidiens qui affectent le fonctionnement et la stabilité de l'institution et, afin de rétablir l'ordre dans l'institution, ils peuvent notamment produire des normes. L'institution évolue parce que son environnement change et elle se renouvelle sans perdre son individualité propre en tant que sphère existante plus ou moins complète de droit objectif. Ainsi, lorsque l'institution répond à un problème par la création d'une norme,

⁵²N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, *op. cit.*, note 18, p. 20.

⁵³«L'institution en tant que concept n'existe donc que relativement à des systèmes normatifs donnés, comme elle détermine quelles possibilités institutionnelles existent à l'intérieur du système. Il peut, par ailleurs, s'agir de règles juridiques valides qui, bien que réellement existantes, déterminent les possibilités que personne n'a encore réalisées.» N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, *op. cit.*, note 18, p. 13.

⁵⁴O. WEINBERGER, *loc. cit.*, note 19, 75.

cette dernière affecte l'ordre et le modifie en conséquence, même si par ailleurs cette modification peut varier en intensité.

Pour comprendre la raison d'être d'une norme dans une institution, MacCormick et Weinberger évaluent d'abord les circonstances qui ont mené à son élaboration⁵⁵. Ils affirment que c'est par la convergence d'un ensemble d'éléments —les informations théoriques— dont l'auteur tient compte que ce dernier produit une norme. Ces informations théoriques représentent l'ouverture informationnelle de l'institution⁵⁶. Par ailleurs, les agents institutionnels ne font pas un choix entre plusieurs possibilités de décisions de façon arbitraire, mais en tenant compte du cadre normatif qui guide la production des normes. Ce cadre normatif constitue les informations pratiques de l'institution.

Dans le cadre de la théorie institutionnelle de Weinberger et de MacCormick, la validité des normes s'évalue à partir de ces informations théoriques et pratiques que je nomme processus d'institutionnalisation. Ils expliquent que l'institution est l'unité centrale où s'opère le décodage de ces informations et leur transformation en décisions dont certaines prendront la forme de normes⁵⁷. Ils affirment que c'est notamment par l'interaction constante entre ces événements qui affectent l'institution et les solutions normatives qu'elle produit en réponse à ces événements que l'institution

⁵⁵«According to the institutionalist view legal dynamics is a mesh of observable facts, institutionalised norms and legal relations of various types. (...) a norm is in fact grounded in the sociologically identifiable involvement of the system of legal norms with institutions and their working, and in the actual role this system of norms plays in determining the actions of the members of the community.» Ota WEINBERGER, *Law, Institution and Legal Politics*, Dordrecht (Netherlands), Kluwer Academic Publishers, 1991, p. 87.

⁵⁶O. WEINBERGER, *loc. cit.*, note 19, 82. Pierre LASCOUMES, «Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques», (1990) *L'année sociologique* 40, 50. Pour Lascoumes, les «notions d'enjeu et de situation d'action deviennent centrales pour comprendre et interpréter les opérations juridiques menées par les différents types d'acteurs dans la mise en œuvre des politiques» dans l'Administration publique.

⁵⁷O. WEINBERGER, *op. cit.*, note 55, p. 82.

maintient la cohésion de l'environnement social qu'elle régleme. À certains égards, cette perspective théorique rappelle celle de Kelsen dans la mesure où la notion de validité est construite en tenant compte de la notion d'efficacité. En effet, pour Kelsen un ordre juridique valide est un ordre généralement efficace⁵⁸. Pour cet auteur, l'efficacité est une condition de la validité, même si elle ne se confond pas avec elle. Dans l'optique institutionnelle, Chevallier souscrit à ce point de vue : l'ordre juridique «n'a de sens et de pertinence que s'il est efficace»⁵⁹.

C'est sans doute à partir du constat selon lequel il existe un lien dialectique inéluctable entre l'action humaine et la pensée juridique⁶⁰ que les théories institutionnelles classiques ont émergé. Dans la même veine, le projet théorique central des théoriciens de l'institution au sens abstrait et plus particulièrement celui de MacCormick et de Weinberger est d'élucider la relation entre les faits et le droit. A priori, ces auteurs cherchent à résoudre des problématiques relatives à l'action des agents institutionnels. Il apparaît donc paradoxal de confiner l'intérêt de cette théorie à l'explication des règles administratives en tant que phénomène affectant l'ordre intérieur de

⁵⁸Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, (trad. Charles Eisenmann), 2e éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 286. Un ordre efficace est un ordre qui rencontre généralement les objectifs qu'ils lui étaient impartis : A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 8, p. 635; Guy ROCHER, «L'effectivité du droit», dans Andrée LAJOIE (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 133., à la p. 135: «L'efficacité d'une loi me paraît faire référence au fait qu'elle attend l'effet désiré par son auteur ou, si ce n'est celui-là même, à tout le moins un effet qui se situe dans la direction souhaitée par l'auteur et non pas en contradiction avec elle.» Précisons que pour Rocher, le mot «efficacité» ne doit pas être confondu avec «effectivité» qui a un sens plus large et qui comprend entre autres non seulement les effets attendus (efficacité), mais aussi les effets non prévus.

⁵⁹J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 10, p. 252.

⁶⁰André-Jean ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, coll. «Les Voies du Droit», Paris, P.U.F., 1991, p. 27. Le problème est résumé de la manière suivante par Liebholz : «La nature du droit implique bien un "devoir être" (*Sollen*), mais en même temps le droit a son fondement dans la sphère de l'être (*Sein*). [...] Tout ordre juridique est, en même temps qu'un système de normes, quelque chose de donné dans la réalité, un être.» Gerhardt. LEIBHOLZ, *Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne*, (1931) *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* 207, 210.

l'institution. Même si MacCormick et Weinberger invitent les chercheurs à envisager l'ordre juridique comme un tout structuré par des normes, mais qui ne se limite pas, néanmoins, à la somme de ses parties, il reste que la problématique de la formalisation des ordres juridiques occupe un second plan pour ces théoriciens.

2. Le processus d'institutionnalisation des règles administratives

Pour les fins de cette recherche, le champ général d'étude est le droit administratif fédéral. J'ai fait ce choix pour deux raisons. La première est qu'il existe peu de contributions dans ce domaine du droit. La deuxième est que le droit administratif fédéral comportent des champs d'action à la fois distincts et comparables aux champs d'action provinciaux. En effet, les compétences du gouvernement fédéral relatives à la paix, l'ordre et le bon gouvernement de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* représentent, sous plusieurs aspects, des orientations distinctes par rapport aux compétences des gouvernements provinciaux. Le contenu des compétences fédérales reste prédéterminé par des impératifs issus des relations internationales, de l'ordre public économique, de la sécurité intérieure et de la protection du territoire, ainsi que des intérêts nationaux du Canada⁶¹. Bien qu'il ne s'agisse pas ici de montrer que les fonctionnaires fédéraux obéissent à des impératifs distincts⁶² des fonctionnaires provinciaux lorsqu'ils créent des

⁶¹France HOULE et Daniel MOCKLE, «Conciliation des litiges et formes alternatives de régulation en droit administratif fédéral», (1998) 4 *Osgoode Hall L.J.* 703, 734.

⁶²Dans ses travaux de recherche, la Section de droit administratif de la Commission de réforme du droit n'avait pas retenu ce thème, même si cette question avait été débattue pour l'organisation d'un plan quinquennal ayant pour objet le droit administratif fédéral. CANADA, COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *Pour un nouveau droit administratif fédéral*,

règles administratives, il est néanmoins utile de faire cette nuance⁶³ pour montrer qu'il est intéressant de faire des recherches en droit administratif fédéral. Elles permettent de tenir compte de champs d'action qui relèvent des responsabilités exclusives d'un certain nombre d'institutions fédérales et comportant, de ce fait, des dimensions nationales. Il s'agit de citer, par exemple, l'immigration, les télécommunications et la radiodiffusion, l'énergie et le transport (interprovincial) ou les affaires extérieures.

Outre cette spécificité, l'intérêt d'une étude axée sur l'Administration fédérale repose sur le constat que les autorités fédérales partagent des champs de compétence avec les gouvernements provinciaux. L'environnement, les ressources naturelles, l'agriculture, la recherche ou le commerce sont des exemples. De plus, l'Administration fédérale agit dans des domaines communs pour toutes les administrations publiques. L'exemple le plus évident sont les marchés publics, tels ceux d'approvisionnements et de services. Puisque le phénomène des règles administratives n'est pas propre à l'Administration fédérale, mais à toute administration publique au Canada, un échantillon de règles recueilli dans chacun de ces domaines d'activité permettra, dans une certaine mesure, d'étendre l'application des analyses aux administrations provinciales et municipales. Les domaines choisis sont l'immigration, la radiodiffusion, l'impôt, la recherche, les marchés publics et la concurrence.

La sélection des règles administratives a été effectuée à partir de documents publics, afin d'en faciliter le repérage. Les règles doivent être écrites. De plus, un supérieur hiérarchique de l'organisme administratif doit avoir approuvé la règle en y ayant apposé sa signature. Cette condition est essentielle, car il s'agit d'avoir l'assurance que les règles administratives sont le

Ottawa, Commission de réforme du droit, 1987. Dans les ouvrages de droit administratif, cette problématique n'est pas abordée.

⁶³F. HOULE et D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 61, 733.

produit de la volonté institutionnelle⁶⁴ et non le fait d'un fonctionnaire ou d'un groupe de fonctionnaires non autorisé⁶⁵. On peut trouver ces règles dans tous les types de documents émanant d'une institution administrative. Cependant, elles ne sont généralement pas nommées «règles». Les appellations communes sont : directive, ligne directrice, politique, manuel, circulaire et guide. Il n'existe pas d'expression consacrée pour désigner une fonction type de ces règles. Un organisme peut décider que l'intitulé d'une règle interprétative débutera par le mot «politique», alors qu'un autre l'appellera «circulaire».

La diversité des exemples de règles administratives qui peuvent être répertoriées est si importante qu'il est nécessaire de circonscrire les paramètres de cette recherche. À cette fin, j'ai posé deux balises. Seules les règles qui ont des effets de droit directs ou indirects sur une catégorie

⁶⁴Une règle administrative qui ne porte aucune signature et n'identifie pas son auteur n'engage pas l'organisme administratif : *Sécurité Saglac (1992) Inc. (Syndic de) c. Tremblay & Cie syndics et gestionnaires Ltée* et *Le Sous-ministre du Revenu du Québec*, (1994) R.J.Q. 95, 101. Quelquefois les lois mentionnent expressément ce principe : par exemple, l'art. 7 de la *Loi sur le ministère du Revenu* du Québec indique que «(n)ul acte, document ou écrit n'engage le ministère, ni ne peut être attribué au ministre, s'il n'est signé par lui (ou par toute autre personne autorisée)».

⁶⁵Les renseignements erronés donnés par un fonctionnaire ne lient pas l'organisme : *Le Sous-ministre du Revenu du Québec c. Freneco*, (1982) R.D.F.Q. 214, 216 (C.A.). Dans cette catégorie, on peut ranger les pratiques nommées tolérance administrative. Par exemple, durant la décennie des années '80, certains fonctionnaires de la sécurité du revenu acceptaient, pour des motifs de compassion, d'inscrire à l'aide de dernier recours un immigrant dont le parrain avait failli à ses obligations en vertu de l'engagement de parrainage. Depuis le début de la décennie '90, cette tolérance administrative n'a plus cours (sans doute en raison des coupures budgétaires) et on oblige maintenant ces immigrants parrainés à poursuivre le parrain délinquant devant la chambre civile des cours de justice. Sur le phénomène des tolérances administratives, voir Jacques MOURGEON, «Tolérance et règle de Droit», (1988) 36 *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse* 189; Jean-Marc ROY, «La tolérance», (1995) 20 *R.R.J.* 497; Lucile TALLINEAU, «Les tolérances administratives», (1978) 34 *A.J.D.A.* 3.

d'administrés constituent l'objet de cette étude⁶⁶. De plus, afin de ne pas gommer des problématiques distinctes, j'ai exclu deux catégories d'administrés —les administrés «institutionnalisés» et les fonctionnaires.

Les règles émises par des organismes qui détiennent des personnes ou rendent un service à des usagers qui sont «captifs» pour un temps plus ou moins prolongé sont mises à l'écart. Même si ces règles de police intérieure ont «pour objet de normaliser le comportement de certains groupes de personnes»⁶⁷, ces administrés «institutionnalisés» (tel que les détenus⁶⁸, les militaires⁶⁹ et les usagers ou bénéficiaires de services publics⁷⁰) sont placés dans une situation extraordinaire par rapport aux administrés en général. Ce type d'environnement clos sert souvent d'appui pour justifier des restrictions aux droits et aux libertés de ces personnes. Quant aux fonctionnaires

⁶⁶Il est utile de préciser que le critère de l'«effet» sur une catégorie d'administrés n'a pas pour fonction de déclencher un processus qui aboutirait ultimement à mesurer l'effectivité des règles au sens de Rocher. G. ROCHER, *loc. cit.*, note 58, 133.

⁶⁷Daniel MOCKLE, «Ordre normatif interne et organisations», [1992] 33 *C. de D.* 965,1033.

⁶⁸Pour des exemples de normes affectant les détenus, voir entre autres COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES, *Manuel des politiques de la Commission nationale des libérations conditionnelles*, dont la version électronique est disponible sur le réseau internet à l'adresse suivante: www.npb-clnc.gc.ca. Pour des études sur les normes applicables en milieu carcéral: voir les articles suivants de Lucie LEMONDE, «L'évolution des normes dans l'institution carcérale», (1995) 10 *R. can. Droit et Société* 125; «Historique des normes juridiques dans les pénitenciers au Canada», (1995) 28 *Criminologie* 97; «L'impact de l'intervention judiciaire sur l'évolution des normes canadiennes en matière de libération conditionnelle», (1995) 40 *McGill L. J.* 581.

⁶⁹Pour les militaires, il existe au-delà d'une centaine de manuels de normes internes les gouvernant et qui couvrent des sujets aussi variés que la santé (Normes médicales applicables aux Forces canadiennes), l'habillement (Code de la tenue vestimentaire des Forces canadiennes), les opérations et plans militaires (Manuels d'instruction sur la défense nucléaire, biologique et chimique), les communications (Gestion du spectre des fréquences radioélectriques), etc. Voir: CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Info source*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1998, p. 463-464.

⁷⁰On peut citer l'exemple des patients des institutions psychiatriques : Caroline GENDREAU, *Le droit du patient psychiatrique de consentir à un traitement : élaboration d'une norme internationale*, Montréal, Éd. Thémis, 1996, 342 p.

(gestionnaires de l'organisme ou d'un autre organisme administratif⁷¹ et employés⁷²), bien que leur situation soit comparable à celle des administrés en général sur le plan de leurs droits et de leurs libertés, les règles qui les affectent impliquent l'examen de questions liées au droit du travail⁷³.

Pour analyser les changements apportés au cadre normatif d'une institution par l'établissement d'une règle administrative, il s'agit d'examiner si la règle apporte une solution rationnelle au problème qui s'est posé à l'institution administrative. L'expression «solution rationnelle» signifie qu'il existe un rapport de causalité entre le problème et la règle qui a été créée bien que ce rapport ne soit pas direct. Il transite par le cadre normatif de l'institution où le problème factuel est transformé en problème juridique, puis en solution normative que l'administrateur peut intégrer dans l'ordre juridique de l'institution. Une règle administrative est donc construite par les administrateurs qui tiennent compte et interprètent les informations théoriques et pratiques qu'ils jugent pertinentes.

Chaque structure des institutions administratives étant agencée de façon distincte, ce n'est qu'en décrivant la totalité du cadre normatif d'une institution déterminée —celle qui a produit une règle administrative en réponse à un problème spécifique— qu'il sera possible de mieux comprendre les arguments invoqués par les administrateurs pour appuyer la validité des règles qu'ils émettent dans cet ordre. L'agencement des fonctions, objectifs et compétences propres à chacune des institutions administratives constitue un

⁷¹Le Manuel du Conseil du Trésor foisonne de ce type de normes organisationnelles et financières liées au fonctionnement interne des organismes administratifs et qui s'adressent aux gestionnaires. Voir entre autres le volume portant sur la fonction de contrôleur. Ces volumes sont disponibles à la bibliothèque des sciences sociales de l'Université de Montréal.

⁷²Voir le volume «Ressources humaines» du Manuel du Conseil du Trésor.

⁷³Par exemple, le fondement juridique des règles, notamment celles relatives à la discipline, s'appliquant aux employés constituerait en soi un sujet de recherche, voir Marie-France BICH, «Le pouvoir disciplinaire de l'employeur - fondements civils», (1988) 22 *R.J.T.* 85; D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 67, 991 et suiv.

réseau complexe de normes qui édictent de manière plus ou moins précise les paramètres des zones d'actions des administrateurs. C'est par rapport à ces zones que les administrateurs organisent leurs actions pour maintenir la cohésion de leurs ordres juridiques.

Afin de rendre compte du processus d'institutionnalisation d'une règle administrative, des renseignements ont été recueillis auprès des administrateurs par le moyen d'entrevues (le guide ayant servi aux entretiens est reproduit en annexe) ou à partir de la documentation qu'ils produisent. Dans la mesure où cela a été possible, c'est le point de vue des administrateurs, tels qu'énoncé par eux, qui est présenté dans ce chapitre. Toutefois, lorsque les informations sont incomplètes je propose une reconstruction des événements et des interprétations relatifs à l'émergence et à l'intégration des règles administratives.

Les résultats de la recherche sont présentés en suivant un plan descriptif plutôt qu'analytique en ce sens que ce sont les règles émises par les institutions administratives centrales qui sont décrites dans un premier temps; dans un deuxième temps, celles des institutions administratives décentralisées. À ce stade de mes analyses, il ne m'a pas semblé opportun de faire une classification fonctionnelle de mon échantillon de recherche pour les fins de la description des règles administratives parce que la raison d'être de ce chapitre est principalement de poser un jugement sur la validité des règles administratives. C'est en tenant compte de deux variables que j'atteindrai ce résultat : l'émergence (quels sont les types de problèmes rencontrés par les organismes?) et l'intégration des règles (quelles sont les interprétations que les administrateurs font valoir pour rattacher les règles au cadre normatif de leur institution?). Il fallait fournir une masse relativement importante de renseignements généraux sur les organismes administratifs qui ne sont pas directement liés aux questions d'émergence et d'intégration des règles administratives, mais néanmoins essentielles à la compréhension de la dynamique institutionnelle. Puisque dans certains cas plusieurs exemples de règles administratives ont été répertoriées dans un organisme administratif, il

était moins répétitif de décrire la totalité de l'échantillon de règles pour un organisme en particulier que de fournir les renseignements généraux lors de la description du premier exemple de règle issue d'un organisme et de réitérer certains de ces renseignements lors de la description du deuxième et du troisième exemple. Ce chapitre est donc divisé en deux sections, la première portant sur les règles administratives issues des institutions centrales.

2.1 *Les institutions administratives centrales*

La centralisation administrative est un procédé d'organisation qui «rassemble toutes les compétences au sein d'un organe central qui, directement ou par l'intermédiaire d'agents sur lesquels il exerce un pouvoir hiérarchique, est le seul à prendre des décisions au nom de l'administration»⁷⁴. Les organismes centraux sont responsables d'un segment de l'organisation économique et sociale d'une société, plutôt que d'un secteur d'activités spécifiques : travail, affaires extérieures, patrimoine, impôt, défense, organisation administrative, etc. Ils sont en charge de l'exécution d'un nombre important de lois qui spécifient l'étendue de leurs compétences à l'égard des administrés ainsi que des moyens dont ils disposent pour exécuter leur mission.

⁷⁴René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2e éd., tome 1, Québec, P.U.L., 1984, p. 56; Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 226; Paul M. TELLIER, «Centralisation et décentralisation», dans Raoul P. BARBE (dir.), *Droit administratif canadien et québécois*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1969, p. 89; Andrée LAJOIE, *Les structures administratives régionales; déconcentration et décentralisation au Québec*, Montréal, P.U.M., 1968, p. 5.

À l'intérieur de l'organe exécutif, les pouvoirs des organismes à fonction gouvernementale sont concentrés principalement au sein de deux entités : le Conseil des ministres ou le Cabinet et le Conseil du Trésor. Le Cabinet est l'organe central. Composé du Premier ministre qui choisit son équipe ministérielle, le Cabinet décide des politiques sociales et économiques du gouvernement. Au sein du Conseil, les décisions sont prises de façon collégiale⁷⁵. Certaines prennent la forme de projet de lois, d'autres de décrets. Ces derniers actes sont publiés dans la *Gazette du Canada* et sont sanctionnés devant les tribunaux au même titre que la loi. Finalement, d'autres actes du Cabinet demeurent de «simples décisions rapportées dans les procès-verbaux des réunions du Cabinet»⁷⁶. Lorsqu'elles se rapportent aux droits et aux obligations des administrés, ces décisions sont incluses dans la catégorie des règles administratives.

Au Conseil des ministres, il faut prendre acte du rôle spécial du Premier ministre qui domine les travaux du Cabinet et qui a la responsabilité finale de prendre des décisions : «[il] détermine non seulement la composition du Cabinet, mais aussi fixe l'ordre du jour des réunions, les préside et signe le texte des décisions qui y sont prises de même que ceux des projets de lois avant leur dépôt en Chambre.»⁷⁷ À titre de chef élu par son parti et ayant le pouvoir de nommer des députés au rang de ministre ou d'autres personnes à titre de titulaire de charge publique, le Premier ministre détient une autorité considérable et, dans certains cas, l'exercice de cette autorité prend la forme d'une règle administrative.

Le Conseil du Trésor contrôle la gestion administrative et financière des organismes fédéraux. À l'inverse des autres comités du Cabinet, le

⁷⁵Mitchell SHARP (Hon.), «Decision-making in the Federal Cabinet», (1976) 19 *Adm. Pub. Can.* 1, 4.

⁷⁶R. DUSSAULT et L. BORGÉAT, *op. cit.*, tome 1, note 74, p. 77.

⁷⁷*Id.*, p. 75.

Conseil du Trésor détient de réels pouvoirs décisionnels, notamment sur le contrôle des dépenses publiques. C'est donc lui qui fixe, entre autres, les grandes orientations en matière de marchés publics des organismes centraux et non-centraux. Il exerce également des fonctions administratives, bien que l'essentiel de l'exécution des lois dans les organismes centraux relève des ministères. En outre, le Conseil du Trésor exécute les ordres du Cabinet y compris ceux qui sont émis sous la forme de règles administratives. Pour éviter des répétitions inutiles, les règles administratives émanant du Premier ministre sont traitées dans la section de cette étude portant sur le Conseil du Trésor.

Chaque ministère est en charge d'un secteur d'activité dont les paramètres sont délimités par le cadre normatif de l'organisme. Il est placé sous l'autorité d'un ministre nommé à titre amovible par le Premier ministre. Chaque année, le ministre fait rapport des activités du ministère directement au Parlement. Il existe deux grandes catégories de ministères dans l'Administration : les ministères de services communs (Justice, Travaux publics, Approvisionnement et Services) et les ministères de services publics. Cette dernière catégorie est plus pertinente pour cette recherche. En effet, ces ministères entretiennent des relations directes avec les administrés et sont plus susceptibles d'élaborer des règles administratives qui affectent les droits et les obligations de ces derniers. À titre d'exemple, il sera question du ministère du Revenu.

2.1.1 Le Conseil du Trésor

Le Conseil du Trésor est constitué par la *Loi sur la gestion des finances publiques*⁷⁸. Les articles 5 à 13 prévoient la structure, la mission et les compétences du Conseil. Il est composé du ministre des Finances et de quatre autres ministres placés sous l'autorité du président qui a rang de ministre⁷⁹. Les membres du Conseil occupent leur charge à titre amovible et sont nommés par le gouverneur en conseil⁸⁰. Le président est redevable devant la Chambre des communes et doit déposer à chaque année un rapport intitulé «Comptes publics»⁸¹.

Les membres du Conseil exercent les attributions édictées à l'article 7 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*⁸². Ils fixent les grandes orientations pour l'Administration fédérale. Notamment, ils organisent l'Administration, ils établissent les contrôles relatifs à la gestion financière des organismes fédéraux (dont les engagements financiers), ils examinent les plans et les programmes de dépenses annuels des institutions administratives et ils gèrent le personnel de la fonction publique fédérale.

Depuis les années '80, l'Administration fédérale est en phase d'attrition et le rôle du Conseil du Trésor a été modifié en conséquence. De contrôleur général⁸³, le Conseil est devenu un conseiller en gestion⁸⁴. Le

⁷⁸L.R.C. (1985), ch. F-11 et mod.

⁷⁹*Id.*, art. 5(1).

⁸⁰*Id.*, art. 5(2) et 6(1).

⁸¹*Id.*, art. 64(1).

⁸²*Id.*, art. 8.

⁸³CANADA, SECÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Report on Plans and Priorities for 1997-98 — 1999-00*, Ottawa, Conseil du Trésor, 27 janvier 1997, p. 1. On peut obtenir ce document interne en faisant la demande à la division des communications du Conseil du Trésor.

Conseil approuve les grandes orientations et les lignes directrices rédigées par le Secrétariat du Conseil⁸⁵, mais n'en vérifient pas l'implantation⁸⁶. La *Politique sur les responsabilités et l'organisation de la fonction de contrôleur*⁸⁷ reflète ce nouveau rôle du Conseil. On demande aux administrateurs généraux de chacun des organismes fédéraux de nommer un agent financier supérieur au sein de leur institution. Cet agent financier supérieur agit comme contrôleur financier de cet organisme. L'agent surveille l'application des lois, des règlements, des politiques et des lignes directrices du Conseil⁸⁸, et, en particulier, celles qui concernent les marchés. Il est utile de rappeler que la Couronne et ses mandataires jouissent d'une «capacité générale de contracter selon les règles du droit commun»⁸⁹. Quant aux organismes administratifs qui ne sont pas mandataires de la Couronne, ce pouvoir doit leur avoir été

⁸⁴CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Introduction au Conseil du Trésor du Canada*, Ottawa, Conseil du Trésor, 1997, 1 p. Ce document est disponible sur le réseau internet: <http://www.tbs-sct.gc.ca/TB/tb&tbs/tb-mane.html>.

⁸⁵Le Secrétariat est l'organe administratif du Conseil du Trésor. Son secrétaire a rang et pouvoirs de sous-ministre et est nommé à titre amovible par le gouverneur en conseil. Il exerce les fonctions que le Conseil lui délègue: *Loi sur la gestion des finances publiques*, précitée, note 78, art. 6(2).

⁸⁶Lorsque la *Loi sur la gestion des finances publiques*, précitée, note 78, a été sanctionnée, un poste de contrôleur général avait été prévu à l'art 6(3) de la loi afin de donner suite à des recommandations du vérificateur général. Le contrôleur général avait alors pour fonction de vérifier l'implantation des politiques du Conseil en matière de gestion financière. Aujourd'hui, le contrôleur général joue un rôle de conseil en cette matière et il est en outre chargé d'implanter un degré élevé de principes éthiques et voir à ce que le Parlement soit raisonnablement informé. Voir le document *Report on Plans and Priorities for 1997-98 — 1999-00*, *op. cit.*, note 83, p. 18.

⁸⁷CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Politique sur les responsabilités et l'organisation de la fonction de contrôleur*, dans *Manuel du Conseil du Trésor*, vol. «Fonction de contrôleur», Ottawa, Conseil du Trésor, 10 avril 1996, c.1-2.

⁸⁸*Report on Plans and Priorities for 1997-98 - 1999-00*, *op. cit.*, note 83, c. 3; CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Repenser le rôle de l'État: un gouvernement pour les canadiens*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux, 1997, 21 p.

⁸⁹*P. G. du Québec v. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, 1082; *Verreault et Fils c. P.G. Québec*, [1977] 1 R.C.S. 41; *Renvoi concernant la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, 432-435.

expressément conféré par la loi et la compétence qui s'y rattache est limitée aux objets utiles à la mise en œuvre de leur mission.

Un contrat de marché public est visé par les règles du Conseil lorsqu'il porte, entre autres, sur l'acquisition de biens ou de services⁹⁰. En règle générale, l'État fédéral ne produit pas ces biens et services. Il fait appel aux entreprises privées pour les lui fournir en concluant des contrats avec ces dernières. Au Canada, puisqu'il n'existe pas, du moins en théorie, de droit spécial régissant le contrat administratif comme en droit administratif français, ce sont les règles du droit commun qui s'appliquent⁹¹. Le contrat est qualifié de contrat administratif si le contractant est une institution administrative et le cocontractant est une personne physique ou morale⁹². Le Conseil du Trésor exclut de la catégorie «contrats administratifs», les ententes entre des organismes publics de même niveau de gouvernement et celles entre deux niveaux de gouvernements⁹³.

Les articles 32 à 41 sont les dispositions législatives de la *Loi sur la gestion des finances publiques* spécifiques aux marchés. Ces règles, peu

⁹⁰Règlement concernant les marchés de l'État, DORS/87-402, tel que mod., art. 2.

⁹¹R. DUSSAULT et L. BERGEAT, *op. cit.*, tome 1, note 74, p. 610. *P.G. du Québec c. Labrecque*, précité, note 89, 1082; au Québec, c'est le droit civil : *Banque de Montréal c. P. G. du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 565; *Laurentides Motels c. Ville de Beauport*, [1989] 1 R.C.S. 705. Le droit applicable au contrat administratif fédéral est le droit privé de la province où est née la cause d'action : *Bank of Nova Scotia v. R.*, (1961) 27 D.L.R. (2d) 120, 150-51 (C.É.). Sur le droit applicable au contrat administratif au Québec : Andrée LAJOIE, *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*, Montréal, Éd. Thémis, 1984, p. 45 et suiv.

⁹²R. DUSSAULT et L. BERGEAT, *op. cit.*, tome 1, note 74, p. 603.

⁹³Règlement concernant les marchés de l'État, précité, note 90, art. 3 qui prévoit les exclusions. Voir aussi la Politique du Conseil du Trésor : CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Politique sur les marchés*, dans *Manuel du Conseil du Trésor*, vol. «Marchés», Ottawa, Conseil du Trésor, le 1^{er} février 1995, c. 1-7. N'est pas considéré un marché, les marchés producteurs de recettes, marchés portant sur l'acquisition d'un bien-fonds; le transfert de fournitures, de services ou de biens immobiliers entre les ministères, les provinces ou les territoires; les subventions et les contributions, les programmes à frais partagés; les marchés pour lesquels le Parlement n'a pas voté de crédits et les baux.

nombreuses, sont complétées par un règlement⁹⁴ et des règles administratives incluses dans le volume «Marchés» du Manuel du Conseil du Trésor. Le volume est organisé de la façon suivante. En premier lieu apparaît la *Politique sur les marchés de l'État*⁹⁵ qui est le document général spécifiant les objectifs généraux de l'État fédéral en matière de marchés (accès aux marchés, concurrence du secteur privé, équité et intégrité dans l'attribution des contrats). Suit une série de lignes directrices qui portent sur des généralités (ligne directrice n° 8), la formation et la conclusion des contrats (lignes directrices n° 9, 10 et 11) ainsi que leur exécution (ligne directrice n° 12). D'autres normes régissent des questions spécifiques entourant les marchés de travaux de construction (n° 13), de fournitures (n° 14) et de services (n° 16). Quant aux appendices, ils sont au nombre de vingt (allant des lettres A à T). Le contenu de ces appendices est très diversifié : certains énoncent des directives, d'autres reproduisent des textes juridiques déjà adoptés⁹⁶.

Deux règles administratives contenues dans le Manuel seront analysées, chacune s'inscrivant dans un temps donné du processus contractuel. La première, *Ligne directrice n° 10 - appel d'offres et sélection du soumissionnaire*, s'applique lors du processus précontractuel —des démarches préparatoires de l'autorité contractante jusqu'au moment où elle choisit l'entreprise avec laquelle elle désire contracter. Par l'autre règle, le Conseil intervient lors de la conclusion des contrats. Le *Code régissant la conduite des titulaires de charges publiques en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat (1994)* a été émis par le Premier ministre. C'est le Conseil qui dirige l'action des fonctionnaires en ce qui a trait à l'implantation de ces règles

⁹⁴Précité, note 90.

⁹⁵*Op. cit.*, note 93.

⁹⁶Pour des exemples, voir les appendices suivants: I - Services de travail temporaire; K - Exigences en matière de présentation de rapport annuel sur les activités de marché; N - Bureaux de dépôt des soumissions; Q - Accord du GATT relatif aux marchés publics; T - Convention de la Baie James et du Nord québécois - Dispositions prioritaires en matière de marchés.

d'éthique, mais c'est le Bureau du conseiller en éthique du ministère de l'Industrie qui conseille, surveille et enquête sur toutes questions relevant du *Code sur les conflits d'intérêts (1994)*. Je décrirai non seulement le contenu de ce code, mais également celui du *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique (1985)*. Ce dernier code a été établi par Conseil du Trésor et il s'applique aux fonctionnaires fédéraux. Les règles contenues dans ces codes sur les conflits d'intérêts qui sont examinées ici ne sont pas celles qui affectent les fonctionnaires durant l'exercice de leur charge publique, mais celles qui ont des effets une fois qu'ils sont redevenus des citoyens-administrés.

2.1.1.1 La ligne directrice n° 10 - appel d'offres et sélection du soumissionnaire

Dans le choix d'un cocontractant, les organismes administratifs ont une liberté relative puisqu'elle est circonscrite par le *Règlement sur les marchés de l'État*. La règle générale établie dans l'article 5 du *Règlement sur les marchés* énonce que tout marché est adjugé à la suite d'un appel d'offres. L'article 6 énonce quatre exceptions réglementaires à cette méthode d'adjudication:

1. l'extrême urgence où un retard serait préjudiciable à l'intérêt public;
2. le prix estimatif du marché est inférieur à un montant fixé par règlement;
3. la nature du marché est telle qu'un appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public;
4. le marché ne peut être exécuté que par une seule personne.

Si l'autorité contractante se trouve dans l'une des situations décrites, l'appel d'offres n'est pas requis et l'autorité contractante peut choisir un cocontractant en utilisant la méthode de sélection de gré à gré. Cependant, les règlements ne prévoient pas de procédure assurant le respect des règles de fond qui y sont édictées. La *Ligne directrice n° 10 - appel d'offres et sélection du soumissionnaire*⁹⁷ complète le Règlement en y ajoutant une procédure pertinente à la sélection du cocontractant.

Afin de protéger les entrepreneurs contre une utilisation abusive des exceptions, mais aussi afin de garantir la légalité d'une décision d'un agent de procéder de gré à gré, les paragraphes 10.7.13 et suivants de la *Ligne directrice n° 10* imposent une procédure de publication des marchés que l'autorité contractante entend passer de gré à gré. Lorsque l'autorité contractante invoque l'une des exceptions, elle doit publier un préavis d'adjudication de contrat (PAC). Cette procédure est donc obligatoire.

Le préavis indique les motifs justifiant le recours à une exception, ce qui est éminemment utile dans le contexte d'un recours judiciaire. Outre les motifs de la décision, le PAC doit aussi définir les exigences ou les résultats attendus, «afin de permettre à d'autres fournisseurs éventuels de déterminer s'ils sont en mesure d'y satisfaire ou de les atteindre»⁹⁸. Si aucune contestation n'est reçue après la publication du PAC, l'autorité contractante peut procéder de gré à gré. Cette situation est comparée à celle où aucune soumission n'est reçue à la suite d'un véritable processus d'appel d'offres. L'autorité contractante peut déduire qu'il n'existait pas de marché concurrentiel; en

⁹⁷CANADA, SECRETARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Ligne directrice no 10 - appel d'offres et sélection du soumissionnaire*, dans *Manuel du Conseil du Trésor*, vol. «Marchés», Ottawa, Conseil du Trésor, 1^{er} février 1995, 35 p.

⁹⁸*Id.*, par. 10.7.15.

conséquence, il aurait été inutile de procéder par un appel d'offres⁹⁹. Si un entrepreneur concurrent estime que l'autorité contractante a agi illégalement, il peut contester cette décision auprès des autorités administratives. Dans le cas où la plainte serait justifiée, l'autorité contractante «doit» procéder par appel d'offres, ce qui a pour conséquence de rétablir le droit de l'entrepreneur-plaignant de soumissionner pour ce marché¹⁰⁰.

Le PAC établit un système de publicité et de plainte en faveur des entrepreneurs. Ces règles s'inscrivent dans le prolongement de l'obligation de toute autorité publique de traiter également les administrés. Ces règles de procédure protègent le droit d'accès aux administrés aux marchés de l'État : «[d]ans la mesure du possible, on doit donner à toutes les entreprises et à tous les particuliers une possibilité égale de faire des propositions [...]»¹⁰¹. Le Conseil du Trésor peut édicter des normes de procédure à l'intention des organismes administratifs fédéraux pour garantir une adjudication des marchés conforme à la loi et aux règlements. En effet, lorsque les organismes administratifs ne possèdent pas une compétence expresse pour créer des règles de procédure et de pratique, la jurisprudence de droit administratif reconnaît qu'ils sont maîtres de leur procédure sous réserve des principes de la justice naturelle ou de l'équité procédurale selon le cas¹⁰².

⁹⁹*Id.*, par. 10.7.13: «La publication de ce préavis permet de satisfaire à l'obligation de lancer un appel d'offres conformément à l'article 5 du Règlement sur les marchés de l'État».

¹⁰⁰*Id.*, par. 10.7.17: «Si l'adjudication proposée fait l'objet d'une contestation valide, l'autorité contractante ne peut l'ignorer et doit l'annoncer de nouveau, mais cette fois-ci dans le cadre d'un appel d'offres (...)».

¹⁰¹*Politique sur les marchés, op. cit.*, note 93, par. 4.1.3. Dans la Directive, il est fait référence à la «déclaration de principe relative à l'équité dans l'utilisation des fonds publics, la méthode d'utilisation utilisée pour tel ou tel marché doit, dans la mesure du possible, donner à toutes les entreprises compétentes une chance égale de soumissionner les travaux d'État.», art. 10.7.1.

¹⁰²*T.A. Miller v. Minister of Housing & Local Government*, [1968] 1 W.L.R. 992, 995.

La *Ligne directrice n°10* sert à résoudre un problème lié à l'indétermination du *Règlement sur les marchés de l'État*. Ce dernier énonce les règles de fond pertinentes à la sélection du cocontractant à l'exclusion des règles de forme. En effet, il édicte la règle générale applicable dans un processus de sélection, qui est l'appel d'offres, et quatre exceptions à cette règle générale. Lorsque l'administrateur peut invoquer l'une de ces quatre situations exceptionnelles, il n'a pas l'obligation d'utiliser la procédure d'appel d'offres. Il peut conclure le marché de gré à gré. Toutefois, le règlement n'édicte pas de procédure de mise en œuvre de ces règles de fond et notamment de ces exceptions qui sont, par ailleurs, rédigées en des termes très généraux. Ce flou normatif laisse place à la possibilité que les administrateurs recourent abusivement à l'une des exceptions. C'est pour éviter cet écueil que le Conseil du Trésor a émis la *Ligne directrice n° 10*. La procédure instituée par cette règle administrative oblige l'administrateur-contractant à divulguer ses motifs justifiant le recours à l'une des exceptions et, par conséquent, à l'utilisation de la méthode de sélection de gré à gré.

Ces règles administratives s'intègrent à la structure normative du Conseil du Trésor. En effet, cet organisme peut, comme tout autre organisme administratif, d'énoncer des règles de pratique et de procédure sans qu'une autorisation législative expresse, à cet égard, ne soit requise. En effet, la jurisprudence anglaise a réglé cette question depuis une trentaine d'années. Dans la décision *Miller*, les juges ont posé le principe selon lequel une autorité administrative est maître de sa preuve et de sa procédure.

2.1.1.2 Les codes sur les conflits d'intérêts et l'après-mandat

À la suite de la sélection d'un soumissionnaire par l'autorité contractante, la proposition de marché doit être approuvée par l'autorité

compétente et les parties pourront procéder à la signature des documents contractuels. L'appendice G du manuel du Conseil du Trésor sur les marchés oblige l'autorité contractante à inclure une stipulation portant sur les conflits d'intérêts lorsqu'elle conclut un contrat avec un ancien titulaire d'une charge publique ou un ancien fonctionnaire. Comme il est indiqué avant l'intitulé de l'appendice, les dispositions qui y sont contenues contiennent des dispositions impératives. Cette disposition relative aux conflits d'intérêts se lit comme suit:

«Il est entendu qu'une personne assujettie aux dispositions relatives à l'après-mandat du Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat (1994) ou du Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique (1985) ne peut bénéficier directement du présent contrat, à moins que cette personne ne se conforme aux dispositions applicables concernant l'après-mandat.»¹⁰³

Ces prescriptions sur l'après-mandat qui assujettissent les anciens fonctionnaires¹⁰⁴ et titulaires de charge publique sont essentiellement de même nature, bien que celles s'appliquant à ces derniers soient plus contraignantes. Le *Code sur les conflits d'intérêts (1994)* a été édicté par le

¹⁰³CANADA, BUREAU DU CONSEILLER EN ÉTHIQUE, *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat*, Ottawa, Bureau du conseiller en éthique, 1994, 29 p. [ci-après appelé le Code de 1994]; CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique*, dans *Manuel du Conseil du Trésor*, vol. «Ressources humaines», Ottawa, Conseil du Trésor, 1^{er} septembre 1991, 21 p. [ci-après appelé le Code de 1985].

¹⁰⁴Occupant un poste classé au niveau de gestionnaire supérieur ou de niveau supérieur, voir le Code de 1985, précité, note 103, par. 141.

Premier ministre et le *Code sur les conflits d'intérêts (1985)* est l'œuvre du Conseil du Trésor. Les codes s'imposent aux administrés par le moyen de la technique contractuelle¹⁰⁵. Le pouvoir de contracter inclut celui d'édicter les règles qui s'appliquent dans un contexte donné. Les règles des codes servent à préciser les critères pour la formation d'un contrat administratif valide.

Le lieu où la cause d'action a pris naissance, c'est-à-dire, «le plus souvent, là où le contrat est exécuté», détermine le droit applicable au contrat intervenu entre une partie privée et une autorité publique¹⁰⁶. En droit des obligations, la bonne foi, l'honnêteté et la confiance sont «des conditions essentielles au fonctionnement du marché» et la divulgation de renseignements qui aurait influencée l'appréciation de l'autre partie quant à la transaction proposée fait partie de ce devoir¹⁰⁷. En droit civil, l'exigence de la bonne foi dans l'exercice des droits civils est codifiée aux articles 6, 7 et 1375 du Code civil. En *common law*, «les tribunaux affirment qu'il n'y a aucun devoir de bonne foi»¹⁰⁸. Il est alors difficile d'apprécier l'obligation de renseigner des anciens officiers publics. Les *Codes sur les conflits d'intérêts* apportent donc des précisions quant à la portée de ce devoir dans le cadre spécifique des contrats administratifs.

Après avoir quitté son poste, il est interdit à un ancien titulaire de charge publique ou à un fonctionnaire d'agir au nom ou pour le compte d'une personne, d'une société commerciale ou autre association «relativement à une procédure, à une transaction, à une négociation ou à une autre cause à laquelle

¹⁰⁵Charles Albert MORAND, «La contractualisation du droit dans l'État providence», dans François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. «Droit et Société», L.G.D.J., Paris, 1991, à la p. 139; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 74, p. 874 et suiv.

¹⁰⁶R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 74, p. 611.

¹⁰⁷Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON, *Éléments de common law*, Toronto, Carswell, 1997, p. 303.

¹⁰⁸*Id.*, 303-304.

le gouvernement du Canada est partie et dans laquelle il a représenté ou conseillé le gouvernement»¹⁰⁹. Il ne doit pas non plus donner de conseils à ses clients, si ces conseils sont fondés sur des renseignements qui ne sont pas publics et qu'il a obtenu durant son mandat. Les *Codes sur les conflits d'intérêts* prévoient une période de restriction qui varie selon le poste occupé. Un ancien titulaire de charge publique, autre qu'un ministre, ne peut pas, dans l'année qui suit la cessation de ses fonctions, tirer profit d'un marché.

Le mécanisme de surveillance est double. Le premier est la stipulation contractuelle, reproduite plus haut, engageant la bonne foi de l'ancien titulaire de charge publique ou du fonctionnaire. L'autre mécanisme est interne. Tout fonctionnaire ou titulaire en poste qui veut conclure un marché avec un ancien titulaire de charge publique ou un ancien fonctionnaire doit faire rapport¹¹⁰. Si l'autorité contractante estime que le cocontractant ne se conforme pas aux mesures d'observation édictées dans les *Codes sur les conflits d'intérêts*, elle doit s'abstenir d'avoir des rapports officiels avec lui sous peine de sanction disciplinaire¹¹¹. Cette règle est particulièrement importante, car un administrateur qui contracte avec un ancien titulaire de charge publique ou un ancien fonctionnaire qui ne respecte pas les règles de l'après-mandat se place en conflit d'intérêts. Dans cette situation, l'administrateur agit sans autorité, «en excédant les limites de sa compétence ou encore avec

¹⁰⁹Code de 1994, art. 29; Code de 1985, par. 41, précités, note 103.

¹¹⁰Code de 1994, art. 33; Code de 1985, par. 12 et 13, précités, note 103.

¹¹¹Code de 1994, art. 25 et 33(3); Code de 1985, par. 48, précités, note 103. Pour les titulaires, c'est le Premier ministre qui appliquera la sanction qui peut aller jusqu'à la révocation de la nomination. Cette décision peut théoriquement faire l'objet d'une révision judiciaire, mais en pratique les juges ne s'immiscent pas dans ces affaires surtout en raison du fait qu'ils ne sont pas en mesure de connaître les motifs de la décision et ne peuvent forcer le Premier ministre à les dévoiler. À moins qu'il y ait eu un abus de pouvoir évident de la part du Premier ministre, la révision judiciaire de sa décision est illusoire. Quant aux fonctionnaires, c'est le supérieur hiérarchique qui décide de la sanction qui peut aussi aller jusqu'au renvoi. Le mécanisme de contestation d'une sanction disciplinaire est prévu dans la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 91, 92 et 96(3).

fraude ou apparence de partialité» et le contrat qui en est issu est non seulement nul¹¹², mais l'administrateur de mauvaise foi peut être accusé de corruption ou d'abus de confiance en vertu du Code criminel¹¹³.

L'objectif de ces *Codes sur les conflits d'intérêts* est d'établir la confiance du public dans l'intégrité et la transparence du gouvernement. Les anciens titulaires de charge publique et les fonctionnaires ne peuvent pas utiliser à leur avantage les renseignements confidentiels dont ils ont eu connaissance durant leur mandat. Il s'agit là d'exigences élémentaires de probité. Ces règles s'inscrivent dans le cadre de la mission générale du gouvernement de dépenser les fonds publics dans l'intérêt public et non en fonction d'intérêts privés.

Par ces *Codes sur les conflits d'intérêts*, le gouvernement fédéral régit également la discipline des officiers publics durant leur mandat. Le Conseil du Trésor est expressément habilité à établir des règles disciplinaires à l'égard des fonctionnaires¹¹⁴. En vertu de la prérogative, le Premier ministre peut révoquer les titulaires de charge publique. Ainsi, le Premier ministre invoque cette prérogative pour fonder son code¹¹⁵. Toutefois lorsque le mandat est terminé, la notion de discipline n'est pas applicable en tant que moyen pour assurer le respect des règles de ces codes par les anciens fonctionnaires et les titulaires de charge publique. Le pouvoir de direction sur le personnel (plus pertinent dans le cas des fonctionnaires)¹¹⁶, ne subsiste pas à la suite de la

¹¹²R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, tome 2, note 74, p. 642.

¹¹³Le Code criminel sanctionne expressément la corruption des fonctionnaires, art. 121, et l'abus de confiance, art. 122.

¹¹⁴*Loi sur la gestion des finances publiques*, précitée, note 78, art. 11(2)f).

¹¹⁵Entrevue téléphonique avec Gordon Parks, Conseiller en chef, Bureau du conseiller en éthique, Industrie Canada, le 4 juillet 1997.

¹¹⁶Sur le pouvoir de direction en droit civil, voir l'art. 2085 C.c.q.

rupture du lien d'emploi. C'est à la notion de faute qu'il faut faire appel après la fin du mandat.

Lorsqu'un employé conclut un contrat de travail avec son employeur, il est assujéti au devoir de loyauté et de discrétion qui permet à l'employeur d'imposer une disposition contractuelle de type «clauses de non-concurrence»¹¹⁷. Cependant, les actes de nominations des fonctionnaires et des titulaires de charge publique ne sont pas des contrats de travail, mais des actes unilatéraux à portée individuelle. Ce sont des actes de puissance publique¹¹⁸. Les règles du droit commun sur le contrat de travail ne s'appliquent pas à ces derniers d'où l'utilité d'établir ces codes. Les actes de nomination font expressément référence aux codes sur les conflits d'intérêts en tant que partie intégrante des conditions de travail¹¹⁹. C'est donc par la technique du renvoi que les règles sur l'après-mandat sont opposables aux anciens fonctionnaires et titulaires de charge publique. Ainsi, un manquement au devoir de loyauté et de discrétion entraîne les mêmes conséquences qu'en droit privé. Un usage de renseignements confidentiels portant atteinte aux droits et aux intérêts de l'État donne ouverture à un recours en dommages-intérêts¹²⁰.

¹¹⁷Bien qu'il soit plus prudent de clarifier expressément l'étendue du devoir de loyauté dans l'espace et dans le temps en prévoyant une disposition au contrat, il n'est pas nécessaire de stipuler ce devoir dans le contrat de travail en droit civil puisque l'art. 2088 du C.c.q. consacre le devoir de loyauté et de discrétion des employés.

¹¹⁸R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, tome 2, note 74, p. 263. Dans le cas des titulaires de charges publiques ces actes prennent la forme de décret, alors que dans le cas des fonctionnaires la simple forme d'une lettre.

¹¹⁹Entrevue téléphonique avec le conseiller en chef, précitée, note 115.

¹²⁰En droit civil, les dispositions du livre cinquième sur les obligations s'appliquent à l'État, ce qui inclut l'art. 2088. Voir QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, tome II, Québec, Les Publications du Québec, 1993, art. 1376.

Les *Codes sur les conflits d'intérêts* émanant du Conseil du Trésor et du Bureau du Premier ministre interdisent aux fonctionnaires et aux titulaires de charges publiques de contracter s'ils sont dans une situation de conflit d'intérêts. Quant aux anciens fonctionnaires et titulaires de charges publiques, les codes leur imposent l'obligation de divulguer les charges publiques qu'ils ont occupées. En droit public, les contrats administratifs sont valablement formés si, entre autres conditions, l'agent de l'organisme est autorisé à passer un marché. Le conflit d'intérêts est assimilé à une absence d'autorisation.

Ces règles servent à limiter l'accès aux marchés publics aux personnes qui voudraient utiliser à leur profit des informations confidentielles obtenues durant leur mandat à titre de fonctionnaire ou de titulaire de charge publique. Contrairement au droit civil, les exigences de la bonne foi sont imprécises en *common law*. Ainsi, l'étendue de l'obligation de renseigner qui incombait aux anciens officiers publics n'était pas circonscrite par des règles claires. Les *Codes sur les conflits d'intérêts* ont été créés précisément afin d'explicitier l'étendue du devoir de divulgation des anciens fonctionnaires et titulaires de charges publiques. Par eux, le gouvernement tente d'éviter les situations de conflits d'intérêts avec ces anciens officiers publics. Les administrateurs ont donc remédié à un problème politique qui a des effets juridiques sur la validité du contrat.

2.1.2 Le ministère du Revenu national

Le ministère du Revenu national a été établi en 1927. Il veille à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹²¹. Cette responsabilité était autrefois assumée par un commissaire du ministère des Finances. C'est aussi en 1927 que la compétence sur les douanes et la taxe d'accise fut attribuée au ministère du Revenu national. Encore aujourd'hui, les pouvoirs et fonctions du ministre s'étendent à ces deux domaines de compétence¹²². Les deux divisions ont à leur tête un sous-ministre qui exerce les attributions d'un administrateur général de ministère¹²³. Chaque sous-ministre centralise les décisions administratives dans un bureau principal. C'est celui de la division de l'impôt qui nous intéresse ici.

Outre le sous-ministre, le bureau principal de l'impôt est composé de six sous-ministres adjoints, huit directeurs généraux responsables de huit directions générales et un directeur des services juridiques qui agit en tant que conseiller du sous-ministre. Il existe cinq bureaux régionaux où les agents sont responsables des activités des bureaux de district d'impôt et des centres fiscaux de leur région. La principale fonction du gestionnaire d'un bureau régional est de voir à ce que les agents de son service appliquent uniformément et impartialement la *Loi de l'impôt sur le revenu* et les dispositions réglementaires pertinentes lorsqu'ils traitent les dossiers des contribuables.

¹²¹L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.) et mod., art. 220. *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., vol. X, c. 945 et mod.

¹²²*Loi sur le ministère du Revenu national*, L.R.C. (1985), ch. N-16, art. 3 (1).

¹²³*Id.*, art. 3(2)(3).

Pour aider les agents des services régionaux à remplir cette tâche, la direction générale des affaires législatives et intergouvernementales distribuait, jusqu'aux années '70, un guide des cotisations. Ce guide exposait les lignes directrices sur l'interprétation des lois et sur les pratiques administratives. Il comprenait aussi d'autres renseignements, tels que des politiques et des stratégies administratives de traitement des dossiers, que le ministère jugeait impératif de garder confidentiel. C'est pourquoi l'accès à ce guide était limité au personnel du ministère. Dans la foulée du rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité (commission Carter), qui recommandait entre autres une plus grande transparence au sein du ministère¹²⁴, des dirigeants d'entreprises et des fiscalistes ont fait des démarches auprès du ministère du Revenu national afin que les interprétations et les pratiques du ministère soient publiées. En 1970, deux nouvelles publications étaient créées : les bulletins d'interprétation et les circulaires d'information¹²⁵.

2.1.2.1 Les bulletins d'interprétation

Comme son nom l'indique, le rôle du bulletin d'interprétation est de rendre public les interprétations du ministère relatives aux dispositions

¹²⁴CANADA, ROYAL COMMISSION ON TAXATION, *Royal Commission on Taxation: summary of recommendations*, Don Mills (Ont.), CCH Canadian Ltd., 1967, par. 676. Le résumé des recommandations n'est pas disponible en français.

¹²⁵CANADA, MINISTÈRE DU REVENU NATIONAL, Circulaire d'information no 70-1: *Communiqué - circulaires d'information et bulletins d'interprétation*, Ottawa, sous-ministre du revenu national pour l'impôt, 25 août 1970, 3 p.

législatives et réglementaires de l'impôt sur le revenu¹²⁶. En règle générale, les bulletins d'interprétation sont rédigés en termes impératifs, car lorsque le ministère publie un bulletin c'est qu'il est d'avis que son contenu reflète «l'interprétation technique correcte de la loi»¹²⁷. L'élaboration des bulletins d'interprétation est un processus long et laborieux qui dure au minimum six mois et peut aller jusqu'à deux ans¹²⁸.

Les fonctionnaires sont liés par les bulletins d'interprétation et ils sont opposables aux administrés qui doivent en tenir compte pour faire leur déclaration de revenu. En effet, lorsqu'un fonctionnaire reçoit la déclaration du contribuable¹²⁹, il évalue sa rectitude en fonction des énoncés contenus dans les bulletins. Lorsque la déclaration n'est pas conforme à ces derniers, le fonctionnaire la corrige en tenant compte de l'interprétation fournie dans ces bulletins. Le fonctionnaire en charge du dossier fait alors parvenir au contribuable un avis de cotisation, lequel fixe juridiquement l'impôt de ce dernier¹³⁰. Si le contribuable est en désaccord avec la décision du fonctionnaire, il doit formellement contester l'avis de cotisation dans les 90

¹²⁶CANADA, REVENU, *Bulletin d'interprétation en matière d'impôt sur le revenu, Index, Bulletins d'interprétation et nouvelles techniques en matière d'impôt sur le revenu*, Ottawa, Sous-ministre du revenu national pour l'impôt, 30 décembre 1996, p. 1.

¹²⁷Entrevue téléphonique avec Ronald Lefebvre, agent des décisions, direction des décisions et de l'interprétation de l'impôt, ministère du Revenu, 6 octobre 1997.

¹²⁸*Id.* Ce sont les fonctionnaires du ministère qui préparent la première ébauche, laquelle est vérifiée par les gestionnaires supérieurs. Par la suite, elle est envoyée au ministère des Finances pour déterminer si l'interprétation du ministère du Revenu national est compatible avec la leur. L'ébauche du bulletin est alors transmise au ministère de la Justice qui vérifie les aspects juridiques. Finalement, le tout est renvoyé aux fonctionnaires du ministre du Revenu national qui effectuent les changements demandés, lesquels sont, une fois de plus, révisés par les cadres supérieurs et envoyés au sous-ministre du Revenu national pour l'impôt pour approbation.

¹²⁹Qui est tenu d'en produire une, voir *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 121, art. 150(1).

¹³⁰*Id.*, art. 152(1).

jours de la réception de ce dernier par un avis d'opposition¹³¹. Cette décision du ministre peut être révisée par la Cour canadienne de l'impôt¹³² qui a compétence exclusive pour entendre ces affaires¹³³. Si l'administré ne s'oppose pas à l'avis de cotisation, la décision du fonctionnaire est finale¹³⁴.

En produisant ces Bulletins d'interprétation, le Sous-ministre du Revenu veut garantir, dans la mesure du possible, que tous les fonctionnaires traitent les déclarations des contribuables uniformément et impartialement. Cette responsabilité est d'ailleurs inscrite dans la *Déclaration des droits des contribuables* «adoptée» en février 1985¹³⁵. Tel qu'énoncé par le ministère, cette Déclaration découle des droits conférés par la *Charte canadienne des droits et libertés*, des lois et de la *common law*¹³⁶. En effet, on y énonce «les droits les plus importants concernant le traitement équitable des contribuables canadiens» et en particulier le droit à l'information et à l'impartialité :

«Information :

¹³¹*Id.*, art. 165(1).

¹³²*Id.*, art. 169 et s.

¹³³*Loi modifiant la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt et d'autres lois en conséquence*, L.R.C. (1985) (4e supp.), c. 51. On peut en appeler de la décision de la Cour canadienne de l'impôt à la Cour d'appel fédérale : *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), c. F-7, art. 27(2). Sur autorisation de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour suprême, on peut en appeler de la décision de la Cour d'appel fédérale à la Cour suprême du Canada : *Loi sur la Cour fédérale*, art. 31(1)(2).

¹³⁴Il n'y a pas de recours extraordinaire devant la Cour fédérale pour annuler un avis de cotisation : *La Reine c. Optical Recording Laboratories Inc.*, 90 D.T.C. 6647 (C.F.A.)

¹³⁵*Id.* On peut trouver la Déclaration des droits des contribuables à l'endos du *Guide d'impôt général et déclaration* qui est la trousse générale de déclaration des revenus remises annuellement aux particuliers.

¹³⁶CANADA, REVENU CANADA - IMPÔT, *Les rouages de l'impôt*, 1988-1989, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1989.

Vous êtes en droit de vous attendre à ce que le gouvernement fasse tous les efforts raisonnables pour vous donner accès à des renseignements complets, exacts et opportuns sur la Loi de l'impôt sur le revenu et les droits qu'elle vous confère.

Impartialité :

Vous avez droit à une interprétation impartiale de la loi et des faits par les employés du Ministère qui ne cherchent qu'à percevoir le montant d'impôt exact, ni plus, ni moins».

De plus, ces bulletins servent à «aider les contribuables à observer le principe d'auto-cotisation»¹³⁷. Cet objectif est particulièrement significatif pour comprendre l'utilité des bulletins dans le domaine de l'impôt. En effet, la *Loi de l'impôt sur le revenu* est d'une complexité telle que seuls des experts fiscalistes en comprennent le sens, la portée et les limites. En vérité, si les bulletins d'interprétation n'existaient pas, la «viabilité du système d'auto-cotisation serait en jeu»¹³⁸.

Dans le cadre de la théorie de l'imprécision constitutionnelle, la Cour suprême a reconnu qu'une disposition législative constitue une règle de droit si elle énonce une norme intelligible. L'inintelligibilité d'une règle peut résulter de «l'emploi d'un langage si obscur que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation la moins exacte»¹³⁹. Certes, ce motif d'invalidité des lois n'a pas d'existence autonome. Il doit être greffé à la violation de l'article 7 de la *Charte*. Néanmoins, il est intéressant de noter que les dirigeants du ministère du Revenu national reconnaissent le degré technique très élevé des dispositions législatives, qui ne fait qu'accroître

¹³⁷Entrevue téléphonique avec l'agent des décisions, précitée, note 127.

¹³⁸*Id.*

¹³⁹*R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 626 (j. Gonthier).

au fil des ans. C'est en raison de ce constat que les dirigeants du ministère s'entendent sur la nécessité de ces interprétations.

Pour ne donner qu'un exemple, citons l'article 144(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* :

«Au présent article, "régime de participation des employés aux bénéfices" s'entend d'un arrangement en vertu duquel un employeur fait des versements, calculés en fonction des bénéfices qu'il a tirés de son entreprise, ou en fonction des bénéfices tirés de l'entreprise d'une société avec laquelle il a un lien de dépendance, à un fiduciaire agissant comme tel au profit de ses cadres ou employés ou de ceux d'une société avec laquelle il a un lien de dépendance (que, de leur côté, les cadres ou employés effectuent ou non des versements au fiduciaire), et en vertu duquel le fiduciaire a depuis la première en date de l'entrée en vigueur du régime et de la fin de 1949, attribué chaque année, avec ou sans réserve, à titre individuel, aux cadres ou aux employés»

Par le Bulletin d'interprétation IT-280R —Loi de l'impôt sur le revenu: Régimes de participation des employés aux bénéfices : versements calculés en fonction des bénéfices—, le ministère interprète le sens de «calculés en fonction des bénéfices»:

«Mentionnée au paragraphe 144(1), l'une des principales conditions d'un RPEB stipule que les versements faits à la fiducie par l'employeur doivent être "calculés en fonctions des bénéfices". Cette condition impose à l'employeur l'obligation

exécutoire d'effectuer des versements s'il réalise des bénéfices, conformément à une formule pratique où les bénéfices constituent la principale variable. Il ne suffit pas d'utiliser les bénéfices seulement comme moyen de calculer le montant des versements de l'employeur; en vertu du régime, il faut aussi verser la somme ainsi calculée lorsqu'un bénéfice est réalisé. Les versements «calculés en fonction des bénéfices» doivent être exprimés en pourcentage des bénéfices pour l'année, et le versement minimal permis ne peut pas être moins de 1% des bénéfices.»

La méthode de calcul contenue dans le Bulletin est une condition d'exercice d'un droit qui est prévu par la loi. Le ministère interprète le texte afin de régir une situation qui est incomplètement ou partiellement visée par la disposition législative.

Il n'existe pas de mention dans les dispositions législatives pertinentes autorisant le ministère à produire des bulletins. Le ministère s'appuie sur le pouvoir d'interprétation en tant qu'accessoire à l'application des règles¹⁴⁰. Il invoque la méthode heuristique d'interprétation du droit qui est la méthode de découverte du «sens et de la portée «véritables», «corrects», d'un texte législatif»¹⁴¹, pour argumenter qu'un bulletin d'interprétation ne modifie pas l'ordre juridique instauré par la loi et le règlement, mais explicite l'état du droit. Dans la première partie, j'ai montré que les juges n'adhèrent plus aussi strictement à cette théorie officielle de l'interprétation des lois où

¹⁴⁰*Id.*, 623 (j. Gonthier discutant du rôle d'interprète des juges).

¹⁴¹Voir la première édition de : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1982, p. 19.

l'interprète ne fait que «découvrir» le sens prédéterminé du texte¹⁴². En fait, il s'agit d'admettre que les interprétations modifient l'ordre juridique.

La Cour suprême a consacré la crédibilité des bulletins d'information en tant que source d'interprétation, tout en maintenant la fiction selon laquelle les interprétations ne modifient pas le droit. En réitérant le principe général que les cours de justice ne sont pas liées par les interprétations du droit des tribunaux et des organismes inférieurs, le juge de Grandpré décida dans *Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec* que les interprétations du ministère «ont une valeur certaine et, en cas de doute sur le sens de la législation, [elles deviennent] un facteur important.»¹⁴³ La Cour suprême confirma l'arrêt *Harel* dans la décision *Nowegijick c. La Reine*¹⁴⁴ et plus récemment dans l'affaire *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Min. du Revenu)*¹⁴⁵.

Les bulletins d'interprétation ont atteint un tel niveau de crédibilité qu'ils sont considérés, aujourd'hui, comme la source première pour comprendre le sens, la portée et les limites des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'impôt sur le revenu¹⁴⁶. Tant l'Administration publique fédérale dans son entier que les administrés (contribuables, fiscalistes et administrateurs fiscaux) s'appuient sur les bulletins du ministère du Revenu national pour prendre leurs décisions¹⁴⁷. D'ailleurs, le sous-ministre du Revenu national pour l'impôt n'hésite pas à écrire sur la page

¹⁴²Lord Reid dans *Jones c. Secretary of State for Social Services*, [1972] 1 All E.R. 145, 149 (H.L.) : [traduction] «On ne peut, dans de nombreux cas, affirmer péremptoirement qu'une interprétation est bonne et l'autre, mauvaise.»

¹⁴³[1978] 1 R.C.S. 851, 858-859.

¹⁴⁴[1983] 1 R.C.S. 29, 37 (j. Dickson).

¹⁴⁵[1988] 2 R.C.S. 175, 196-197 (j. Wilson).

¹⁴⁶*Id.*

¹⁴⁷*Id.*

couverture de l'index des bulletins d'interprétation que tous peuvent se fier aux interprétations du ministère¹⁴⁸. Dans la mesure où la rectitude des interprétations n'est pas contestée, le ministère peut utiliser les bulletins pour émettre des avis de cotisation qui ne pourront pas être annulés du seul fait qu'ils sont basés sur l'application d'une règle administrative.

Les bulletins d'interprétation produits par le ministère du Revenu pallient la complexité et l'indétermination des dispositions législatives de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Sans ces bulletins, il est incertain, de l'aveu même du ministère, que les administrés seraient en mesure d'observer le principe d'auto-cotisation. Les administrateurs ont donc voulu, d'une part, régler un problème politique car leur négligence aurait pu entraîner l'inefficacité du système qui a été mis en place. À titre d'exemple, le Bulletin d'interprétation IT-280R montre que le sous-ministre a utilisé une règle administrative pour ajouter une méthode de calcul qui n'est pas énoncée dans la disposition législative, mais qui est néanmoins nécessaire à l'exercice du droit conféré à une catégorie d'administrés dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

D'autre part, les administrateurs ont voulu résoudre une difficulté de gestion afin d'éviter le traitement différent de cas semblables. En effet, le ministère du Revenu est l'autorité décisionnelle de première ligne et, à ce titre, il joue un rôle principal pour appliquer les dispositions législatives et réglementaires de manière uniforme. C'est à l'égard de cette fonction particulière des bulletins d'interprétation qu'il est possible d'invoquer une compétence autorisant cette pratique. La compétence d'appliquer des règles de droit doit pouvoir comprendre celle de les interpréter du point de vue d'une interprétation fonctionnelle, même si, par ailleurs, il faut admettre que cette marge de manœuvre interprétative est très réduite dans le cadre de l'application de mesures fiscales.

¹⁴⁸CANADA, MINISTÈRE DU REVENU, *Index, Bulletins d'interprétation et nouvelles techniques en matière d'impôt sur le revenu*, op. cit., note 126.

2.1.2.2 Les circulaires d'information

Les circulaires d'information établissent des règles de pratique et de procédure. Le ministère indique tous les renseignements de fond et de forme qui doivent être fournis par les administrés afin que les fonctionnaires puissent prendre une décision éclairée. Les dispositions législatives et réglementaires régissant l'impôt sur le revenu reconnaissent expressément certains droits aux contribuables et il revient au ministère de dire comment l'administré peut exercer ce droit. Par exemple, dans certaines situations expressément prévues dans la loi, le contribuable peut exercer un choix à l'intérieur de certaines limites temporelles et modifier sa déclaration en conséquence¹⁴⁹. Lorsque l'administré veut exercer un choix hors délai, le ministre peut accepter ou refuser cet exercice tardif du droit et c'est à ce moment que la *Circulaire n° 92-1 —Lignes directrices concernant l'acceptation des choix tardifs, modifiés ou révoqués*¹⁵⁰ joue son rôle.

Dans un souci de donner préséance à l'exercice d'un droit substantiel reconnu par la loi, la circulaire vient préciser qu'une demande hors délai ne sera pas nécessairement refusée. On informe l'administré des arguments qu'il peut faire valoir pour justifier son retard et on lui indique la manière de faire sa demande.

¹⁴⁹Les choix suivants sont des exemples de «choix admissibles» donnant ouverture à l'application de la circulaire 92-1 : (1) le choix de l'actionnaire d'une société étrangère affiliée à l'égard des contre-valeurs de biens expropriés qu'elle reçoit qui lui sont ensuite attribués à titre de dividendes ou de prestations; (2) le choix par une fiducie de différer la disposition réputée à tous les 21 ans; (3) le choix par une société de présumer un règlement de dette en cas de liquidation d'une filiale. CCH, *Le Guide de l'impôt canadien*, Farnham (Québec), Publications CCH, 1997, p. 875.

¹⁵⁰CANADA - REVENU CANADA, IMPÔT, Circulaire d'information no 92-1: *Lignes directrices concernant l'acceptation des choix tardifs, modifiés ou révoqués*, Ottawa, Sous-ministre du Revenu national pour l'impôt, 18 mars 1992, 6 p.

La première partie de la circulaire renseigne le contribuable sur les raisons qu'il peut invoquer à l'appui de sa demande ou celles qui donnent lieu au rejet de cette dernière. Au paragraphe 10 a) de la *Circulaire n° 92-1*, il est précisé que le ministère peut accepter une demande lorsqu'une :

«situation a entraîné des conséquences fiscales non voulues par le contribuable et qu'il peut être prouvé que le contribuable a pris des mesures raisonnables pour se conformer à la loi. Tel est notamment le cas lorsque le contribuable a, de bonne foi, obtenu pour un bien une évaluation qui, après examen par le Ministère, s'est révélée inexacte.»

Au paragraphe 11 a), il est spécifié qu'une demande sera refusée lorsqu'il est :

«raisonnable de conclure que le contribuable a présenté la demande dans un but de planification fiscale rétroactive. Tel est notamment le cas lorsque le contribuable veut profiter de modifications législatives qui sont entrées en vigueur après l'expiration du délai d'exercice de ce choix.»

Dans la deuxième partie de la circulaire, le ministère informe le contribuable sur la manière dont il peut lui transmettre sa demande. Les paragraphes 12 à 16 de la *Circulaire n° 92-1* indiquent que la demande doit être faite par écrit (soit par lettre ou soit en utilisant un formulaire) et contenir les renseignements qui sont précisés dans la circulaire, dont les raisons expliquant le choix tardif.

La circulaire avise le contribuable des paramètres décisionnels des fonctionnaires. Ainsi, le contribuable est en mesure de «plaider sa cause» de manière utile. Par le fait même, le ministère informe les fonctionnaires des considérations qui sont jugées pertinentes pour accepter ou refuser la demande. Tel qu'énoncé par la Cour suprême dans l'affaire *Union internationale des employés des services, local no 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*¹⁵¹, l'Administration doit tenir compte des facteurs pertinents pour exercer sa compétence décisionnelle. Le fait de baser une décision sur des considérations externes (non-pertinentes) est un exemple d'erreur de compétence qui n'est pas protégé par une clause privative¹⁵². Ce principe, énoncé dans le cadre d'un processus quasi judiciaire, s'applique également dans le contexte de décisions administratives. Une cour peut enquêter sur les actions de l'autorité pour examiner si elle a tenu compte de facteurs dont elle n'aurait pas dû tenir compte ou qu'elle a écarté des faits alors qu'elle aurait dû les prendre en considération¹⁵³.

Tout comme dans le cas de la *Ligne directrice n° 10* du Conseil du Trésor, les règles contenues dans la *Circulaire n° 92-1* établissent des règles de pratique et de procédure. Dans le processus décisionnel, les fonctionnaires sont soumis à l'obligation générale d'agir équitablement. Les protections procédurales accordées aux administrés dépendent de l'examen de trois facteurs : «(i) la nature de la décision qui doit être rendue par l'organisme administratif en question, (ii) la relation existant entre cet organisme et le particulier, et (iii) l'effet de cette décision sur les droits du particulier»¹⁵⁴. Les

¹⁵¹[1975] 1 R.C.S. 382.

¹⁵²*Id.*, 389.

¹⁵³*Associated Provincial Picture Houses Limited v. Wednesbury Corporation*, (1948) K.B. 223, 229.

¹⁵⁴*Knight c. Indian Head School Division no 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, 669 (juge L'Heureux-Dubé); : voir aussi *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, 653 (juge Le Dain au nom de la Cour); *Martineau c. Le comité de discipline des détenus de*

décisions dans lesquelles ces règles administratives sont appliquées relèvent des domaines de la fiscalité et des contrats administratifs. Ces décisions peuvent avoir des conséquences pécuniaires importantes pour les administrés. Du point de vue des administrés, ces deux règles administratives établissent des procédures minimales afin d'assurer l'exercice effectif de leurs droits. Du point de vue de l'Administration, ces règles jouent un rôle important pour soutenir la légalité des décisions qui s'ensuivent; dans le cas de la *Ligne directrice n° 10*, ce rôle est même déterminant. En effet, cette règle administrative est utilisée dans le contexte d'une décision préliminaire dans le processus d'adjudication d'un contrat et même si elle ne fait que structurer un processus pré-décisionnel ceci n'a pas pour effet, par ailleurs, de lui enlever toute pertinence sur le plan juridique. En conséquence, il serait pour le moins incongru que l'Administration puisse argumenter que ce type de normes ne sont pas des règles de droit valides et les écarter sans motifs valables en droit.

Comme dans le cas de la *Ligne directrice n° 10*, l'Administration a voulu résoudre, par cette circulaire, un problème lié à la gestion administrative lors du traitement des demandes des administrés, mais qui peut néanmoins avoir des répercussions juridiques. Les circulaires sont utilisées, en outre, afin de préciser les renseignements que les administrés doivent fournir pour appuyer différents types de demandes qu'ils sont autorisés à faire en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Elles donnent la chance aux administrés de plaider leur cause de manière utile et ce afin qu'ils puissent exercer les droits qui leur sont reconnus dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans une certaine mesure, elles garantissent également que seuls les faits pertinents à la demande seront pris en considération durant le processus décisionnel. C'est donc dans la catégorie des règles procédurales qu'il faut classer les circulaires d'information du ministère du Revenu et tout comme dans le cas de la *Ligne directrice n° 10* du Conseil du Trésor, le ministère peut

l'institution de Matsqui, [1980] 1 R.C.S. 602, 629 où le juge Dickson reconnaissait qu'il existe une myriade de processus décisionnels qui appelle une gradation des protections procédurales qui peuvent être octroyées dans le cadre de l'application du principe de l'équité procédurale; H. W. MacLAUCHLAN, *loc. cit.*, note 6, 17.

créer des règles de pratique et de procédure sans que la loi ne lui ait expressément attribué cette compétence. Le fondement jurisprudentiel issu de l'arrêt *Miller* suffit.

2.2 *Les institutions administratives décentralisées*

Contrairement aux organismes centraux qui régissent un domaine social ou économique incluant plusieurs champs d'action, les organismes décentralisés réglementent des aspects très particuliers d'un secteur d'activités. Ce champ, dès qu'il est octroyé à un organisme indépendant, ne fait plus partie de la sphère des compétences globales d'un ministère.

L'autonomie décisionnelle des organismes autonomes varie d'une institution à l'autre. Le Parlement canadien confie à certaines institutions de l'Administration un secteur d'activités qui est strictement circonscrit par les lois habilitantes et d'application de ces organismes. Il s'agit d'une décentralisation administrative fonctionnelle où «l'organisme bénéficiaire de ce transfert présente donc le double caractère d'une relative autonomie par rapport au noyau central de l'Administration (c'est la caractéristique commune de toutes les autorités administratives décentralisées) et d'une certaine spécialisation des tâches.»¹⁵⁵

On compte au-delà d'une centaine d'organismes décentralisés dans l'Administration fédérale, chacun possédant une structure, des fonctions et des pouvoirs qui sont distincts. Des catégories n'en sont pas moins proposées

¹⁵⁵P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 74, p. 236; R. DUSSAULT et L. BERGEAT, *op. cit.*, tome 1, note 74, p. 132; Patrice GARANT, *Droit administratif*, 4e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 97 et suiv.

par des auteurs¹⁵⁶. Il existe des organismes qui exercent des fonctions consultatives, quasi judiciaires, régulatrices et administratives. De plus, il y a la catégorie des entreprises publiques qui comprennent les institutions qui ont pour fonction la gestion commerciale, financière ou industrielle ou encore la prestation de services. Pour ce premier tour d'horizon, j'ai exclu le groupe des entreprises publiques, surtout celles à vocation commerciale afin de ne pas occulter des finalités (rentabilité/intérêt public) qui mériteraient des analyses plus spécifiques. Ces entreprises fonctionnent de façon très similaire aux entreprises du secteur privé; souvent le régime juridique qui leur est applicable est analogue. Aussi, des rapprochements entre les règles «administratives» produites par les entreprises publiques et privées seraient plus féconds pour comprendre leurs rôles dans ces entreprises¹⁵⁷. Quant aux établissements publics fédéraux —ceux qui, par exemple, fournissent des services aéroportuaires ou qui font la conservation d'œuvres d'art (au niveau provincial, on peut penser aux hôpitaux et aux universités)— ils sont éliminés non pas en raison de ce qu'ils font, mais en raison de la catégorie de personnes touchées. Ces administrés «institutionnalisés» ont déjà fait l'objet d'une exclusion pour les fins de cette recherche.

J'ai donc sélectionné des exemples de règles dans chacune des autres catégories en tenant compte des secteurs d'activités auparavant identifiés. L'organisme quasi judiciaire retenu exerce des fonctions dans le secteur de l'immigration et plus précisément dans le secteur de la revendication du statut de réfugié : il s'agit de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié —section du statut de réfugié. Deux organismes administratifs ont été choisis. Il s'agit, d'une part, du directeur des enquêtes et des recherches du Bureau de la politique de concurrence qui est une

¹⁵⁶R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, tome 1, note 74, p. 142; P. GARANT, *op. cit.*, vol. 1, note 155, p. 114-115.

¹⁵⁷D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 67, 999, note que les manifestations du processus d'institutionnalisation dans la vie des entreprises privées sont en «tous points assimilables ou comparables à celles qui caractérisent le développement des organisations publiques.»

autorité administrative indépendante. Sa fonction est essentiellement de faire enquête sur la conduite d'administrés. Lorsque les résultats de l'enquête sont susceptibles d'affecter les droits et les intérêts des administrés, l'organisme n'a pas, en principe, le pouvoir de rendre des décisions à leur endroit. Il peut seulement faire des recommandations au procureur général. Toutefois, le directeur a élaboré un programme en vertu duquel les administrateurs rendent effectivement des décisions à l'égard des administrés. Le deuxième organisme administratif est le Conseil de recherches en sciences humaines — section des bourses. L'organisme de régulation économique est le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes — section de la radiodiffusion.

2.2.1 La Commission de l'immigration et du statut de réfugié

La Commission de l'immigration et du statut de réfugié est un tribunal administratif composé du président et des membres dont la fonction est de rendre des décisions portant sur les demandes des administrés en matière d'immigration et de protection, formulées en vue d'obtenir l'autorisation d'entrer et de circuler légalement sur le territoire canadien¹⁵⁸. Les décideurs sont nommés par le gouverneur en conseil à titre inamovible pour un mandat maximal de sept ans lequel peut être révoqué pour cause¹⁵⁹. Le président est le premier dirigeant de la Commission et, en cette qualité, il en assure la direction et il contrôle la gestion du personnel¹⁶⁰. Le gouverneur

¹⁵⁸Le tribunal est créé par la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), c. I-2 et mod., art. 57.

¹⁵⁹*Id.*, art. 58 (le président); articles 61 et 62 (les membres de la SSR).

¹⁶⁰*Id.*, art. 58(3). Pour le seconder dans sa tâche de direction, le président peut déléguer ses pouvoirs aux vice-présidents, vice-présidents adjoints et aux coordonnateurs des sections de

en conseil peut nommer un directeur exécutif à titre amovible dont le mandat et la rémunération sont fixés par ce dernier, mais c'est le président qui assigne les tâches au directeur exécutif¹⁶¹. Les autres cadres et les employés de la Commission, notamment les Agents chargés de la revendication (ACR), sont nommés en vertu de la *Loi sur l'emploi de la fonction publique*¹⁶². Tel qu'il sied généralement pour ce genre de tribunal administratif, le législateur a conféré un degré d'indépendance élevé à la CISR de manière à protéger l'indépendance et l'impartialité des décideurs contre les intrusions du gouvernement.

La CISR est divisée en trois sections¹⁶³. La Section d'arbitrage tient des enquêtes en matière d'immigration et examine les motifs de détention¹⁶⁴. La Section d'appel de l'immigration entend, en outre, les appels interjetés par les citoyens canadiens ou les résidents permanents qui parrainent un proche parent dont la demande de résidence permanente a été rejetée par des fonctionnaires du ministère de l'Immigration et de la Citoyenneté, les appels de mesures de renvoi prises par des arbitres de la Section d'arbitrage ou des fonctionnaires du ministère contre des résidents permanents ou contre des personnes qui détiennent des visas valides¹⁶⁵. Les membres de la Section du statut de réfugié (SSR) déterminent si les demandes de statut de réfugié sont fondées. Il est utile de décrire le processus décisionnel de cette section de la

la Commission, sauf en ce qui a trait à ses pouvoirs de faire des règles de pratique et du pouvoir de déléguer visé par cet article: *id.*, art. 58(4) et (4.1). Ces titulaires sont choisis parmi les membres du tribunal. Dans le cas de la Section du statut, voir art. 59(2), la Section d'appel, art. 60(2). Dans le cas de la Section d'arbitrage, le directeur général, les directeurs et les arbitres sont nommés en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, art. 63.3(2).

¹⁶¹*Id.*, art. 64(2).

¹⁶²*Id.*, art. 64(3).

¹⁶³*Id.*, art. 57(1).

¹⁶⁴*Id.*, art. 29 et ss. (les enquêtes en matière d'immigration) et articles 103 à 107 (les motifs de détention). La section d'arbitrage est constituée par l'art. 80.1.

¹⁶⁵*Id.*, art. 69.4 à 80.

CISR, car il s'agit, dans les développements qui suivent, d'examiner trois règles administratives émises par le président pour la SSR —le *Projet-pilote sur le processus accéléré*, les instructions et les directives.

Les critères d'obtention du statut de réfugié sont fixés par la loi. Le «réfugié au sens de la Convention» est défini à l'article 2 de la *Loi sur l'immigration*. Essentiellement, un demandeur du statut de réfugié doit prouver qu'il craint avec raison d'être persécuté par les autorités de l'État qu'il a quitté (qu'il en soit citoyen ou résident permanent), du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques. Toute personne qui se présente à un port d'entrée au Canada peut faire une demande de statut de réfugié. Cette demande doit être examinée dans le cadre d'une audition orale par deux membres de la SSR. Lors de l'audience, le demandeur de statut de réfugié doit prouver le bien-fondé de sa demande. Le fardeau de preuve est plus élevé qu'une simple possibilité de persécution, mais est moins élevé que la prépondérance des probabilités¹⁶⁶. Le quorum de la SSR est de deux membres et, en cas de partage des voix, l'opinion favorable au demandeur constitue la décision du quorum¹⁶⁷.

Dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent, la SSR doit exercer ses compétences sans formalisme et avec célérité¹⁶⁸. Tout fait pertinent et digne de foi est admissible en preuve, ce qui inclut les faits qui peuvent être connus d'office¹⁶⁹. Les membres peuvent admettre d'office les

¹⁶⁶*Adjei c. Canada (Ministère de l'emploi et de l'immigration)*, (1989) 7 *Imm. L.R.* (2d) 169.

¹⁶⁷À moins que ce dernier ait détruit ses papiers sans raison valable, ait visité le pays où il dit craindre d'être persécuté depuis qu'il a fait sa demande de statut ou encore parce qu'il vient d'un pays prescrit en vertu de la loi comme respectant les droits de la personne; dans ces cas, c'est la décision négative qui constitue la décision du quorum: *Loi sur l'immigration*, précitée, note 158, articles 69.1(10) et (10.1).

¹⁶⁸*Id.*, art. 68(2).

¹⁶⁹*Id.*, art. 68 (3) et (4).

faits admissibles en justice de même que les «faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de [leur] spécialisation»¹⁷⁰. Les protections procédurales associées à la règle *audi alteram partem* (l'avis¹⁷¹, l'audition formelle¹⁷², l'ajournement¹⁷³, l'assistance d'un conseil¹⁷⁴, les décisions motivées¹⁷⁵, le droit de présenter sa preuve¹⁷⁶, etc.) sont garanties dans la *Loi sur l'immigration*.

2.2.1.1 Le projet-pilote sur le processus accéléré

En 1989, un nouveau processus de demande du statut de réfugié a introduit une procédure de détermination du statut en deux temps. Jusque là, lorsqu'une personne arrivait à un port d'entrée, un arbitre lui demandait si elle voulait demander le statut de réfugié. Le cas échéant, l'arbitre ajournait l'enquête pour permettre à un membre de la SSR de siéger. À ce stade de la procédure, cette demande était évaluée en fonction de sa recevabilité et de son minimum de fondement. Si l'intéressé franchissait avec succès cette étape, sa

¹⁷⁰Dans ces deux derniers cas, les membres doivent, cependant, aviser le demandeur de statut de leur intention et lui donner une chance raisonnable de présenter son point de vue: *id.*, art. 68(5).

¹⁷¹*Id.*, art. 69.1(3).

¹⁷²*Id.*, art. 69.1(1).

¹⁷³*Id.*, art. 69(6)

¹⁷⁴*Id.*, art. 69(1).

¹⁷⁵*Id.*, art. 69.1(11). La motivation d'une décision est obligatoire uniquement lorsqu'elle est défavorable au demandeur de statut.

¹⁷⁶*Id.*, art. 69.1(5).

demande faisait alors l'objet d'une audition sur le fond par deux membres de la SSR.

La décision *Sloley c. Canada (Ministère de l'emploi et de l'immigration)*¹⁷⁷ de la Cour d'appel fédérale a très tôt imposé un fardeau de preuve très peu élevé lors de cette première étape, si bien qu'en pratique la plupart des demandes ont été référées à la SSR. Cette dernière fut vite submergée et incapable de faire face au flot de demandeurs de statut, qui avait doublé depuis la mise en vigueur de la nouvelle loi. En effet, les ressources allouées à la CISR étaient insuffisantes. Elles avaient été planifiées en fonction des demandes reçues sous l'ancien régime, soit environ 7 000¹⁷⁸. Tous ces éléments ont engendré des retards importants dans le traitement des demandes de statut de réfugié.

Vers 1990, la direction générale de la CISR implante sous la forme d'un projet pilote le «processus accéléré» qui vise à améliorer la vitesse du traitement des demandes de statut bien fondées¹⁷⁹. L'ACR étudie les fiches de

¹⁷⁷(1990) 9 *Imm. L.R.* (2d) 241.

¹⁷⁸Le nombre de demandeurs de statut de réfugié n'a cessé d'augmenter depuis que la Commission a été constituée en 1989. En 1995, il a augmenté de 18% par rapport à 1994. En 1995, la SSR a reçu 26 072 demandes. Le délai moyen de traitement des cas en 1995, de leur transmission à la SSR au prononcé de la décision, était de onze mois. À la fin de 1995, il y avait près de 26 400 demandeurs qui n'avaient pas encore été entendus ou dont les demandes n'avaient fait l'objet d'aucune décision : CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, 1995 — *L'année en revue*, Ottawa, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1996, p. 8.

¹⁷⁹Dans le rapport annuel de 1989 de la CISR, le président faisait déjà état du fait que la Commission avait «élaboré un processus accéléré qui fait l'objet d'un projet-pilote mené de concert avec la Section du droit de l'immigration de l'Association du barreau canadien.» CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, Rapport annuel, Ottawa, CISR, 1989, p. 16. Dans le rapport annuel de 1990, le président décrit le fonctionnement du processus accéléré : CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Rapport annuel*, Ottawa, CISR, 1990, p. 20-21. Dans un premier temps, le processus a été testé à Montréal, mais il a rapidement été utilisé dans les bureaux régionaux et les conseillers en immigration ont adhéré spontanément au processus même s'ils n'avaient pas été consultés lors de sa mise sur pied. Entrevue avec le conseiller spécial auprès du vice-président ayant eu lieu au siège social de la CISR (Ottawa) le 27 juin 1997.

renseignements personnels des demandeurs (contenant les détails de la preuve qu'un demandeur entend soumettre) et y relève tout élément permettant de croire que la crainte de persécution est bien fondée. Le pays contre lequel l'intéressé demande protection est souvent le critère déterminant. Une fois la demande retenue pour un examen accéléré, l'ACR rencontre l'intéressé et son conseil en entrevue afin de cerner les faits cruciaux de la demande.

Si l'ACR est d'avis que la demande peut être acceptée, il fait une recommandation en ce sens à un membre de la SSR qui procède alors à l'audition. Ce membre reçoit l'intéressé dans une salle d'audience, lui fait prêter serment et lui demande si les faits établis lors de l'examen sont exacts. À la suite de quoi, le membre octroie le statut de réfugié au demandeur. Lorsque l'ACR croit qu'il n'y a pas lieu à une décision favorable, la demande est alors traitée suivant la procédure d'audition prévue par la loi.

Les membres et les ACR doivent examiner un cas selon la procédure accélérée lorsqu'une demande y donne ouverture. Ils doivent en rendre compte et les rouages internes de contrôle au sein de la CISR sont suffisants pour faire en sorte que chacun exécute ses responsabilités conformément aux attentes établies par le président. Étant soumis au pouvoir hiérarchique de son supérieur, un ACR récalcitrant pourrait se voir infliger une sanction disciplinaire¹⁸⁰. Dans le cas des membres, la contrainte est plus diffuse : ils sont «sensibles au renouvellement de leur mandat» qui est «recommandé par le président au ministre lequel s'est engagé à suivre ses recommandations»¹⁸¹.

¹⁸⁰Lesquelles peuvent être contestées par l'ACR en suivant la procédure de grief de la CISR et si la mesure disciplinaire implique une perte monétaire, il pourra en appeler de la décision sur le grief à un arbitre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique: *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, précitée, note 110, art. 91, 92 et 96(3). En tout dernier lieu, il pourrait tenter d'obtenir une révision judiciaire de la décision de l'arbitre.

¹⁸¹Entrevue avec le conseiller spécial auprès du vice-président, note 179 : «Bien sûr le président n'utiliserait pas cette menace pour forcer un commissaire à se soumettre au

Le processus accéléré améliore la mise en œuvre de la mission de la SSR qui est d'accorder l'asile aux personnes en besoin de protection (du moins pour celles dont les demandes apparaissent fondées à la lecture des déclarations contenues dans leur fiche de renseignements personnels). Le processus accéléré réduit le nombre de cas en attente d'une détermination ce qui va dans le sens de la responsabilité principale de la SSR¹⁸². Le processus accéléré est une procédure avantageuse pour les administrés, car elle permet une détermination plus rapide de certains cas. De plus, elle ne modifie pas leur droit à une audition sur le fond.

À l'instar des bulletins d'interprétation, le projet pilote sur le processus accéléré remédie à un problème qui comporte des dimensions politique (inefficacité du système) et administrative (gestion des cas). Contrairement aux bulletins, toutefois, le processus accéléré institue une procédure parallèle de détermination du statut de réfugié. Cette procédure s'inscrit, à première vue, dans le prolongement de l'article 68(2) de la *Loi sur l'immigration* qui édicte que la SSR rend des décisions sans formalisme et avec célérité, mais cet objectif législatif ne peut pas servir à fonder l'utilisation de moyens allant à l'encontre de ceux ayant déjà été prévus par le législateur. À cet égard, la loi prescrit que toutes les demandes du statut de réfugié doivent être déterminées à la suite d'une audition et une décision doit être rendue par un quorum de deux membres de la SSR. Pour ce qui est des pouvoirs exercés par les ACR, soit d'appeler des témoins et de les interroger, la loi était silencieuse sur cette question. La CISR invoquait ses règles de pratique et de procédure et notamment le pouvoir de tenir une conférence préparatoire pour justifier la convocation des témoins et leur interrogatoire par les ACR.

processus accéléré, car il y aurait clairement abus de pouvoir. Mais il reste que les commissaires sont conscients de leurs devoirs et du rôle de le président lors du renouvellement de leur mandat.» Dans le cas d'un non-renouvellement, le membre a théoriquement le droit de faire réviser judiciairement cette décision, mais puisqu'il s'agit de contester la décision du Cabinet, la révision est en pratique extrêmement difficile à obtenir. David J. MULLAN, *Administrative Law*, 3e éd, Toronto, Carswell, 1996, § 492-493.

¹⁸²*Loi sur l'immigration*, précitée, note 158, art. 68(2).

Toutefois, les règles permettaient la convocation des témoins, mais non leur interrogatoire¹⁸³. En raison des difficultés relatives à la validité de la procédure instituée par le processus accéléré, la CISR a demandé la modification de la loi. Le Projet de loi C-86 est entré en vigueur le 1^{er} février 1993. Deux articles ont été ajoutés à la loi. L'article 69.1(7.1) permet aux membres de la SSR de déterminer qu'une personne est un réfugié sans tenir d'audience¹⁸⁴. L'article 68.1 précise les pouvoirs d'enquête des ACR, soit d'appeler des témoins et de les interroger.

Le *Projet-pilote sur le processus accéléré* ne s'intègre pas au droit public, mais il illustre néanmoins une situation particulière : celle où le cadre normatif d'un organisme comporte des défauts structurels. Les moyens attribués aux administrateurs de la CISR étaient inadéquats pour exécuter les objectifs expressément prévus par le législateur. Par le *Projet-pilote sur le processus accéléré*, la CISR a développé un processus décisionnel de nature administrative afin de remédier aux lourdeurs législatives et d'accélérer le traitement des cas. Ils ont donc corrigé les «imperfections» du cadre normatif de leur institution afin d'exécuter leur mission «efficacement». Le processus accéléré soutient la réalisation d'un des objectifs du législateur qui énonce que les membres de la SSR doivent agir de manière informelle et avec célérité. Toutefois, cet objectif ne peut pas justifier le transfert du pouvoir d'évaluer la crédibilité de la preuve à un fonctionnaire, alors que la loi précise que ce sont les membres de la SSR qui doivent remplir cette fonction.

¹⁸³Règles de pratique de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, DORS/89-103, art. 17.

¹⁸⁴L.C. 1992, c. 49. L'ancienne Commission de réforme du droit avait recommandé de modifier la *Loi sur l'immigration* afin de permettre à la Section du statut de rendre des décisions positives sans audition. CANADA, COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *The Determination of Refugee Status in Canada: A Review of the Procedure*, Ottawa, Commission de réforme du droit (draft final report), 1992, aux pages 63 et 69.

2.2.1.2 Les instructions régissant les communications hors de la salle d'audience

Les *Instructions régissant les communications hors de la salle d'audience* ont vu le jour en raison d'une difficulté liée à la portée du pouvoir d'enquête, conféré aux membres, dans le contexte d'une procédure inquisitoire. Cette précision est importante car les membres des tribunaux administratifs possèdent des pouvoirs d'enquête —ils sont nécessaires à l'exécution de leur mandat de quasi-juges— mais le modèle dominant est celui où deux parties s'affrontent. Dans un système contradictoire, le décideur est plus passif : il entend les arguments des deux parties et tranche. Cette relative passivité du décideur est vue comme un élément essentiel à l'impartialité du processus. En revanche, la demande du statut de réfugié n'est pas un *lis inter partes*. Un individu demande à l'État de lui reconnaître le statut de réfugié. La tâche des membres est d'en déterminer le bien-fondé sur la base des faits présentés par le demandeur de statut de réfugié.

En vertu de leur pouvoir d'enquête, les membres de la SSR peuvent interroger l'intéressé durant l'audience, mais il leur est difficile de s'engager dans une enquête avant l'audition sans soulever une crainte raisonnable de partialité chez ce dernier. C'est pour cette raison que le poste d'ACR a été créé. Lors d'une audience devant la SSR, les deux membres sont assistés d'un ACR qui a pour fonction de faire toute la lumière sur le cas présenté devant les membres, ce qui implique la vérification des faits allégués par le demandeur avant l'audience lorsqu'un doute subsiste quant à leur véracité. Il existe des contextes particuliers où la preuve par oui-dire est pratiquement incontournable pour établir des faits. La demande du statut de réfugié en est un exemple. Les événements menant une personne à demander la protection d'un autre État que celui de sa résidence se produisent à l'extérieur du Canada et il est souvent impossible de faire venir des témoins capables de corroborer ou de contredire le récit du demandeur relatif à sa crainte de persécution.

Cette preuve est donc difficile à faire par des moyens directs (outre le témoignage du demandeur), mais il reste qu'au terme de l'audition, les décideurs doivent connaître tous les faits pertinents pour être en mesure de rendre une décision éclairée.

Comme la portée et les limites du pouvoir d'enquête des ACR avant l'audience n'avaient pas été précisées, diverses pratiques ont pris naissance dans les régions. L'une d'entre elles a fait scandale durant l'été 1992 et a durement entaché la réputation du tribunal : les médias informèrent le public de la création d'une sous-unité d'ACR chargés de la collecte de renseignements sur les demandeurs. Ces renseignements étaient communiqués aux membres à l'insu des intéressés, ce qui posait de graves problèmes relatifs au respect du principe *audi alteram partem*. À la suite de ces événements, le président a mandaté le professeur James Hathaway pour revoir ces pratiques informelles d'enquête et émettre un avis et des recommandations à leur sujet¹⁸⁵. Après le dépôt du rapport du professeur Hathaway, le président a approuvé deux séries d'instructions. Ces règles sont contraignantes pour les membres et les ACR. D'ailleurs, l'usage du mot «instructions» est révélateur. Comme le souligne Mockle, le mot instructions est issu «du latin "instructio" [et] le sens moderne de l'instruction est resté pour l'essentiel le même, notamment en ce qui concerne le fait d'instruire des tiers en leur prescrivant une conduite à observer.»¹⁸⁶

Les premières instructions sont intitulées *Instructions régissant les communications à l'extérieur de la salle d'audience entre les commissaires de la SSR et les agents chargés de la revendication et entre les commissaires de la section du*

¹⁸⁵James C. HATHAWAY, *Vers le rétablissement de la confiance: rapport de l'Examen de la justice fondamentale dans l'obtention et la dissémination de l'information à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié*, Toronto, Université York, 1993, 103 p.

¹⁸⁶Daniel MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, L.D.G.J., 1984, p. 53.

*statut de réfugié et d'autres employés de la commission*¹⁸⁷. On explique que les membres peuvent autoriser les communications entre eux et les ACR à l'extérieur de la salle d'audience et en l'absence des parties au sujet d'un cas qui n'est pas encore réglé. Seuls les faits peuvent faire l'objet de ces communications et non les opinions, car les ACR ne doivent pas tenter d'influencer «la liberté des décideurs de trancher selon leur conscience et leur opinions.»¹⁸⁸ Les membres ont la responsabilité de contrôler ces communications et d'en divulguer la teneur aux demandeurs. Les membres doivent également donner la possibilité aux demandeurs de présenter leurs observations sur les faits échangés lors de ces communications.

La deuxième série d'instructions est intitulée *Instructions concernant l'obtention et la divulgation de renseignements lors de procédures devant la Section du statut de réfugié*¹⁸⁹. Par ces instructions, le président autorise la collecte de trois catégories de renseignements et établit la procédure qui doit être suivie pour chacune d'elles. Seule la procédure à suivre pour la collecte de «renseignements précis» sera décrite¹⁹⁰.

¹⁸⁷CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Instructions régissant les communications à l'extérieur de la salle d'audience entre les commissaires de la Section du statut de réfugié et les agents chargés de la revendication et entre les commissaires de la section du statut de réfugié et d'autres employés de la commission*, Ottawa, CISR, janv. 1996, 6 pages.

¹⁸⁸*Commission des affaires sociales c. Tremblay*, [1992] 1 R.C.S. 952, 960 (j. Gonthier); *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd. c. Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique*, [1990] 1 R.C.S. 282, 332-333 (j. Gonthier).

¹⁸⁹CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Instructions concernant l'obtention et la divulgation de renseignements lors de procédures devant la Section du statut de réfugié*, Ottawa, CISR, fév. 1996, 14 p.

¹⁹⁰Les deux autres catégories de renseignements sont les renseignements généraux et ministériels. Les renseignements généraux sont tous les renseignements qui peuvent être obtenus sans identifier le demandeur. Ces renseignements sont normalement recueillis par la Direction générale de l'information, de la recherche et de la documentation. Ils consistent en des dossiers compilant des renseignements provenant de sources publiques sur la situation qui règne à l'intérieur du pays du demandeur et, en particulier, sur le respect des droits de la personne. Sur ces renseignements généraux, voir France HOULE, «The Credibility and

L'obtention de «renseignements précis» sert à vérifier la crédibilité des renseignements divulgués par le demandeur au sujet des événements particuliers l'ayant mené à revendiquer le statut de réfugié. La procédure pour la collecte et la communication de ces renseignements édictée dans ces instructions est la suivante. L'ACR détermine s'il est nécessaire d'obtenir des renseignements. Le cas échéant, il présente une demande provisoire de recherche au président de la formation chargée d'entendre la demande. Une copie de cette demande provisoire de recherche est envoyée au demandeur qui est invité à faire ses observations. Ce dernier peut s'objecter à la collecte des renseignements s'il y a risque de mettre en danger sa vie, sa liberté ou sa sécurité ou celle de toute autre personne. Dans ce cas, le président n'autorisera pas la recherche à moins que le demandeur et l'ACR se soient entendus sur d'autres moyens d'obtenir les renseignements. Si l'intéressé ne s'objecte pas à la recherche, le président signera le formulaire.

Une fois l'approbation obtenue, l'ACR transmet la directive à un agent de la Direction générale de l'information, de la recherche et de la documentation (DGIRD) de la CISR. Ce Centre de documentation possède un certain degré d'indépendance par rapport au tribunal¹⁹¹. Lorsque l'agent du Centre a complété la recherche, les renseignements sont versés au dossier et l'ACR en remet une copie au demandeur, qui peut alors produire ses observations écrites. Ces règles élémentaires de *fair play* sont obligatoires surtout dans le contexte d'un processus décisionnel de nature quasi

Authoritativeness of Documentary Information in Determining Refugee Status: The Canadian Experience», (1994) 6 *Int. J. Ref. Law* 6. Les renseignements ministériels sont ceux recueillis par des agents du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration dans l'exercice de leurs fonctions incluant, entre autres, les copies des pièces d'identité et de documents de voyage, les questionnaires et les rapports des agents d'immigration, etc. Cette catégorie inclue aussi les résultats des vérifications faites par la G.R.C. sur l'identité et les antécédents criminels du demandeur. Depuis les débuts de la CISR ces deux catégories de renseignements sont déposés en preuve selon la procédure habituelle ou transmis de façon routinière par le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration à la Commission qui les divulguent au demandeur. Ce dernier est également invité à formuler des observations écrites qui sont versées au dossier.

¹⁹¹Voir F. HOULE, *loc. cit.*, note 190, 24.

judiciaire¹⁹². Ces instructions sont particulièrement importantes, car les faits trouvés suite à ces recherches sont des oui-dire de deuxième et de troisième main. Même si les tribunaux administratifs ne sont pas liés par les règles techniques de présentation de la preuve utilisées devant les cours de justice, les décideurs adoptent une attitude circonspecte devant une preuve par oui-dire, car ce n'est ni une preuve assermentée, ni la meilleure preuve. Toutefois, le oui-dire n'est pas dépourvu de toute valeur probante et il est admissible devant les tribunaux administratifs, mais à deux conditions : si le moyen de preuve offre des garanties raisonnables de fiabilité et si toutes les parties ont la possibilité de le contredire ou de le corriger¹⁹³.

Dans un processus contradictoire, la recherche des faits corroborant ou contredisant la version du demandeur est faite par la partie adverse. Les membres d'un tribunal ne contrôlent pas cette étape préparatoire en vue de l'audience. Lorsque le modèle inquisitoire est utilisé, c'est le décideur qui doit préparer la cause pour l'audience. Par ses instructions, le président de la CISR structure cette étape préparatoire en vue de l'audience afin qu'elle se déroule conformément à la loi¹⁹⁴.

¹⁹²*Kane c. Université de la Colombie-Britannique (Conseil d'administration)*, [1980] 1 R.C.S. 1105, 1115 où le juge Dickson, pour la majorité, introduisit le test de la crainte raisonnable d'inéquité.

¹⁹³Ce principe a été reconnu dans plusieurs décisions de cours de justice : *R. c. Deputy Industrial Injuries Commissioner, ex parte Moore*, [1965] 1 Q.B. 456 (C.A.); *Kavanagh c. Chief Constable of Devon*, [1974] 1 Q.B. 624, 633 (C.A.) (Lord Denning); *Dunluce Steak House & Pizza Ltd. c. Alberta (Liquor Control Board)*, (1992) 7 Admin. L.R. (2d) 31 (Alta. Q.B.); *Canada c. Mills*, (1985) 60 N.R. 4 (C.A.F.); *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario*, (1992) 94 D.L.R. (4e éd.) 193 (Ont. C.A.). Le oui-dire est maintenant admissible devant les tribunaux judiciaires, mais dans la mesure où la preuve est non seulement fiable, mais nécessaire: *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *Éthier c. Canada (Commission de la G.R.C.)*, [1993] 2 C.F. 659 (C.A.F.). Yves OUELLETTE, *Les tribunaux administratifs au Canada*, Montréal, Éd. Thémis, 1997, p. 303; D. J. MULLAN, *op. cit.*, note 181, § 163.

¹⁹⁴Ce qui est une pratique peu fréquente chez les tribunaux administratifs en raison du fait que c'est normalement le modèle contradictoire qui est utilisé. Cependant, dans un ouvrage général sur les commissions d'enquête on fait état de l'absence de règles formelles réglant la

En observant ces règles, les membres exécutent l'objectif de la loi de statuer sur les demandes de statut de réfugié dans le respect des règles de la justice naturelle. La règle *audi alteram partem* est respectée en ce que les instructions obligent le tribunal à divulguer tous les faits pertinents à l'administré avant l'audience¹⁹⁵ à la manière d'une conférence préparatoire¹⁹⁶. Ce ne sont pas tous les tribunaux administratifs qui ont l'obligation de divulguer tous les faits avant l'audience, mais tel est le cas pour la SSR. Le demandeur a la possibilité de formuler des observations à l'égard de tous les renseignements obtenus lors de l'enquête et même de s'objecter à toute recherche présentant une possibilité sérieuse de mettre en danger la vie, la liberté ou la sécurité de toute personne y compris le demandeur¹⁹⁷. Ce dernier peut ainsi se préparer adéquatement pour l'audience en connaissant les faiblesses de sa preuve. De même, le principe *nemo iudex in sua causa debet esse* est respecté. En effet, ce ne sont ni les commissaires, ni les ACR qui effectuent les recherches, mais le personnel de la DGIRD. Les fonctionnaires de la

procédure pour recueillir la preuve. Leonard A. HELLET, *Royal Commissions and Boards of Inquiry*, Sydney, The Law Book Company Ltd., 1982, à la p. 149.

¹⁹⁵La SSR a l'obligation de divulguer tous les faits avant l'audience : *Nrecaj c. Canada (Ministère de l'emploi et de l'immigration)*, (1993) 14 Admin. L.R. (2e éd.) 161 (C.F. div. 1^{ère} inst.). Le juge arrive à cette conclusion en appliquant, par analogie, l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

¹⁹⁶La conférence préparatoire est prévue dans les *Règles de la Section du statut de réfugié*, DORS/93-45, art. 18(1). Durant l'entrevue avec le conseiller spécial auprès du vice-président, note 179, la question a été soulevée à savoir s'il n'était pas préférable que le président émette des règles de pratique et de procédure en vertu de l'art. 65(1) de la Loi plutôt que procéder par Instructions, mais la CISR a rejeté cette option en invoquant plusieurs arguments. 1. Le président estime que les instructions sont trop détaillées pour faire l'objet de règles de pratique et de procédure. 2. L'élaboration de règles de pratique et de procédure est trop longue: elle peut prendre jusqu'à deux ans. Cet argument a peu de poids, car entre le dépôt du rapport Hathaway (fin '93) et l'annonce des Instructions (début '96), deux ans se sont écoulés. Il est utile de signaler que les Instructions ont été émises en suivant la même procédure de consultation que celles prévues pour les règles de pratique à l'art. 65(1) 3. Le président désirait conserver une certaine flexibilité de manière à pouvoir modifier les Instructions au besoin. Cet argument est déterminant puisque la CISR fait figure de pionnière en utilisant le modèle inquisitoire dans le cadre d'une procédure quasi judiciaire.

¹⁹⁷Voir l'affaire *Singh c. (Canada) Ministère de l'emploi et de l'immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 (j. Wilson).

DGIRD sont qualifiés pour faire ce type de recherche et les méthodes qu'ils utilisent sont suffisantes pour garantir la fiabilité des résultats¹⁹⁸.

Les membres de la SSR sont investis des pouvoirs d'enquête des commissaires nommés sous la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*¹⁹⁹, et «sans limiter la généralité de ce qui précède», les membres possèdent une marge de manœuvre en matière de procédure en ce qu'ils peuvent faire toute chose nécessaire pour assurer une instruction approfondie de l'affaire²⁰⁰. En vertu de l'article 67(2)c), ils peuvent notamment recueillir la preuve au Canada par commission rogatoire (dans la version anglaise, on précise par commission et par requête). La portée de cette disposition législative est plus claire dans la *Loi sur les enquêtes* qui fait expressément référence à l'utilisation de «quelque autre forme de délégation [à un] fonctionnaire désigné par celle-ci, ou toute autre personne expressément nommée» pour recueillir la preuve²⁰¹. Cette procédure permet aux membres de contrôler les enquêtes et de déléguer leur compétence de manière plus formelle²⁰².

Les *Instructions régissant les communications hors de la salle d'audience* entrent dans la catégorie des règles de procédure et elles remédient à une difficulté liée à l'indétermination de la *Loi sur l'immigration* relative au

¹⁹⁸F. HOULE, *loc. cit.*, note 190, 24.

¹⁹⁹*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11.

²⁰⁰*Loi sur l'immigration*, précitée, note 158, art. 67(2)d)

²⁰¹*Loi sur les enquêtes*, précitée, note 199, art. 9(1). L'art. 9(1) est dans la Partie II de la *Loi sur les enquêtes*, mais c'est la seule disposition dans cette loi qui réfère aux commissions rogatoires. Voir aussi P. GARANT, *op. cit.*, note 155, p. 535.

²⁰²Puisque les pouvoirs d'enquête sont conférés aux commissaires, ce sont eux qui doivent contrôler l'enquête et, en conséquence, autoriser les membres du personnel à entreprendre toute tâche pertinente à leur mandat. Sur les commissions d'enquête en général, voir le numéro spécial de 1990 du *Dalhousie Law Journal*. Voir en particulier l'article de John SOPINKA, «The Role of Commission Counsel», (1990) 12 *Dal. L. J.* 75 qui discute brièvement du pouvoir des commissaires de diriger le travail de leur conseiller juridique.

déroulement des enquêtes pré-audiences tenues par la SSR dans le cadre du processus de revendication du statut de réfugié. Bien que les normes fixant les paramètres du pouvoir d'enquêter *durant* l'audience soient établies dans la loi, tel n'est pas le cas pour celles s'appliquant lors des enquêtes pré-audiences. Ces instructions exposent comment la cueillette de renseignements doit s'effectuer avant l'audience. Elles ont été émises afin de régler un problème administratif qui avait des conséquences négatives sur l'obligation de la SSR de respecter les principes de la justice naturelle. Sur le plan de la validité de ces règles à l'égard des administrés, ce fondement est adéquat puisque les dispositions législatives pertinentes à la SSR n'excluent pas ces principes. À l'égard des ACR, les instructions représentent également un exercice valide de compétence puisque la loi édicte que les membres de la SSR peuvent déléguer leur pouvoir d'enquêter à des fonctionnaires afin de recueillir des faits pertinents au cas soumis au tribunal [article 67(2)c)]. À l'égard des membres de la SSR, le président peut invoquer son pouvoir exprès de donner des directives [article 65(3)].

2.2.1.3. La directive sur les revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe

Le manque d'uniformité dans l'interprétation des dispositions législatives appliquées par un tribunal administratif n'est pas propre à la SSR. L'incohérence décisionnelle provient de l'application du principe selon lequel les tribunaux administratifs ne sont pas liés par leurs propres décisions. Elles ont, tout au plus, une valeur persuasive. Les jugements issus des cours à la suite d'un contrôle de légalité des décisions administratives est, bien souvent, le seul outil permettant d'ordonner le droit administratif. Et, en raison du nombre somme toute restreint de décisions administratives révisées par les cours, le contrôle judiciaire est un moyen très limité pour parvenir à la

cohérence décisionnelle²⁰³. Pour résoudre le problème d'incohérence décisionnelle, perçu à la fois comme un facteur amenuisant la crédibilité du tribunal, mais aussi comme une source d'iniquité chez les administrés²⁰⁴, le président de la CISR utilise les directives. La première version de la directive sur les «Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe»²⁰⁵ a été émise en 1993. À la suite de la décision *Canada (Procureur général) c. Ward*²⁰⁶ de la Cour suprême, elles ont fait l'objet d'une mise à jour en 1996.

²⁰³Lorsqu'il s'agit de régler des conflits jurisprudentiels la révision judiciaire offre des remèdes particulièrement limités. En effet, le conflit jurisprudentiel est qualifié d'erreur intrajurisdictionnelle: *Domtar c. Québec (CALP)*, [1993] 2 R.C.S. 756. La Cour suprême distingue le conflit jurisprudentiel qui est une erreur intrajurisdictionnelle du conflit opérationnel qui est une erreur juridictionnelle pour laquelle la retenue judiciaire ne s'applique pas: *B.C. Téléphone c. Shaw Cable System*, [1995] 2 R.C.S. 739, 770. Un conflit opérationnel survient lorsqu'en présence «de deux décisions de deux tribunaux administratifs différents le respect de l'une emporte violation de l'autre.» : P. GARANT, *op. cit.*, note 155, p. 191.

²⁰⁴«...la mise en œuvre de directives favorisera l'uniformité dans la prise de décisions ainsi que dans l'établissement de la jurisprudence, ce qui reflètera l'équité du processus de détermination du statut de réfugié». CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Modalités pour élaborer des directives - par. 65(3) et (4) de la Loi sur l'immigration, note de service*, Ottawa, CISR, 9 mars 1993, p. 2. Dans l'arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, précité, note 188, 328, le juge Gonthier émet l'opinion que cet objectif est justifié dans le contexte des relations de travail. Voir aussi *Tremblay c. Québec (CAS)*, précité, note 188, 971, où le juge Gonthier dit: «Nous avons vu que la justification de l'institutionnalisation des décisions réside principalement dans l'impératif de cohérence des décisions rendues par les tribunaux administratifs. Que ceux-ci rendent des décisions à haut coefficient politique ou non, ces décisions doivent être compatibles par souci de justice»

²⁰⁵CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutée en raison de leur sexe*, Ottawa, CISR, 9 mars 1993, modifiée le 25 novembre 1996. Il existe deux autres directives: CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Civils non combattants qui craignent d'être persécutés dans des situations de guerre civile*, Ottawa, CISR, 7 mars 1996, 35 p. et CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié*, Ottawa, CISR, 30 sept. 1996, 19 p.. Cette dernière directive porte plutôt sur les questions de preuve et de procédure soulevées lors de l'audition d'une demande de statut faite par un enfant et non sur l'interprétation de la définition.

²⁰⁶[1993] 2 R.C.S. 689.

Avant que cette directive ne soit émise, les membres de la Commission ne s'entendaient pas sur l'interprétation qu'il fallait donner à la définition du statut de réfugié lorsqu'il s'agissait de traiter les cas de femmes qui alléguaient avoir été persécutées en raison de leur sexe. Le sexe n'est pas mentionné comme motif distinct d'une crainte de persécution dans la définition du réfugié, laquelle tire son origine de la *Convention de 1951 relative au statut de réfugiés*²⁰⁷.

Les membres du tribunal se demandaient si l'expression «groupe social» pouvait être défini en tenant compte du sexe. Sur ce point, la première version de cette directive faisait référence à l'analyse qui avait été faite dans un *Exposé de position privilégiée* portant sur cette question²⁰⁸. Dans cet *Exposé*, les conseillers juridiques de la CISR s'étaient livrés à un véritable travail d'interprétation pour conclure, tout comme le fera la Cour suprême dans *Ward*, que le sexe peut être interprété comme une caractéristique innée définissant un groupe social²⁰⁹. Cette précision étant apportée, la deuxième version de cette directive ne déroge pas au droit fixé par la jurisprudence de la Cour suprême. Le lien entre le sexe et le groupe social est accepté comme une interprétation juridique valide.

Une autre question qui a été soulevée devant les membres était de savoir si les traitements violents auxquels les femmes étaient soumises constituaient une forme de persécution. Sauf en ce qui a trait à la stérilisation

²⁰⁷189 R.T.N.U. 137.

²⁰⁸Avant 1992, la CISR émettait des documents dont le contenu était similaire aux directives, mais qui étaient intitulés «Exposés de position privilégiée». Les sujets abordés furent l'interprétation des expressions suivantes contenues dans la définition: «appartenance à un certain groupe social comme motif justifiant la crainte d'être persécuté», «discrimination comme motif justifiant la crainte d'être persécuté» et «poursuites comme motif justifiant la crainte d'être persécuté».

²⁰⁹*Ward c. Canada (Ministère de l'emploi et de l'immigration)*, [1993] 2 R.C.S. 689.

forcée²¹⁰, les cours de justice n'avaient pas eu l'occasion, au moment de l'énonciation de la directive, de se pencher sur d'autres types de traitement et de juger s'ils représentaient des formes de persécution. Pour aider les membres à prendre position sur la question, la directive indique le test qu'ils doivent appliquer : est-ce que la violence, vécue ou redoutée, constitue une grave violation d'un droit fondamental de la personne? Pour interpréter l'expression «grave violation d'un droit fondamental» on précise que les sources de base sont les instruments internationaux²¹¹. Ainsi conçu, le cadre d'analyse laisse peu d'autonomie décisionnelle aux décideurs. Le président énonce clairement «que certains traitements tels que l'infanticide, la mutilation génitale, le viol, l'immolation des épouses par le feu, le mariage imposé, la violence familiale, l'avortement forcé constituent des formes de persécution»²¹².

Cette directive est une «tentative pour développer le droit» car il y «avait un travail à faire au niveau de l'interprétation.» On voulait «uniformiser le droit et offrir une approche cohérente plutôt que laisser les écoles de pensée se concurrencer»²¹³. L'argument de la cohérence décisionnelle mérite que l'on s'y attarde. Bien que la Cour suprême estime qu'un organisme devrait favoriser la «cohérence des décisions rendues en

²¹⁰*Cheung c. Canada (Ministère de l'emploi et de l'immigration)*, (1993) 19 *Imm. L.R.* (2d) 81 (C.F. A.).

²¹¹«Les normes sociales, culturelles, traditionnelles et religieuses de même que les lois qui touchent les femmes et qui sont établies par le pays d'origine de la revendicatrice devraient être évaluées d'après les instruments sur les droits de la personne qui permettent de déterminer les normes internationales relatives à la reconnaissance des besoins des femmes en matière de protection. En conséquence, pour déterminer si une conduite donnée de l'agent de persécution envers les femmes est admissible, il y a lieu de s'en remettre à des instruments internationaux ...» *Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutée en raison de leur sexe*, précitée, note 205, p. 7.

²¹²Entrevue avec le conseiller spécial auprès du vice-président, précitée, note 179.

²¹³*Id.*

matière administrative»²¹⁴, dans la mesure où les décideurs sont libres de décider selon leur conscience²¹⁵, il faut distinguer la situation devant la Cour suprême, de celle ayant donné lieu à la directive. En effet, les arrêts de la Cour suprême sont relatifs au problème de cohérence décisionnelle *interne* d'un tribunal administratif²¹⁶. La directive implique plus qu'un problème de cohérence décisionnelle à l'intérieur de l'organisme, elle résout aussi un problème de compatibilité de la structure normative de la CISR avec l'ordre constitutionnel. Cette directive impose une réforme importante dans le champ de la protection des réfugiées, réforme introduisant une plus grande protection des droits fondamentaux des femmes. En faisant la promotion d'une interprétation de la notion de persécution qui tient compte des circonstances particulières qui poussent les femmes à demander protection à un État étranger, la SSR adopte une interprétation conforme aux articles 7 (le droit à la sécurité²¹⁷) et 15 de la *Charte*. Par la création de la directive, le président évite la contestation judiciaire de la constitutionnalité des décisions de la SSR. Ainsi, non seulement le président peut imposer des interprétations aux membres sans porter atteinte à l'impartialité des membres de la SSR, mais elle doit le faire afin de remplir ses obligations constitutionnelles. «Il faut se

²¹⁴Dans l'arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, précité, note 188, 328 où le juge Gonthier émet l'opinion que cet objectif est justifié dans le contexte des relations de travail.

²¹⁵*Id.*; Patrick ROBARDET, «Chronique de jurisprudence. 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*», (1990) 35 *R.D. McGill* 957.

²¹⁶*Tremblay c. Québec (CAS)*, précité, note 188, 971, où le juge Gonthier dit : «Nous avons vu que la justification de l'institutionnalisation des décisions réside principalement dans l'impératif de cohérence des décisions rendues par les tribunaux administratifs. Que ceux-ci rendent des décisions à haut coefficient politique ou non, ces décisions doivent être compatibles par souci de justice»; Jean-François LONGTIN, «Les décisions prises par les tribunaux administratifs : l'énoncé de politiques de cohérence par des organismes exerçant des fonctions quasi-judiciaire», dans FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit administratif*, Cowansville, Yvon Blais, 1990, p. 197-223.

²¹⁷*Singh c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité, note 197.

rappeler que dans le cas où il y a deux interprétations possibles d'une disposition législative, l'une incorporant les valeurs de la *Charte* et l'autre non, il convient d'adopter la première.»²¹⁸

La directive crée des règles comparables aux précédents établis par les cours de justice. Les membres ne peuvent y déroger à moins de pouvoir faire du «distinguishing». Dans une note de service intitulée «Modalités pour élaborer des directives —par. 65(3) et (4) de la Loi sur l'immigration», le président explique aux membres le caractère obligatoire des directives :

«On s'attend a (sic) ce que les commissaires de la section du statut, de la section d'appel et de la section d'arbitrage se conforment aux directives à moins qu'il n'existe des raisons impérieuses ou exceptionnelles pour s'en écarter et adopter une analyse différente. Les particuliers sont en droit de s'attendre à ce que les directives soient suivies à moins qu'il n'existe des raisons impérieuses ou exceptionnelles de s'en écarter. Parallèlement, les directives ne sont pas obligatoires parce que les commissaires et les arbitres peuvent exercer le pouvoir discrétionnaire d'adopter une approche différente lorsque cela est justifié, pourvu que la raison pour laquelle ils s'écartent des directives soit justifiée dans leurs motifs de décision.»²¹⁹

Lorsque la compétence d'un décideur s'étend à l'application de règles de droit, comme dans le cas de la SSR, cette compétence comprend

²¹⁸*R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 139, 660; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chung*, (1993) 149 N.R. 386 (C.F.A.)

²¹⁹CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Modalités pour élaborer des directives - par. 65(3) et (4) de la Loi sur l'immigration, note de service*, précitée, note 204, aux pages 5-6.

l'interprétation de ces règles²²⁰. Cette tâche appartient exclusivement aux membres qui doivent conférer une signification raisonnable aux dispositions législatives²²¹. Par l'ajout de l'article 65(3) à la *Loi sur l'immigration* (en 1992), le législateur a expressément attribué au président la compétence d'élaborer des directives pour «assister» les membres dans l'accomplissement de leur travail. Bien que le président invoque cette autorisation expresse comme fondement juridique de la directive, cette disposition sert surtout de rempart contre les allégations d'entrave à la liberté des décideurs²²².

Quant aux contrôles du respect de la directive, il existe deux mécanismes internes de suivi des décisions impliquant des demandes de statut portant sur le sexe. D'une part, les membres doivent soumettre des

²²⁰*R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 139.

²²¹*Loi sur l'immigration*, précitée, note 158, art. 67(1); *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, 729 (j. en chef Lamer).

²²²Voir les arrêts *Tremblay* et *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, précités, note 188. Pour une discussion générale sur les pouvoirs d'instruction et de direction des présidents de tribunaux administratifs : Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 193, p. 236 et suiv.

rapports dans lesquels ils indiquent si certains de leurs dossiers portent sur des cas donnant ouverture à la directive. Le cas échéant, ils doivent indiquer si elle a été suivie et, dans le cas contraire, en exposer les motifs. D'autre part, les services juridiques de la Commission sont en mesure d'identifier les cas donnant ouverture à l'application de la directive : soit lorsqu'ils révisent les motifs des décisions des commissaires²²³ ou lorsqu'ils font un tri des décisions rendues pour les fins de publication. Les conseillers peuvent identifier celles où les membres auraient dû tenir compte de la directive, vérifier si elle a été suivie et rendre compte de tout manquement au président. Comme dans le cas des deux règles précédentes, le pouvoir de recommander le renouvellement du mandat est une réalité présente à l'esprit des membres et puisque le président «accorde une importance particulière»²²⁴ à cette directive, un membre serait mal avisé de ne pas s'y conformer. De plus, au niveau du contrôle par les juges, il faut préciser qu'une revendicatrice ne peut pas contester une décision pour le seul motif que la directive n'a pas été appliquée par les commissaires, mais elle peut l'invoquer pour appuyer l'argument que les membres ont erré en interprétant l'article 2 de la loi²²⁵.

La *Directive sur les revendicatrices du statut de réfugié sur la base de leur sexe* a servi à remédier à une difficulté de nature politique et administrative, soit la cohérence décisionnelle du tribunal. Par la directive, le président de la CISR précise la portée de l'un des motifs de persécution prévue à l'article 2 de la *Loi sur l'immigration*. Le motif de l'«appartenance à un groupe social» inclut le sexe. Cette précision était nécessaire, car le problème d'incohérence

²²³La révision des motifs par les conseillers juridiques de la CISR ne viole pas les principes de justice naturelle, notamment l'impartialité des décideurs : *Bovbel c. Canada (ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, (1994) 113 D.L.R. (4th) 415 (C.F.A.).

²²⁴Entrevue avec le conseiller spécial auprès du vice-président, précitée, note 179.

²²⁵*Narvaez c. Canada (ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, 28 Imm. L.R. (2d) 170, 175; *Fouchong c. Canada (ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, 26 Imm. L.R. (2d) 200, 202-203.

décisionnelle avait des répercussions juridiques puisqu'il y avait violation des libertés fondamentales des femmes réfugiées. Ainsi, la directive pallie des difficultés d'inadéquation entre les décisions de la CISR et les garanties constitutionnelles en matière de droit et de libertés. Sur le plan de la validité, la directive s'intègre au cadre normatif de la CISR. En effet, la CISR est expressément habilitée à interpréter le droit [article 67 (1)] et le président a le pouvoir d'assister les membres du tribunal dans l'exécution de leur fonction par l'établissement de directives [article 65(3)].

2.2.2 Le Bureau de la politique de concurrence

Doté d'un budget provenant d'un crédit voté par le Parlement, le directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la politique de concurrence est chargé de l'application de la *Loi sur la concurrence*²²⁶. Nommé par le gouverneur en conseil, il a rang de sous-ministre et il est le chef du Bureau de la politique de concurrence. Le directeur n'a pas le pouvoir de nommer les sous-directeurs et le personnel nécessaire pour les activités quotidiennes du Bureau. Ces nominations relèvent du gouverneur en conseil pour les premiers et de la Commission de la fonction publique pour les seconds²²⁷. Le Bureau n'a pas d'existence législative autonome. La loi ne fait référence qu'à la

²²⁶*Loi sur la concurrence*, L.R. (1985), ch. C-34 et mod, art. 26(2). Cette loi, adoptée en juin 1986, représente une refonte en profondeur de la *Loi relative aux enquêtes et aux coalitions* pour la rendre conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les dispositions législatives régissant le rôle, les fonctions et les pouvoirs du directeur se trouvent aux articles 7 à 30 de la *Loi sur la concurrence*.

²²⁷*Id.*, art. 8 et 25 respectivement.

personne du directeur des enquêtes et recherches²²⁸. Il ne s'agit donc pas d'un organisme autonome, mais d'une autorité administrative indépendante²²⁹.

Le mandat du directeur est très limité et réside essentiellement dans le pouvoir d'instituer des enquêtes de son propre chef ou sur réception de toute plainte déposée conformément à la loi²³⁰. Il peut recueillir des faits pour examiner si la conduite sous enquête constitue une violation des dispositions législatives²³¹. Le directeur n'a pas les pouvoirs d'un commissaire en vertu de la *Loi sur les enquêtes*. Il ne peut pas forcer une personne à se présenter pour un interrogatoire, exiger la production de documents ou de déclarations écrites et effectuer des perquisitions sans obtenir la permission d'un juge²³². Une fois qu'il a obtenu l'autorisation judiciaire, il exerce le pouvoir qui lui a été accordé conformément aux règles de pratique et de procédure établies par le gouverneur en conseil²³³.

Aux termes de l'enquête, lorsque le directeur «a des motifs raisonnables de croire que la loi n'a pas été respectée»²³⁴, il réfère le dossier au procureur général qui décide s'il y a lieu d'intenter des poursuites²³⁵. Dans le

²²⁸*Id.*, art. 7.

²²⁹Il aurait été intéressant que le juge Iacobucci se penche sur la qualification de cette «entité» administrative en rendant son jugement pour la Cour dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

²³⁰*Loi sur la concurrence*, précitée, note 226, art. 10.

²³¹Aux fins de cette recherche il peut engager des experts: *id.*, art. 26. Quant à l'autorité des experts d'exercer les pouvoirs du directeur, voir art. 27.

²³²*Id.*, art. 11 à 21.

²³³*Id.*, art. 24.

²³⁴Entrevue téléphonique du 25 juillet 1997 avec la Direction des pratiques commerciales, Bureau de la politique de concurrence. La Direction ne désire pas que le nom et le titre de la personne interviewée soit dévoilé.

²³⁵*Loi sur la concurrence*, précitée, note 226, art. 23.

cas contraire, il peut discontinuer l'enquête et faire rapport au ministre afin de lui divulguer les renseignements qu'il a obtenus et le motif de cette discontinuation. Lorsque les circonstances le justifient, le Ministre peut réviser la décision du directeur et lui ordonner de poursuivre l'enquête²³⁶.

La *Loi sur la concurrence* s'applique à presque toutes les sociétés commerciales canadiennes constituées sous une loi provinciale ou fédérale²³⁷. Elle instaure un système de surveillance pour certaines activités telles que les fusionnements, l'abus de position dominante et la vente par voie de consignation²³⁸. D'autres conduites sont prohibées parce qu'elles sont jugées anticoncurrentielles en soi. Ce sont le complot, le truquage des offres et les pratiques commerciales déloyales. Ces actes sont de nature criminelle et peuvent faire l'objet d'une poursuite par la voie de mise en accusation²³⁹. Lorsqu'une compagnie est trouvée coupable d'une de ces infractions, la cour peut infliger une amende ou une peine d'emprisonnement (ou les deux).

Mon étude sera centrée sur les pratiques commerciales déloyales, notamment la publicité trompeuse, car c'est dans ce secteur d'activités qu'un

²³⁶*Id.*, art. 22.

²³⁷Sont exclues les compagnies sans but lucratif et les entreprises publiques à moins qu'elles fassent concurrence à l'industrie privée.

²³⁸Ces cas sont sujets à un examen par le Tribunal de la concurrence suite à une demande dans ce sens par le directeur. *Loi sur la concurrence*, précitée, note 226, art. 75 et ss.

²³⁹Le gouvernement fédéral a légiféré en matière de concurrence en s'appuyant sur sa compétence en matière criminelle (art. 91.27), car le pouvoir de réglementer le commerce (art. 91.2) est interprété de manière restrictive: *The Citizens' Insurance Co. of Canada c. Parsons*, (1881-1882) 7 App. Cas. 96 (C.P.); François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.L., 1982, ch. 8. Dans l'affaire *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd. et al.*, [1977] 2 R.C.S. 134, le juge Laskin (alors juge en chef) a précisé que la compétence sur la réglementation du commerce ne saurait justifier des procédures purement civiles pour contrer les pratiques commerciales déloyales.

développement intéressant du droit de la concurrence s'est produit par le moyen d'une règle administrative : le *Programme de conformité*²⁴⁰.

Une publicité est déloyale lorsque, sur un point important, une entreprise donne des indications fausses ou trompeuses quant au prix, au rendement, à la durabilité ou aux garanties offertes²⁴¹. Puisque ces infractions sont de nature criminelle, le directeur doit être d'avis, au terme de son enquête et avant de référer un cas au procureur général, qu'il est possible de faire la preuve de la violation de la loi hors de tout doute raisonnable. Ce lourd fardeau de preuve implique des enquêtes longues, complexes et coûteuses. De plus, même en reconnaissant l'effet dissuasif des sanctions à caractère pénal, ces mesures «ne corrigent pas nécessairement le déséquilibre dans le marché»²⁴².

Vers la fin des années '80, le Comité permanent de la consommation et des corporations de la Chambre des Communes a été mandaté pour analyser les dispositions relatives à la publicité trompeuse. Plusieurs témoins ont soulevé des doutes sur l'adéquation entre les moyens utilisés dans la loi et ses objectifs. Les témoins ont demandé au Comité qu'un ensemble de mesures administratives de redressement soit mis en place. Ils ont fait valoir que ces mesures seraient mieux adaptées «aux besoins des consommateurs et des milieux d'affaires.»²⁴³ Dans son rapport final, le Comité a recommandé de

²⁴⁰G. N. ADDY, «The Bureau of Competition Policy's Compliance Approach», (1993) 38 *R. de D. McGill* 867.

²⁴¹*Loi sur la concurrence*, précitée, note 226, art. 52. Les dispositions de la loi visent aussi les concours publicitaires, le double étiquetage, la vente pyramidale, la vente au-dessus du prix annoncé et la vente à prix d'appel (la vente à prix d'appel signifie la vente d'un produit à prix réduit, sans être fourni en quantités raisonnables). Les dispositions législatives sur la publicité trompeuse sont énoncées aux articles 50 à 62.

²⁴²Entrevue avec la Direction des pratiques commerciales, précitée, note 234.

²⁴³CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, COMITÉ PERMANENT DE LA CONSOMMATION ET DES CORPORATIONS, *La publicité trompeuse*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 1988, p. 21.

modifier la *Loi sur la concurrence* afin d'autoriser le directeur à conclure «avec les publicitaires des ententes de consentement ou à leur faire promettre d'observer volontairement la loi [par le moyen des engagements], pour que cessent la publicité trompeuse et les pratiques commerciales dolosives.»²⁴⁴ Le Comité a également conseillé que les ententes deviennent une technique d'application courante de la loi et, qu'à ce titre, elles soient portées à la connaissance du public. Il propose que le directeur fasse état des engagements dans son *Bulletin de la publicité trompeuse* et dans son rapport annuel de manière à ce que le public puisse «exercer une certaine forme de surveillance quant à l'utilisation de cette procédure.»²⁴⁵

La *Loi sur la concurrence* n'a pas été modifiée, mais le directeur a retenu la suggestion du Comité. Au printemps 1988, il a mis sur pied le *Programme de conformité* afin d'encourager une plus grande soumission volontaire à la loi et pour réagir aux cas de non-conformité de façon plus efficace, sûre, rapide et à moindre frais²⁴⁶. Le directeur se donne ainsi la possibilité d'affecter les ressources en fonction des affaires les plus importantes²⁴⁷. Dans la pratique quotidienne du Bureau, seuls «les cas les plus litigieux, ceux qui servent à établir une jurisprudence, sont référés au procureur général.»²⁴⁸

Dans le document expliquant le *Programme de conformité*, il est fait référence à quatre instruments de règlement des affaires, mais l'instrument

²⁴⁴*Id.*, p. 29.

²⁴⁵*Id.*, p. 30.

²⁴⁶CANADA, CONSOMMATION ET AFFAIRES COMMERCIALES, DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES, *Programme de conformité*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1993, p. 1.

²⁴⁷*Id.*, p. 13.

²⁴⁸Entrevue téléphonique avec la Direction des pratiques commerciales, précitée, note 234.

original est l'engagement²⁴⁹. L'engagement est utilisé pour éviter de confier une affaire au Procureur général lorsque, de l'avis du directeur, cela n'est pas nécessaire²⁵⁰ et pour «rétablir avec plus de célérité l'équilibre dans le marché»²⁵¹. Le directeur est en mesure d'inciter les compagnies à demander un règlement «amiable» pour résoudre les cas de non-conformité en faisant miroiter la possibilité d'échapper aux poursuites criminelles.

²⁴⁹*Programme de conformité, op. cit.*, note 246, p. 11. Deux instruments sont prévus par la loi: les poursuites criminelles et l'ordonnance. Le troisième outil est la visite d'enquête qui sert à surveiller l'application d'une mesure corrective volontairement proposée par l'entreprise. Ce type de mesure est accepté seulement dans les cas où l'infraction a eu une faible incidence économique.

²⁵⁰*Id.* Cette pratique administrative a été développée aux États-Unis par l'agence Federal Trade and Commerce, qui ne l'utilise plus depuis la fin des années '70. Dans le rapport du Comité permanent de la consommation et des corporations, *La publicité trompeuse, op. cit.*, note 243, p. 30 on fait état de problèmes survenus à la FTC lorsqu'elle utilisait les engagements: «[...] il peut arriver que l'on oblige les publicitaires à promettre d'observer volontairement la loi dans des cas où cette mesure ne convient pas, simplement pour montrer que les efforts au niveau de l'application de la loi sont fructueux. Du reste, aux États-Unis, c'est principalement parce que la FTC avait tendance à gonfler de cette façon les statistiques relatives à l'application de la loi qu'elle a cessé d'utiliser cette mesure vers la fin des années 70 pour appliquer plutôt la procédure plus stricte de l'ordonnance de consentement.» Une autre raison ayant motivée la FTC à mettre un terme à la pratique des engagements est qu'elle craignait que les autorités réglementantes adoptent une attitude intimidante en forçant les publicitaires à observer volontairement la loi sous peine d'être poursuivis en justice.

²⁵¹Entrevue téléphonique avec la Direction des pratiques commerciales, précitée, note 234. À titre d'exemple d'une règle administrative protégeant l'accès au marché et dont la validité a été confirmée par la Cour supérieure : *Mead Johnson Canada, une division de Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Robillard*, [1995] R.J.Q. 1089. Les faits de cette affaire sont les suivants. La demanderesse produit et commercialise du lait pour nourrissons. Depuis 1986, les producteurs offrent gratuitement leurs produits aux centres hospitaliers, car il a été démontré que 80% des bébés continuent de consommer le même lait que celui qu'ils ont bu à l'hôpital. En septembre 1993, le sous-ministre adjoint aux immobilisations et équipements du ministère de la Santé et des Services sociaux a expédié aux centres hospitaliers et aux régies régionales une circulaire qui instaure un mode d'approvisionnement en lait pour nourrissons fondé sur le principe de la rotation entre les trois partenaires économiques reconnus par le sous-ministre. Mead-Johnson conteste cette circulaire, car elle détient la plus importante part du marché québécois et l'application de cette règle aura pour effet de réduire sa part de marché. En rejetant les allégations d'invalidité de la circulaire, le juge a noté que l'objectif de cette circulaire est justement de créer un équilibre de la concurrence dans ce marché. Par elle, le gouvernement veut s'assurer que chaque fournisseur conserve en tout temps une part équitable du marché dans une région.

À la suite de la réception d'une plainte, le directeur confie le dossier à un agent du Bureau. Dans un premier temps, cet agent détermine, d'une part, si le directeur est compétent pour régler le cas. D'autre part, il examine le dossier afin d'évaluer s'il y a eu violation de la loi. Le cas échéant, il ouvre une enquête formelle en vertu de l'article 10. C'est à ce stade que le directeur avise l'entreprise qu'une enquête est en cours et qu'il la renseigne sur l'existence du *Programme de conformité*. Si l'entreprise désire se prévaloir du programme, elle doit présenter une demande par écrit. Elle doit démontrer qu'elle remplit les critères d'admissibilité (entre autres : qu'il s'agit de la première infraction; que l'entreprise a coopéré au processus d'enquête; qu'elle a respecté un engagement antérieur²⁵²). De plus, l'entreprise doit soumettre une proposition d'engagement «suffisante» pour rétablir l'équilibre dans le marché. Cette proposition n'est étudiée que si le Comité d'examen des demandes constitué au sein du Bureau juge que l'entreprise est admissible au programme. Si le Comité accepte la proposition, les représentants de l'entreprise rencontrent un agent du Bureau afin de rédiger la version définitive de l'engagement.

L'engagement comprend «un aveu de l'entreprise reconnaissant la publicité comme trompeuse, une promesse qu'elle ne recourra plus à ce type de publicité et des mesures de redressement telles que la publication de rectificatifs dans les journaux»²⁵³. Un résumé de la teneur de l'engagement est publié dans le *Bulletin sur la publicité trompeuse*²⁵⁴ et dans le rapport annuel du

²⁵²*Programme de conformité, op. cit.*, note 246, p. 14. Dix critères y sont énumérés dans les documents et il est précisé que cette liste n'est pas exhaustive.

²⁵³Entrevue téléphonique avec la Direction des pratiques commerciales, précitée, note 234.

²⁵⁴CANADA, MINISTÈRE DE L'INDUSTRIE, DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET DES RECHERCHES, *Bulletin de la publicité trompeuse*, Ottawa, Bureau de la politique de concurrence, 1995, nos 1-2, p. 23.

directeur²⁵⁵. Lorsque les discussions sur la teneur de l'engagement n'aboutissent pas, le directeur réfère le dossier au procureur général.

L'utilisation du procédé de l'engagement unilatéral est intéressant, car c'est un acte qui n'a pas force légale en droit positif canadien²⁵⁶. Même si l'engagement de conformité n'a pas de force exécutoire, il ne faut pas conclure que sa violation ne produit pas d'effets. Lorsque l'entreprise ne respecte pas son engagement, le directeur met un terme à la discontinuation de l'enquête initiale pour la poursuivre²⁵⁷ et ainsi terminer son travail²⁵⁸. De plus, «l'engagement peut être utilisé par le procureur général à l'étape du plaidoyer sur sentence pour obtenir une peine plus lourde»²⁵⁹.

Le *Programme de conformité* institue un changement important dans le droit de la concurrence dans le champ des activités commerciales déloyales. En effet, les dispositions législatives prévoient que la publicité trompeuse est

²⁵⁵CANADA, MINISTÈRE DE L'INDUSTRIE, DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET DES RECHERCHES, *Rapport annuel (1995)*, Ottawa, Approvisionnements et services, 1996, aux pages 60 et suiv.

²⁵⁶La notion l'engagement unilatéral a été développée par l'Autrichien Siegel. N'exigeant aucun accord de volontés, il serait unilatéral dans sa formation comme dans ses effets : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3e édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 1996, 842 p., par. 248. Voir aussi Jean-Louis BAUDOIN, *Les Obligations*, 4e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, par. 566. Nous n'avons pas retrouvé la trace de ce type d'acte en *common law* : P. J. COOKE et D. W. OUGHTON, *The Common Law of Obligations*, Butterworths, Londres, 1989, 569 p.

²⁵⁷«Le directeur ne s'engage à rien dans le document et ne le signe pas. L'agent de commerce du Bureau annonce clairement dès le début de la première rencontre que l'acceptation de l'engagement par le directeur ne signifie pas que ce dernier renonce à son pouvoir de poursuivre l'enquête.» Entrevue téléphonique avec la Direction des pratiques commerciales, précitée, note 234.

²⁵⁸*Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, 862 : «[...] il ne faudrait pas appliquer le principe [*functus officio*] de façon stricte lorsque la loi habilitante porte à croire qu'une décision peut être rouverte afin de permettre au tribunal d'exercer la fonction que lui confère sa loi habilitante.»

²⁵⁹Entrevue téléphonique avec la Direction des pratiques commerciales, précitée, note 234.

une infraction criminelle. Elle nécessite donc la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea*. Dans le cadre du programme lorsqu'une entreprise signe un engagement, elle reconnaît avoir commis l'acte prohibé, mais non une intention coupable. Ainsi, on passe de l'infraction criminelle à l'infraction réglementaire où la sanction curative (la réparation) plutôt que la sanction punitive (les amendes et peine d'emprisonnement) est privilégiée.

Le but du programme est de rétablir plus rapidement l'équilibre dans le marché, ce qui soutient la réalisation des objectifs législatifs. L'objectif général de la loi est de «préserver et de favoriser la concurrence» qui «constitue un élément essentiel à une économie de marché efficace»²⁶⁰. Les objectifs spécifiques de la loi sont de «stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne», «d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux», de donner «à la petite et moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne» et «d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits»²⁶¹. Ce programme s'inscrit dans le prolongement des responsabilités du directeur, dans la mesure où il renforce le maintien de l'ordre public de direction et de protection²⁶². Par ces règles, les intérêts généraux du public sont mieux protégés car le directeur peut faire cesser un plus grand nombre de publicités destinées à tromper les consommateurs. Il est néanmoins utile d'ajouter que «les sociétés commerciales désiraient qu'un tel programme soit mis en

²⁶⁰CANADA, CONSOMMATION ET AFFAIRES COMMERCIALES, DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES, *Aperçu général de la Loi sur la concurrence au Canada*, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1993, 14 p., p. 1.

²⁶¹*Loi sur la concurrence*, précitée, note 226, art. 1.1.

²⁶²Les règles posées dans l'intérêt de la société tout entière et de son bon gouvernement (l'intérêt général) sont qualifiées de règles d'ordre public de direction. L'ordre public de protection comprend les règles ayant avant tout pour mission de protéger les intérêts des particuliers et elles servent à rétablir l'équilibre de manière à empêcher le plus fort d'exploiter le plus faible : Brigitte LEFEBVRE, «Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec», dans *Développement récents en droit civil (1994)*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1994, p. 149, à la p. 154.

place»²⁶³, car il est dans leur intérêt que les «pratiques déloyales d'un compétiteur cessent rapidement avant qu'elles n'affectent trop lourdement leur capacité concurrentielles»²⁶⁴. Le *Programme de conformité* a été créé pour résoudre un problème comportant des dimensions administrative et économique liées à l'inefficacité du système mis en place par le législateur.

La compétence législative invoquée par le directeur pour appuyer le *Programme de conformité* est l'article 22(1)²⁶⁵. Ce paragraphe indique que le directeur peut «discontinuer» toute enquête instituée en vertu de l'article 10 «lorsqu'il estime que l'affaire sous étude ne justifie pas la poursuite de l'enquête». Le directeur est d'avis que «le pouvoir de discontinuer l'enquête inclut celui de la suspendre pour obtenir des engagements»²⁶⁶. En effet, il estime que cette interprétation «donne préférence à l'interprétation la plus propre à assurer l'accomplissement de l'objectif de la loi»²⁶⁷.

Tout comme dans le cas du *Projet-pilote sur le processus accéléré*, le *Programme de conformité* a institué un cadre normatif qui s'est appliqué parallèlement aux dispositions législatives jusqu'à l'adoption du projet de loi

²⁶³Entrevue téléphonique avec la Direction des pratiques commerciales, précitée, note 234.

²⁶⁴*Id.*

²⁶⁵Le Programme a vu le jour suite à un processus de consultation externe auprès des associations de manufacturiers, des avocats et des professeurs d'universités experts en matière de concurrence. «On a procédé de cette façon pour s'assurer de la coopération des intéressés afin que le directeur puisse accomplir sa mission sociale.» Entrevue téléphonique avec la Direction des pratiques commerciales, précitée, note 234.

²⁶⁶*Id.*

²⁶⁷*Id.* Cette interprétation s'appuie sur la «règle de la situation à réformer» (*mischief rule*), codifiée dans la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. I-23, art. 12 : «Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.» Paul-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éd. Thémis, 1999, p. 376 et suiv.

C-20²⁶⁸. Depuis peu, le Tribunal de la concurrence (et non plus le Bureau de la politique de concurrence) peut rendre des ordonnances, similaires aux engagements²⁶⁹, lorsqu'une «personne a ou a eu une conduite susceptible de révision» en matière de pratiques commerciales trompeuses²⁷⁰.

Le *Programme de conformité* et le *Projet-pilote sur le processus accéléré* émanant de la CISR sont des exemples de règles par lesquelles les administrateurs corrigent des défauts structurels du cadre normatif de leur institution. En créant ces règles, les administrateurs parent à la relative inadéquation entre les moyens qui leur ont été attribués et les objectifs qui leur sont assignés en vertu de la loi. À l'instar du *Projet-pilote sur le processus accéléré*, le *Programme de conformité* ne s'intègre pas au droit public. Bien qu'il ait pour objectif de rétablir plus rapidement l'équilibre dans le marché (ce qui va dans le sens de l'objectif général de la *Loi sur la concurrence* qui est de «préserver et de favoriser la concurrence» [article 1.1]), le directeur n'a pas la compétence pour établir ce type de règle. Même en acceptant que les pouvoirs d'instituer et de discontinuer une enquête [articles 10 et 22(1) de la loi] implique celui de suspendre une enquête (ce qui incertain), il demeure que cette compétence a été attribuée dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir de recommandation. En utilisant ses compétences afin d'obtenir des

²⁶⁸*Loi modifiant la Loi sur la concurrence et une autre loi en conséquence*, L.C. 1999, c. 2. Mort au feuillet, le Projet de loi C-67 était une première tentative de codification législative du Programme : *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et une autre loi en conséquence*, Projet de loi C-67 (1ère lecture), 2e session, 35e législature (Canada).

²⁶⁹*Id.*, art. 74.1(1): Le Tribunal peut ordonner «a) de ne pas se conduire ainsi ou d'une manière essentiellement semblable; b) de diffuser, notamment par publications, un avis, selon les modalités de force et de temps qu'il détermine, visant à informer les personnes d'une catégorie donnée, susceptibles d'avoir été touchées par la conduite, du nom de l'entreprise que le contrevenant exploite et de la décision prise en vertu du présent article [...]». Le Tribunal pourrait également imposer des sanctions punitives sous forme d'amende (art. 74.1(1)c)).

²⁷⁰*Id.*, art. 74.01 à 74.19.

engagements de conformité, le directeur s'est attribué, à toutes fins pratiques, des pouvoirs décisionnels.

2.2.3. Le Conseil de recherches en sciences humaines

Le CRSH est un organisme administratif créé par la *Loi sur le Conseil de recherches en sciences humaines*²⁷¹. Son mandat est de «promouvoir et de soutenir la recherche et l'érudition dans le domaine des sciences humaines»²⁷². L'organisme exécute son mandat en attribuant des bourses et les subventions.

Dans son champ d'activités, le CRSH possède une autonomie appréciable²⁷³. Son budget annuel provient de crédits votés par le Parlement²⁷⁴. Il peut acquérir, détenir, gérer et aliéner des biens qu'il a reçus, notamment par don ou legs²⁷⁵. Le Conseil est doté de la personnalité

²⁷¹*Loi sur le Conseil de recherches en sciences humaines*, L.R.C. (1985), c. S-12.

²⁷²*Id.*, art. 4(1)a).

²⁷³L'autonomie du CRSH est plus grande que celle des fonds de recherches québécois. Les administrateurs des fonds québécois doivent faire approuver leur plan d'activités. *Loi favorisant le développement scientifique et technologique du Québec*, L.R.Q., c. D-9.1, art. 84 : «Un Fonds peut accorder, dans le cadre de son plan d'activités approuvé par le gouvernement et aux conditions qu'il détermine, une aide financière au moyen de subvention et de bourses. Il peut pareillement accorder une aide financière suivant tout autre moyen autorisé par le gouvernement.»

²⁷⁴*Loi sur le Conseil de recherches en sciences humaines*, précitée, note 271, art. 4(2)a). Le budget du Conseil affecté au financement des activités de recherche se chiffrait à 79 millions\$ pour l'année financière 1996-1997 : CONSEIL DE RECHERCHE EN SCIENCES HUMAINES, *Programme de bourses de doctorat, Guide des membres des comités de sélection*, Ottawa, CRSH, 1996, p. 3.

²⁷⁵*Loi sur le Conseil de recherches en sciences humaines*, précitée, note 271, art. 17 et 18.

morale²⁷⁶. À titre de mandataire de Sa Majesté, il peut conclure des contrats et ester en justice²⁷⁷. À la fin d'un exercice financier, le CRSH présente ses comptes au vérificateur général. Le rapport du vérificateur et le rapport annuel du CRSH sont remis au ministre. Le ministre de l'Industrie, qui est le représentant en Chambre des communes pour le Conseil, dépose ces documents devant le Parlement²⁷⁸.

L'administration du CRSH est confiée à un conseil d'administration qui est composé d'au plus vingt-deux membres, dont le président, nommés par le gouverneur en conseil²⁷⁹. Ce dernier fixe la durée de leur mandat et leur rémunération²⁸⁰. Le président est le premier dirigeant du CRSH²⁸¹. Il assure la direction et contrôle la gestion de son personnel²⁸². Les membres du conseil participent à un ou plusieurs comités internes du conseil, dont le comité des programmes²⁸³. Le comité conseille l'organisme sur les modifications des

²⁷⁶*Id.*, art. 3.

²⁷⁷*Id.*, art. 15.

²⁷⁸*Id.*, art. 19 et 20.

²⁷⁹*Id.*, art. 3.

²⁸⁰La durée maximale du mandat du président est de cinq ans, mais il peut être reconduit : *id.*, art. 5(1) et (3). Son traitement et ses indemnités sont fixés par le gouverneur en conseil : *id.*, art. 7(1). Le mandat des autres conseillers est de trois ans et il peut aussi être reconduit : *id.*, art. 5(2)(3). Ils ne sont pas rémunérés, mais ils ont droit de réclamer le remboursement de certaines dépenses : *id.*, art. 7(2).

²⁸¹C'est le conseil d'administration qui choisit son vice-président avec l'approbation du gouverneur en conseil. Ce dernier assume les tâches du président en cas d'absence, d'empêchement ou de vacances du poste : *id.*, art. 6.

²⁸²*Id.*, art. 10 et 14. Les conditions d'emplois sont fixées avec l'approbation du gouverneur en conseil.

²⁸³Les comités sont créés par règlement administratif : *id.*, art. 13. CANADA, CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES HUMAINES, *Règlement administratif du Conseil*, Ottawa, CRSH (document interne), [non daté], art. 7 et 11. Un autre comité particulièrement important est le Bureau du Conseil qui est en fait le comité exécutif du conseil d'administration.

politiques relatives aux programmes de bourses et de subventions²⁸⁴. Les propositions de modification de ces programmes font l'objet d'un processus formel d'évaluation et sont généralement soumises à une consultation externe auprès des personnes et des institutions affectées par les changements²⁸⁵. Le rôle du comité est de recueillir les rapports d'évaluation et de faire des recommandations au conseil d'administration. Une fois que ce dernier a décidé des modifications à apporter à un programme, il charge le comité d'entreprendre ou de coordonner l'exécution de ses décisions²⁸⁶. Le personnel du CRSH révisé annuellement les documents relatifs aux programmes et effectue les modifications de nature administrative.

La direction des programmes du CRSH est organisée en trois divisions. La première dirige le programme des bourses, dont l'objectif est d'appuyer la formation de futurs chercheurs²⁸⁷. La deuxième est en charge des programmes de subventions et de diffusion de la recherche, qui s'adressent aux chercheurs occupant un poste ou qui sont affiliés à une université canadienne ou à un établissement postsecondaire. Les employés de la troisième division s'occupent de la gestion des subventions stratégiques. Pour chaque programme, il existe des règles administratives qui sont principalement énoncées dans des guides, des formulaires, des codes et des politiques. Ces règles affectent les candidats aux bourses et aux subventions

²⁸⁴*Id.*, art. 14.

²⁸⁵Pour connaître en détail la méthode d'évaluation des programmes, voir : CONSEIL DE RECHERCHE EN SCIENCES HUMAINES, *Politique d'évaluation des programmes*, Ottawa, CRSH (document interne), 1989, 10 p.

²⁸⁶*Règlement administratif du Conseil*, précité, note 283, art. 14.

²⁸⁷Le programme de bourses comprend les bourses de doctorat, les bourses de maîtrise en politique scientifique, les bourses postdoctorales, la Bourse de la Reine et la Bourse William-E.-Taylor (ces dernières bourses sont octroyées annuellement et automatiquement aux meilleurs candidats du concours de la bourse de doctorat). CANADA, CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES HUMAINES, *Programmes des bourses du CRSH, guide détaillé*, Ottawa, CRSH, 1996, p. 5.

ainsi que les boursiers et les détenteurs de subventions. Dans cette section, je décrirai le contenu du *Guide des candidats aux bourses* du CRSH.

L'attribution des bourses en fonction de critères préétablis remplis des exigences rudimentaires d'imputabilité envers le public et de traitement équitable des demandes des candidats²⁸⁸. C'est dans ce contexte que les règles du CRSH ont été créées, car il n'existe pas de compétence législative explicite attribuant le pouvoir de créer des règles de conduite à l'égard des administrés et opposables à l'Administration, à la manière du pouvoir réglementaire²⁸⁹.

Le guide détaillé du programme de bourses du CRSH ainsi que le formulaire sont les documents remis à toute personne qui désire faire une demande de bourse auprès de l'organisme²⁹⁰. Le guide est divisé en trois parties suivies d'annexes et d'un index. La partie introductive du guide contient des explications générales sur les mandats des différents organismes subventionnaires et des instructions sur le mode d'emploi du formulaire.

²⁸⁸Le Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH) a vu le jour en juin 1977, mais ce n'est qu'en 1978 qu'il a pris en charge l'administration des programmes d'aide financière qui relevaient dans le passé de la Division des humanités et des sciences sociales du Conseil des Arts.

²⁸⁹Au Québec, les Fonds peuvent adopter des règlements concernant la forme et le contenu des demandes, les renseignements qu'elles doivent contenir et les documents qui doivent les accompagner: *Loi favorisant le développement scientifique et technologique au Québec*, précitée, note 273, art. 85, par. 1. Toutefois, de tels règlements n'ont pas été édictés. Tout comme le CRSH, le Fonds F.C.A.R. produit des guides et formulaires à l'intention des candidats. Cette formule est plus souple en comparaison de la procédure d'élaboration des règlements qui est lourde, contraignante, longue et mal adaptée au processus de révision annuel auquel sont normalement soumis ces documents. On considère toutefois que les guides ont valeur réglementaire. QUÉBEC, FONDS POUR LA FORMATION DE CHERCHEURS ET L'AIDE À LA RECHERCHE, *Guide du boursier*, 1995-1998, Québec, F.C.A.R., 1995, p. 7. L'absence d'attribution d'un pouvoir réglementaire peut être expliquée, du moins en partie, en raison du fait que le gouvernement fédéral possède un fondement constitutionnel incertain en matière d'enseignement supérieur et de recherche: Andrée LAJOIE, Michelle GAMACHE, *Droit de l'enseignement supérieur*, Montréal, Éd. Thémis, 1990, p. 176.

²⁹⁰*Programmes de bourses, op. cit.*, note 287.

Dans la deuxième partie, le CRSH énonce les critères d'admissibilité aux bourses :

- être citoyens canadiens ou résidents permanents;
- ne pas faire l'objet d'une sanction du CRSH à la suite d'une inconduite en matière de recherche ou de finances²⁹¹;
- avoir terminé au moins une année d'études de doctorat ou un diplôme de maîtrise;
- poursuivre des études à plein temps qui conduisent au doctorat ou à un diplôme équivalent.

La troisième partie est intitulée «Règlements administratifs/procédure». Ces règlements énoncent une politique générale du CRSH relative à la non-discrimination²⁹², un droit d'appel en faveur des candidats dont les demandes ont été rejetées afin de corriger les manquements à la procédure ou les erreurs administratives. Ces règlements réitèrent le droit relatif à la protection des renseignements personnels et à la propriété intellectuelle.

Le formulaire de demande de bourse doit être obligatoirement utilisé par le candidat qui fait une demande de bourse. Il doit faire parvenir son dossier avant la date limite, car toute demande déposée après ce délai

²⁹¹La politique sur *L'intégrité dans la recherche et les travaux d'érudition* et le *Code déontologique de la recherche sur les sujets humains* sont en annexe du guide *Programmes de bourses*, *op.cit.*, note 287, p. 24 et suiv.

²⁹²*Id.*, p. 15. «Aucune personne répondant aux exigences d'admissibilité des programmes du Conseil de recherches en sciences humaines et recevant des fonds dans le cadre de ces programmes ou activité ne fera l'objet de discrimination. Le CRSH s'attend à ce que les universités qui signent les formulaires de demandes des candidats se conforment de même à cette politique de non-discrimination.»

n'est pas acceptée²⁹³. Le candidat doit fournir des renseignements personnels (le nom, l'adresse, l'occupation et le lieu d'études, les diplômes obtenus et le diplôme visé par la demande, l'expérience de travail, les prix et les distinctions obtenus, les publications), expliquer son projet de recherche et donner une description de son plan de travail. Cette demande doit être accompagnée de formulaires dûment remplis par les répondants et le responsable de l'institution où le candidat est inscrit. Ces personnes donnent une appréciation des qualités de l'étudiant et évaluent la qualité scientifique de son projet de recherche.

Les guides et les formulaires forment un ensemble d'actes juridiques unilatéraux qui sont normatifs pour les demandeurs de bourse. Les candidats sont informés de leurs droits, notamment le droit à la non-discrimination, et sont soumis à diverses conditions de fond et de procédure. Ces règles sont essentielles au processus décisionnel d'octroi des bourses. La procédure est administrative et se déroule par écrit. C'est par son dossier que le candidat «plaide sa cause», laquelle fait l'objet d'un délibéré et d'une décision écrite et motivée. Comme toute décision de nature administrative, les décisions CRSH peuvent théoriquement faire l'objet d'une révision judiciaire pour manquement à l'équité procédurale ou au devoir d'impartialité, mais puisque ces décisions portent normalement sur l'évaluation qualitative de plusieurs dossiers, elle est pratiquement illusoire.

Le CRSH a mis en place des mécanismes internes de protection du droit des administrés à l'équité procédurale et au traitement impartial de leurs demandes, d'une part, en instaurant un processus de sélection très rigoureux et, d'autre part, en créant une procédure de plainte.

Une fois que le candidat a dûment rempli son formulaire, il achemine son dossier à son université où des comités de présélection ont été

²⁹³CANADA, CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES HUMAINES, *Demande de bourse: formulaire 701 (1996)*, Ottawa, CRSH, 1996, 6 p. et tableaux.

créés. Ces comités fonctionnent indépendamment des comités de sélection du CRSH. Les membres confectionnent deux listes de candidats : A (recommandés) et B (non recommandés). Suite à cette présélection, tous les dossiers sont envoyés au CRSH et les fonctionnaires vérifient l'admissibilité des candidats. Cette vérification terminée, les fonctionnaires classent les dossiers par sujets et transmettent les dossiers de la liste A aux comités de sélection du CRSH. Le rôle de ceux-ci consiste à évaluer la demande sur le fond²⁹⁴.

Chaque comité de sélection est composé de neuf membres provenant des universités et des associations professionnelles²⁹⁵. Les membres reçoivent un *Guide des membres des comités de sélection*²⁹⁶. Ce guide fournit des renseignements détaillés au sujet des politiques et des méthodes de sélection des demandes de bourse. Le CRSH «encourage» les comités à appliquer ces politiques et procédures uniformément de manière à ce que tous les candidats soient traités équitablement. L'évaluation des demandes doit être fondée sur les seuls renseignements fournis par le candidat et le critère d'évaluation est l'excellence générale du dossier²⁹⁷.

Pour garantir le respect de la procédure par les comités de sélection, des agents du CRSH siègent à ces comités. C'est à lui qu'il revient d'assurer la «compréhension et le respect des politiques et règlements du CRSH et le

²⁹⁴CANADA, CONSEIL DE RECHERCHE EN SCIENCES HUMAINES, *Programme de bourses de doctorat, Guide des membres des comités de sélection, op. cit.*, note 274, pages 13-15.

²⁹⁵Les critères de sélection des membres sont la compétence générale et la réputation académique. On cherche des membres qui représenteront adéquatement les universités, les régions, les langues officielles, les sexes ainsi que différents domaines d'expertise : *Programme de bourses de doctorat, Guide des membres des comités de sélection, op. cit.*, note 274, p.9.

²⁹⁶*Id.*

²⁹⁷*Id.*, p. 19.

traitement juste et équitable des demandes»²⁹⁸. Pour sauvegarder l'impartialité du processus de sélection, les membres ont l'obligation de dévoiler tous conflits d'intérêts. Il y a conflit chaque fois qu'une demande confiée à un membre provient «d'un ami, d'un parent, d'un collègue chercheur, d'un candidat de son établissement et plus particulièrement d'un collègue de département, ou encore d'une personne avec qui il entretient une querelle.»²⁹⁹ Lorsqu'un membre est en conflit d'intérêts, il doit confier le dossier à un autre membre ou se retirer des discussions entourant l'étude du dossier. De plus, le système de notation «permet de détecter si un membre est partial (par exemple, si un membre attribue systématiquement à un candidat des notes plus basses que les autres membres) et les notes sont réajustées avant qu'une décision finale soit prise. Si un membre est jugé partial, il n'est pas réinvité à siéger à d'autres processus de sélection.»³⁰⁰

L'évaluation des dossiers terminée, le comité attribue une note globale sur une échelle de 1 (faible) à 10 (excellent) à chaque candidat. Le comité de sélection confectionne une liste A comprenant 50% des candidats ayant obtenu 6 à 10 de notation globale (10% de ces candidats sont recommandés pour l'obtention d'une bourse) et une liste B incluant 50% des candidats ayant reçu la note 5 et moins. Ces recommandations sont acheminées au conseil d'administration qui prend les décisions finales³⁰¹. Tous les candidats sont avisés par écrit du résultat de leur demande. C'est l'agent qui a agi à titre de secrétaire du comité de sélection qui fait parvenir à chaque personne «sa note et son classement ainsi qu'une explication écrite de

²⁹⁸*Id.*, p. 11.

²⁹⁹*Id.*, p. 6.

³⁰⁰Entrevue téléphonique avec Carol Ann Murphy, directrice du programme de bourses et de publications institutionnelles au CRSH, Ottawa, le 18 septembre 1997.

³⁰¹*Programme de bourses de doctorat, Guide des membres des comités de sélection, op. cit.*, note 274, p. 16-21.

la recommandation du comité»³⁰². Les candidats sélectionnés reçoivent un avis d'attribution de bourses et un guide détaillé sur les conditions d'utilisation des bourses.

Cet ensemble de règles s'impose aux fonctionnaires du CRSH qui sont soumis au pouvoir hiérarchique et aux membres des comités de sélection qui ont intérêt à maintenir une réputation de personne impartiale. Ces membres n'ont pas la liberté de tenir compte d'autres éléments que ceux transmis par le candidat au moyen du formulaire. Tout écart serait «interprété comme un manquement au devoir d'équité et d'impartialité»³⁰³.

Un candidat dont la demande de bourse a été refusée peut déposer une plainte au CRSH qui est étudiée, dans un premier temps, par le directeur du programme. S'il est d'avis que la décision comporte un vice et que ce vice porte (ou a pu porter) préjudice au candidat, il soumet le dossier au conseil d'administration qui demandera à un membre du comité de sélection de réexaminer la demande. Cette consultation vise à déterminer quelle aurait été la recommandation faite au conseil en l'absence du vice. Une lettre expliquant en détail les motifs de la décision du CRSH est par la suite envoyée au plaignant³⁰⁴.

Le guide s'inscrit dans un processus décisionnel entièrement modelé par l'Administration afin de garantir une gestion efficace des dossiers ainsi que d'assurer le respect de la règle de non-discrimination au sens étroit du droit administratif. «C'est par la standardisation des renseignements que doivent communiquer les candidats que cet objectif est atteint.»³⁰⁵ Le CRSH

³⁰²*Id.*, p. 11.

³⁰³*Id.*

³⁰⁴*Id.*, p. 7-8.

³⁰⁵Entrevue téléphonique avec la directrice du programme de bourses et de publications institutionnelles, précitée, note 300.

veut réduire la prise en compte de faits non pertinents dans le processus d'attribution d'une bourse. En effet, l'octroie de bourses ne devraient pas dépendre de l'identité et des intérêts des personnes qui ont la responsabilité de choisir les boursiers, mais être fondées sur le mérite d'une candidature.

Le principe de non-discrimination prend racine dans la notion de la *rule of law*³⁰⁶. Il signifie que les décisions de l'Administration ne doivent pas être guidées par l'arbitraire (l'absence de normes), mais par le principe d'égalité *devant* la loi³⁰⁷. Bien que cette notion étroite de la discrimination (au sens procédural du droit administratif) s'applique toujours, elle a néanmoins évolué depuis l'avènement des instruments de protection des droits de la personne. De nos jours, un administrateur doit non seulement s'abstenir de traiter distinctement des cas similaires, mais il doit également promouvoir l'égalité sans discrimination au sens substantiel. Cette notion plus large de la discrimination s'applique aux règles administratives du CRSH, lesquelles doivent être conformes aux droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* la *Déclaration canadienne des droits*³⁰⁸ et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*³⁰⁹, et ce, même si elles ne sont pas des instruments réglementaires au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*.

Pour en témoigner, il est utile de résumer deux jugements de la Cour fédérale, Section de première instance : le premier invalidant un critère d'admissibilité aux bourses du CRSH sur la base de l'article 15 de la *Charte*; le

³⁰⁶Intégré dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

³⁰⁷Yves-Marie MORISSETTE, «Le contrôle de la compétence d'attribution : thèse, antithèse et synthèse», (1986) 16 *R.D.U.S.* 591, 632.

³⁰⁸L.R.C. (1985), App. III.

³⁰⁹L.R.C. (1985), ch. H-6.

second révisant une décision de la Commission des droits de la personne relative aux critères de sélection des candidats³¹⁰.

L'affaire *Pearkes c. La Reine*³¹¹ portait sur un critère d'admissibilité aux bourses qui énonçait une distinction entre les citoyens canadiens et les résidents permanents. Ce critère (qui a été depuis lors retranché) prévoyait que les citoyens canadiens pouvaient faire une demande de bourse pour financer des études à l'étranger. Quant aux résidents permanents, ils devaient démontrer qu'au moment de la demande ils détenaient un poste permanent dans une université canadienne depuis au moins deux ans et qu'ils reviendraient à ce poste à l'épuisement de la bourse. Faute de preuve suffisante, le résident permanent n'était pas admissible. Cette règle a été contestée sous l'article 15 de la *Charte*

Le CRSH avait créé cette distinction, car il était d'avis que les résidents permanents étaient moins enclins à revenir au Canada pour y faire carrière que ne l'étaient les citoyens canadiens. Le juge Pinard a décidé que

³¹⁰Rappelons également la récente saga juridique concernant les critères de sélection du programme de subvention pour la promotion des produits culturels canadiens sur la scène internationale. En 1996, le ministre des Affaires étrangères et du Commerce international (Lloyd Axworthy) a modifié les critères d'admissibilité à ce programme. Dès lors, les artistes devaient montrer la pertinence du projet par rapport aux objectifs de la politique étrangère du Canada, entre autres la promotion de la souveraineté canadienne et de l'unité nationale. Par un recours en nullité, un groupe d'artistes du Québec, les Artistes pour la souveraineté, ont contesté cette directive au motif qu'elle violait leur droit à la liberté d'expression, protégée par l'art. 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En juillet 1997, le gouvernement fédéral substituait le critère de «la promotion de la souveraineté canadienne et de l'unité nationale» par celui de «la projection de la culture et des valeurs canadiennes à l'étranger.» Les membres du groupe n'étant pas apaisés par cet amendement ont exigé des précisions. Le 25 août 1997, l'avocat du ministère de la Justice faisait parvenir une lettre précisant que «l'admissibilité des demandes au [programme] n'est pas fonction et n'a jamais été fonction des opinions politiques des artistes, que ceux-ci les expriment ou non dans leurs activités artistiques ou professionnelles». Rassurés, les membres du groupe ont retiré leur poursuite le 10 septembre 1997. Marie-Andrée CHOUINARD, «Les Artistes pour la souveraineté retirent leur poursuite», Montréal, *Le Devoir*, 11 septembre 1997, p. A-4. Andrée LAJOIE, France HOULE, Éric GÉLINEAU et Guy ROCHER, «L'effet "pervers" des directives Axworthy, ou l'effectivité des instruments juridiques nuls», (1998) 58 *R. du B.* 439.

³¹¹Cour fédérale, 1^{ère} instance, no T-2602-92, 22 décembre 1993, j. Pinard.

cette distinction était discriminatoire, car elle limitait l'accès à des avantages conférés à d'autres membres de la société³¹².

Dans l'affaire *Arnold c. Commission canadienne des droits de la personne et le CRSH*³¹³, la Cour fut saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission des droits de la personne. Arnold avait déposé une plainte de discrimination auprès de la commission alléguant que les critères de sélection du CRSH créaient une distinction entre les candidats atteints d'une déficience et les candidats qui n'en étaient pas atteints, ce type de discrimination étant prohibé par l'article 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Arnold, atteint de dyslexie, arguait que son handicap était la cause de ses faibles résultats scolaires lesquels ont mené au rejet de sa demande par le comité de sélection. La Commission avait rejeté la plainte d'Arnold au motif qu'il existait déjà des moyens pour aider les personnes atteintes de difficultés d'apprentissage dans les universités, et notamment là où Arnold avait étudié. Le juge Muldoon annula la décision de la Commission au motif qu'elle avait erré en droit. En effet, le juge était d'avis que même si une université s'acquitte de son devoir d'accommoder les personnes atteintes de déficience, elle le fait en vertu des lois provinciales sur les droits de la personne. L'existence d'accommodements dans une institution provinciale n'a pas d'effet sur les obligations d'un organisme fédéral en vertu des lois fédérales.

Le programme de bourse s'inscrit de toute évidence dans le mandat du CRSH de promouvoir la recherche et l'érudition et de dépenser les crédits qui lui sont octroyés par le Parlement. En effet, il est difficile de concevoir un programme de bourse ou de subvention sans critères d'admissibilité et de sélection des candidats; les uns servant à circonscrire le bassin potentiel de

³¹²*Andrews et al. v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 174 (McIntyre, dissident en partie, mais la juge Wilson était d'accord avec cette portion du jugement).

³¹³Cour fédérale, 1^{ère} instance, no T-2742-94, 18 septembre 1996, j. Muldoon.

candidats dans les limites légales des attributions du CRSH, les autres étant indispensables dans un contexte où le nombre de bourses est limité.

Quant aux formulaires émis par le CRSH, ils entrent dans la catégorie des règles de pratique. Par ces règles, les autorités administratives se donnent les moyens pour recueillir les faits qu'elles jugent pertinents à la demande avant la prise de décision. Elles informent également l'administré sur les renseignements qu'il doit fournir pour faire correctement sa demande et ainsi pouvoir bénéficier de l'avantage conféré par la loi (lorsque les faits y donnent ouverture).

La technique des formulaires fait partie intégrante des rapports entre l'Administration et l'administré. Le recours au formulaire est le moyen qui s'impose pour gérer les demandes des administrés, surtout lorsque le volume des demandes est élevé. Cet argument n'épuise pas cependant l'importance juridique de cette technique normative. En effet, il existe des situations où le défaut d'obtenir le formulaire des autorités empêche l'administré d'exercer son droit de faire une demande. Il en résulte un devoir corrélatif de l'Administration de fournir le formulaire. Tel est le cas pour les demandes de bourses au CRSH et également pour la presque totalité de ses programmes de subventions : l'usage du formulaire de demande est obligatoire pour l'administré (on pourrait également citer les formulaires de déclarations d'impôts).

Sans prétendre que l'Administration doit produire des formulaires pour tous les types de demandes, il demeure que lorsque ce formulaire existe les agents ont l'obligation juridique de le fournir sur demande expresse ou tacite³¹⁴. Le défaut ou le refus de l'Administration d'exécuter cette obligation donne ouverture au contrôle judiciaire. Il ne faut pas minimiser l'importance de ce type de règles de pratique. Elles ne jouent pas un rôle simplement

³¹⁴*Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 232, 247 (C.A., juge Hugessen).

informatif comme si cela signifiait que la règle n'a aucune conséquence juridique. Dans des décisions en matière d'immigration, la Cour fédérale a réitéré à plusieurs reprises le principe suivant : lorsqu'un «requérant éventuel a droit à une décision administrative sur la base de laquelle il présente une demande», il existe «une obligation corrélative de lui permettre de faire la demande»³¹⁵.

C'est vu sous cet angle que les règles de pratiques prennent leur importance dans un système juridique. Elles sont une facette du droit des administrés d'être traités équitablement; elles constituent une forme d'avis raisonnable aux citoyens relatif à la «connaissance même du texte de loi»³¹⁶. Dans le contexte de l'immigration, la Cour d'appel fédérale n'a pas hésité à faire des liens entre la connaissance du droit et l'équité. Le juge Le Dain déclarait au nom de la Cour dans la décision *Tsiafakis* que les autorités administratives n'ont pas à faire «l'exégèse détaillée de la loi et des procédures», ni fournir «des avis juridiques sur les conséquences juridiques des choix offerts, mais il n'en reste pas moins que les autorités (de l'immigration) sont tenues en toute équité de fournir les renseignements

³¹⁵*Jiminez-Perez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1983] 1 C.F. 163, 170-171 (C.A.) (juge Le Dain); *Canada (Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration) c. Tsiafakis*, [1977] 2 C.F. 216 (C.A.), 224, (juge Le Dain) : «Puisqu'à défaut d'obtenir le formulaire des autorités de l'immigration, on ne peut exercer ce droit [de faire une demande de parrainage], le devoir corrélatif de fournir ledit formulaire existe.»

³¹⁶*R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 139, p. 633, c'est le juge Gonthier qui a rappelé l'importance de l'avis raisonnable quant à la publicité d'un texte de loi dans le contexte de droit criminel. Le juge n'a pas hésité à mentionner que la maxime de *common law* «nul n'est censé ignorer la loi» est de plus en plus remise en question tant en droit criminel que civil et il cite même certains auteurs en droit pénal qui ont émis l'opinion qu'elle contredit le principe de la primauté du droit : Eric COLVIN, «Criminal Law and the Rule of Law», dans Patrick FITZGERALD, (dir.), *Crime, Justice & Codification*, 1986, p. 125 à la p. 151. Il est également permis de s'interroger sur la pertinence de cette maxime dans l'environnement du droit administratif où plusieurs facteurs peuvent mettre en échec cette présomption. La quantité ou encore la complexité des règles de nature législative sont, de toute évidence, des éléments utiles à ce type d'analyse, mais il peut y avoir plus. Par exemple, dans certains domaines tels que l'immigration, l'Administration ne peut pas raisonnablement s'attendre à ce que les administrés, qui sont des étrangers, connaissent le fonctionnement du système.

fondamentaux sur les façons de faire une demande, et de rendre disponibles les formules appropriées»³¹⁷.

Contrairement aux autres règles administratives, les guides et formulaires du CRSH ne règlent pas un problème réel mais appréhendé. Ces règles sont des mesures proactives et elles jouent un rôle essentiel dans le traitement non-discriminatoire des dossiers des candidats aux bourses. Dans la loi constitutive du CRSH, il n'est pas explicitement mentionné que cet organisme possède la compétence pour fixer des critères d'admissibilité et de sélection des candidats. Pourtant, un programme de bourse n'est pas opératoire sans qu'il existe des règles minimales pertinentes au fonctionnement du programme. Les règles administratives qui ont été élaborées pour mettre en œuvre ces programmes de bourses sont compatibles avec l'objectif du CRSH de promouvoir la recherche et l'érudition [article 4(1)*a*) de la *Loi sur le Conseil de recherches en sciences humaines*] et de sa compétence de dépenser les crédits consentis par le Parlement à cette fin [article 4(2)*a*) de la loi].

³¹⁷*Canada (Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration) c. Tsiafakis*, précité, note 315, 224. Ce passage a été cité avec approbation par le juge MacGuigan au nom de la Cour dans *Choi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 763, 769-770 (C.A.); voir aussi *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité, note 314, 247 (C.A., juge Hugessen).

2.2.4 Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes

Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC)³¹⁸ est un organisme multifonctionnel. Il réglemente, émet des licences et enquête sur les plaintes du public³¹⁹. Il rend compte de ses travaux directement au Parlement par l'intermédiaire du ministre du Patrimoine canadien.

Le CRTC est composé d'au plus treize membres à temps plein et de six membres à temps partiel nommés par le gouverneur en conseil pour une durée maximale de cinq ans³²⁰. Les membres occupent leur poste à titre inamovible, sous réserve de révocation motivée³²¹. Leur mandat est renouvelable et leur rémunération est fixée par le gouverneur en conseil³²². Quant au personnel, il est nommé en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*³²³.

³¹⁸*Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22, modifiée par la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11. Le Conseil a été établi par le Parlement en 1968 en substitution du Bureau des gouverneurs de la radiodiffusion. C'est en 1976 que le mandat du CRTC fut élargi aux télécommunications.

³¹⁹Cet aspect polyfonctionnel de certaines commissions administratives a fait l'objet d'une analyse très intéressante par le juge Cory pour la Cour dans *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, 638-639.

³²⁰*Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, précitée, note 318, art. 3(1) et (2).

³²¹*Id.*, art. 3(2).

³²²*Id.*, art. 3(3).

³²³*Id.*, art. 8.

À titre de premier dirigeant, le président assure la direction du CRTC, préside les réunions et contrôle la gestion de son personnel³²⁴. Pour chaque secteur d'activités —radiodiffusion et télécommunications—, le président est secondé d'un vice-président qui peut assumer la présidence en cas d'absence ou d'empêchement de ce dernier³²⁵. Les activités de réglementation se tiennent au siège social à Ottawa, mais il existe également des bureaux régionaux dont la fonction principale est d'informer le public sur la réglementation de l'organisme et de recevoir et de régler les plaintes³²⁶.

La fonction générale du CRTC est de réglementer et de surveiller tous les aspects du système de la radiodiffusion et des télécommunications sur le territoire canadien³²⁷. Il exerce les attributions³²⁸ qui lui sont conférées dans la *Loi sur les télécommunications*³²⁹ et la *Loi sur la radiodiffusion*³³⁰. Il est responsable de la réglementation des entreprises privées et publiques de radiodiffusion (ce qui comprend la télédiffusion) et de compagnies privées de télécommunications³³¹. En ce qui concerne les sociétés commerciales œuvrant dans le domaine des télécommunications, le CRTC applique la politique canadienne des télécommunications et veille à ce que les taux pratiqués par

³²⁴*Id.*, art. 6 (1) et (2).

³²⁵*Id.*, art. 6(3).

³²⁶En matière de radiodiffusion, le mécanisme de plaintes est prévu à l'art. 18(3) de la *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 318. En matière de télécommunications, voir l'art. 48 de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38.

³²⁷*Loi sur les télécommunications*, précitée, note 326, art. 47; *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 318, art. 5.

³²⁸*Id.*, art. 12, modifié par la *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 318, art. 80.

³²⁹Précitée, note 326.

³³⁰Précitée, note 318.

³³¹*Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, précitée, note 318, art. 14.

ces entreprises soient justes et raisonnables³³². Le Conseil approuve les tarifs et les ententes intervenues entre ces entreprises par le moyen de décisions³³³.

Dans le domaine de la radiodiffusion, le CRTC a la responsabilité de mettre en application la politique énoncée à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*. Cette politique préconise notamment l'existence d'un système national de radiodiffusion possédé et contrôlé par des Canadiens³³⁴. Ce système doit offrir une programmation variée de haut calibre³³⁵ et donner au public l'occasion de prendre connaissance de diverses opinions sur des sujets qui l'intéressent³³⁶. Lorsque le CRTC rend des décisions en matière de radiodiffusion, c'est l'intérêt public qui doit primer³³⁷.

Dans le contexte des attributions du CRTC en matière de radiodiffusion, «réglementer» n'est pas utilisé au sens strict (prendre des règlements). Il s'agit plutôt de «régulariser le fonctionnement de systèmes complexes», de les maintenir en équilibre de manière à en assurer le fonctionnement correct. Le paragraphe (2) de l'article 5 de la *Loi sur la radiodiffusion* est particulièrement significatif pour ce champ d'activité: «La réglementation et la surveillance du système devraient être souples [...]». Le CRTC dispose d'une gamme d'instrument pour réglementer ces champs d'activités. Il peut délivrer, renouveler, modifier, suspendre ou annuler les

³³²*Loi sur les télécommunications*, précitée, note 326, art. 7 et 27.

³³³*Id.*, art. 24 et ss. Le CRTC peut également s'abstenir d'exercer ses fonctions et ses pouvoirs, voir art. 34.

³³⁴*Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 318, art. 3(1)(a).

³³⁵*Id.*, art. 3(1)(g).

³³⁶*Id.*, art. 3(1)(i).

³³⁷*Id.*, art. 5(3).

licences et en fixer les conditions qu'il juge nécessaire³³⁸. Il peut prendre des règlements³³⁹, donner des directives en vertu de l'article 6 et rendre des ordonnances qui sont assimilées à des ordonnances judiciaires³⁴⁰.

Quelle que soit la méthode de réglementation choisie par le CRTC, la prise de décision s'effectue à la suite d'un processus de consultation publique³⁴¹. Ces consultations se font généralement au moyen d'audiences publiques avec ou sans comparution. Le CRTC recourt à l'audience publique avec comparution lorsqu'il est appelé à se prononcer sur les demandes qui lui sont soumises ou sur les changements qu'il songe à apporter à ses règlements ou à ses politiques. Il annonce la tenue d'une consultation publique en radiodiffusion en faisant paraître un avis public ou un avis d'audience publique dans la Gazette du Canada, qui est publiée une fois par semaine³⁴².

Je décris deux politiques du CRTC en matière de radiodiffusion. La première pose des conditions d'octroi d'une licence et d'exercice du droit de radiodiffusion : il s'agit de la *Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux*. La deuxième —la *Politique relative à la radiodiffusion en période électorale*— offre une interprétation de dispositions de nature réglementaire.

³³⁸*Id.*, art. 9.

³³⁹*Id.*, art. 10 et 11.

³⁴⁰*Id.*, art. 12 et 13

³⁴¹*Id.*, art. 18(3). Pour établir des politiques, régler des plaintes et approuver des demandes (autres qu'une licence), le Conseil peut choisir la procédure qui à son avis servira le mieux l'intérêt public. Hudson JANISCH, «The Choice of Decision-making Method : Adjudication, Policies and Rulemaking» (1992) *L.S.U.C.S.L.* 259.

³⁴²Les audiences avec comparution dans le domaine de la radiodiffusion ont un caractère très informel. CANADA, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Comment puis-je faire valoir mon point de vue auprès du CRTC?*, Ottawa, CRTC, novembre 1995 (feuillet de renseignement G6), p. 1-3.

2.2.4.1 La politique sur la radiodiffusion à caractère religieux

La *Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux*³⁴³ de 1993 est le fruit d'un réexamen par le CRTC de sa politique de 1983³⁴⁴. Il s'agissait de déterminer si le Conseil devait attribuer des licences aux entreprises consacrées exclusivement à la diffusion des opinions d'une religion, d'une confession ou d'une secte particulière sur le réseau de base. En 1983, le CRTC avait déterminé qu'étant donné que ces entreprises étaient, en raison de leur nature même, prédisposées en faveur d'un point de vue particulier, il était peu probable qu'elles puissent satisfaire à l'exigence relative à l'équilibre dans leur programmation. Le principe fondamental de l'équilibre dans la programmation repose sur l'article 3i)(i) de la *Loi sur la radiodiffusion*.

«En termes simples, la politique du Conseil relative à l'équilibre vise à garantir qu'un téléspectateur ou un auditeur raisonnablement constant sera exposé à un éventail d'opinions divergentes sur des sujets qui l'intéressent, au cours d'une période raisonnable.»³⁴⁵

³⁴³CANADA, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux*, OTTAWA, CRTC, Avis public CRTC 1993-78, 3 juin 1993.

³⁴⁴CANADA, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Politique de 1983 relative à l'attribution de licences à des entreprises de radiodiffusion d'émissions religieuses*, Ottawa, CRTC, avis public CRTC 1983-112, 2 juin 1983. Suite à l'avis public CRTC 1992-8 du 8 mai 1992, intitulé «Examen de la politique sur la radiodiffusion à caractère religieux», le Conseil a reçu 2 600 mémoires et a entendu des témoignages de 56 personnes et organismes.

³⁴⁵*Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux*, précitée, note 343, p. 8-9.

Dans sa politique de 1993, le CRTC a maintenu le principe de ne pas attribuer de licence pour des services de base à de nouvelles entreprises consacrées exclusivement à la diffusion d'opinions d'une religion. Par contre, il a établi une distinction entre les services de base et les services facultatifs³⁴⁶. Pour ces derniers, le CRTC examine les demandes de licences même si ces radiodiffuseurs ne peuvent satisfaire la condition de l'équilibre.

Le Conseil devait modifier sa politique de 1983, car elle posait des difficultés à deux niveaux. L'une est économique : la politique de 1983 constituait une entrave à la liberté de commerce; l'autre est juridique. Certes, cette politique s'inscrivait dans le cadre de l'objectif canadien de radiodiffusion édicté à l'article 3(1)i)(iv) de la *Loi sur la radiodiffusion*, qui énonce le principe de la programmation équilibré. Toutefois, cette politique violait la liberté d'expression des entreprises de radiodiffusion en contrôlant sévèrement l'accès au marché des radiodiffuseurs désirant radiodiffuser des émissions reflétant un point de vue religieux unique.

Dans sa politique de 1993, le CRTC autorise la programmation qui véhicule un message religieux unique. Le CRTC réitère que les entreprises offrant une programmation exclusive ne peuvent pas demander une licence pour diffuser sur un service de base. Elles peuvent, cependant, obtenir une licence pour diffuser des programmes sur une chaîne dont les services sont offerts sur une base facultative. De plus, cette licence sera octroyées aux entreprises qui s'engagent à respecter *Lignes directrices en matière d'éthique pour les émissions religieuses* intégrées à la politique de 1993.

³⁴⁶Un exemple de service facultatif est la télévision payante.

Bien que cette politique soit plus respectueuse de la liberté d'expression, elle fixe néanmoins des limites³⁴⁷ par le moyen de lignes directrices. Ces dernières s'appliquent à toutes les émissions canadiennes ou non canadiennes diffusées par les titulaires de licences³⁴⁸. Elles servent de guide pour l'élaboration, la production, l'acquisition et l'inscription à l'horaire des émissions diffusées. Elles protègent les téléspectateurs et auditeurs contre l'intolérance et l'exploitation.

Ce code d'éthique énonce deux règles. La première porte sur le ton utilisé par les animateurs. Ces derniers ne doivent pas chercher à intimider le téléspectateur ou l'auditeur, notamment lorsqu'ils sollicitent des dons³⁴⁹. La deuxième porte sur les pratiques qui devraient être respectées par le titulaire d'une licence afin de ne pas promouvoir un climat d'intolérance sociale, culturelle, raciale ou religieuse³⁵⁰. Par cette règle, le CRTC reprend le principe énoncé par la Cour suprême dans l'affaire *Keegstra* selon lequel la prohibition

³⁴⁷ *Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux*, précitée, note 343, p. 8-9 : «Au cœur même des discussions à l'audience se trouvait la question de savoir si la politique du Conseil exigeant l'expression de points de vue divergents sur des questions d'intérêt public impose des limites raisonnables à la liberté d'expression sur les ondes.» Neil FINKELSTEIN, «The Charter and the Control of Content in Broadcast Programming», dans Neil FINKELSTEIN et B.M. ROGERS (éds), *Charter Issues in Civil Cases*, Toronto, Carswell, 1988, p. 213.

³⁴⁸ Le CRTC a émis d'autres règles éthiques en matière de radiodiffusion : voir le *Code d'application volontaire concernant la violence à la télévision*, publié dans CANADA, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Respections nos enfants: une approche canadienne pour les familles à contrer la violence à la télévision*, Ottawa, CRTC, 1996, 11 p. et annexes. Le principe général énoncé dans le Code est d'interdire la présentation de scènes de violence gratuite. Les obligations des radiodiffuseurs et les mécanismes de contrainte sont essentiellement les mêmes dans les *Lignes directrices en matière d'éthique pour les émissions religieuses* et dans le *Code d'application volontaire concernant la violence à la télévision*.

³⁴⁹ *Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux*, précitée, note 343, pp. 18-19.

³⁵⁰ *Id.*, p. 19.

de la propagande haineuse est une limite raisonnable à la liberté d'expression³⁵¹.

Le CRTC s'attend à ce que les titulaires de licences se conforment volontairement à ce code d'éthique³⁵². En cas de refus, le CRTC peut contraindre les titulaires au respect de son code d'éthique. En effet, lors du renouvellement de la licence d'un titulaire, le CRTC peut ajouter une condition à la nouvelle licence qu'il émet, soit celle de se conformer au code d'éthique³⁵³. Cette nouvelle licence sera valide tant que le titulaire respectera le code; dans le cas contraire, elle pourra être révoquée³⁵⁴. Le fait pour une entreprise de ne pas se conformer à une condition de licence constitue une infraction «punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire»³⁵⁵. Le Conseil peut également recevoir et régler toute plainte du

³⁵¹*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. Sur la limitation des droits fondamentaux par le moyen d'une règle administrative, il est intéressant de citer l'affaire *Osborne c. R.*, [1986] 3 C.F. 206, 220-221. Dans cette affaire, le président de la Commission de la Fonction publique avait interprété, par le moyen d'une règle administrative, l'article 32 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, qui limitait le droit des fonctionnaires de participer à des activités politiques. L'interprétation du président élargissait la portée de l'article 32 et, en conséquence, limitait encore plus sévèrement les droits fondamentaux des fonctionnaires. Bien que le juge Walsh était d'avis que cette règle administrative n'avait pas force exécutoire, il a néanmoins tenu compte du fait que les cadres s'inspiraient de la règle pour rendre des décisions de nature disciplinaire à l'égard des fonctionnaires. C'est ainsi qu'il a justifié son intervention : «il existe toutefois beaucoup d'autres activités à caractère politique (que celles mentionnées à l'art. 32), dont quelques exemples nous sont fournis en l'espèce, pour lesquelles il est nécessaire de déterminer si elles consistent à travailler au sens de l'article 32), ce qui ne peut être fait d'une manière définitive dans un simple bulletin émis par la Commission de la Fonction publique même s'il ne fait aucun doute que les cadres s'inspireront de celui-ci comme ils l'ont fait en prohibant les activités illustrées dans ces affaires, tant et aussi longtemps que cette question ne sera pas tranchée par des règlements valides.» *Id.*, 220-221.

³⁵²*Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux*, précitée, note 343, p. 18.

³⁵³*Id.*, p. 19 : «Le Conseil peut imposer les lignes directrices ci-dessus en matière d'éthique comme condition de licence, en particulier, s'il reçoit des plaintes concernant les émissions religieuses d'une titulaire.»

³⁵⁴*Loi sur la radiodiffusion*, note 318, art. 24(1).

³⁵⁵*Id.*, art. 33.

public concernant le non-respect des lignes directrices, mais il n'est pas habilité à censurer ou à interdire la diffusion d'une émission³⁵⁶.

Le CRTC devait résoudre la difficulté constitutionnelle non seulement en raison de l'existence même de la Charte, mais aussi en vertu de la nouvelle *Loi sur la radiodiffusion*, sanctionnée en 1991. L'article 2(3) édicte :

«L'interprétation et l'application de la présente loi doivent se faire de manière compatible avec la liberté d'expression et l'indépendance, en matière de journalisme, de création et de programmation, dont jouissent les entreprises de radiodiffusion.»

Dans sa politique de 1993, le CRTC respecte toujours l'objectif de la programmation équilibrée énoncé à l'article 3i)iv) de la *Loi sur la radiodiffusion* tout en créant une catégorie distincte de licence en vertu de l'article 9 de la loi. Les conditions d'attributions de cette nouvelle catégorie de licence sont énoncées dans la politique de 1993.

Le fondement juridique de cette politique repose sur l'article 6:

6. Le Conseil peut à tout moment formuler des directives - sans pour autant être lié par celles-ci - sur toute question relevant de sa compétence au titre de la présente loi.

³⁵⁶Sauf en ce qui a trait à la publicité. En vertu de l'art. 10(1)d) de la *Loi sur la radiodiffusion*, le CRTC peut, par règlement, régir la nature de la publicité. C'est sur ce fondement que l'art. 4(3)d) du *Règlement de 1986 sur la radio*, DORS/86-982 et mod., et l'art. 6(3)d) du *Règlement de 1987 sur la télédiffusion*, DORS/87-49, incorporent par renvoi le *Code de la publicité radiodiffusée en faveur des boissons alcoolisées*.

Cette disposition législative a été édictée suite à l'arrêt *Capital Cities Communications c. CRTC*³⁵⁷ dans lequel le juge Laskin (alors juge en chef) de la Cour suprême reconnaissait qu'il était «tout à fait approprié d'énoncer des principes directeurs» compte tenu que les «principes en cause ont été établis après de longues auditions auxquelles les parties intéressées étaient présentes et ont pu faire des observations»³⁵⁸.

La nouvelle *Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux* résout des difficultés liées à l'inadéquation entre le droit et les garanties constitutionnelles en matière de droit et de libertés. Par sa *Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux* de 1993, le CRTC s'est conformé à l'article 2(3) de la *Loi sur la radiodiffusion*. En effet, la politique émise en 1993 a pour objet la modification d'une autre politique produite en 1983 qui violait la liberté d'expression des entreprises de radiodiffusion. Cette dernière interdisait l'attribution d'une licence à une entreprise consacrée exclusivement à la diffusion de programmes consacrés aux opinions d'un seul groupe religieux. La politique de 1993 lève cette interdiction, mais fixe à la fois des limites à la liberté d'expression des personnes dont les opinions sont diffusées sur les ondes. Ces limites sont inscrites dans les *Lignes directrices en matière d'éthique pour les émissions religieuses*, intégrées à la politique de 1993. Le CRTC pose des limites raisonnables à la liberté d'expression des radiodiffuseurs conformément à la jurisprudence de la Cour suprême portant sur la liberté d'expression. Sur le plan de la validité, il existe cependant un flottement dans la jurisprudence de cette Cour sur la limitation des droits par le moyen d'une règle administrative. Dans le contexte du CRTC, les articles 2(3) et 6 peuvent servir de fondement au pouvoir du CRTC d'interpréter, par le moyen d'une directive, la portée et les limites de la liberté d'expression des administrés qui

³⁵⁷[1978] 2 R.C.S. 141.

³⁵⁸*Id.*, 171.

sont sous sa gouverne. Mais en l'absence d'un arrêt de la Cour suprême répondant clairement à la question de savoir si les organismes publics ont le pouvoir de poser des limites aux droits fondamentaux par une règle administrative, toute avancée sur ce terrain est particulièrement spéculative. Seule la Cour suprême peut faire une détermination finale sur cette question, et ce, à l'exclusion du législateur.

2.2.4.2 La politique relative à la radiodiffusion en période électorale

Tout au cours de l'histoire de la radiodiffusion au Canada, les titulaires de licences ont été tenus de suivre les élections. Les radiodiffuseurs ont l'obligation de garantir que les électeurs seront convenablement informés de la position des partis et qu'ils connaissent les candidats. Il ne leur appartient pas de jouer «un rôle de censeur bienveillant qui peut donner au public uniquement ce qu'il "devrait" savoir, pas plus qu'il leur appartient de décider à l'avance des candidats qui "méritent" du temps d'antenne.»³⁵⁹ La radiodiffusion et la télédiffusion sont de puissants médias et les propriétaires de stations ne peuvent favoriser indûment un parti ou un candidat plutôt qu'un autre et altérer ainsi le déroulement normal d'une élection. Le droit à l'information est essentiel au fonctionnement efficace d'une démocratie, tout particulièrement en période électorale. Une des raisons cruciales ayant amené le gouvernement fédéral à attribuer la compétence en matière de radiodiffusion à un organisme indépendant est précisément d'assurer que ni les groupes d'intérêts, ni les gouvernements ne soient en mesure de contrôler ces médias.

³⁵⁹CANADA, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Radiodiffusion en période électorale*, Ottawa, CRTC, avis public du CRTC 1987-209, 23 septembre 1987, 8 p.

Cet objectif a été codifié dans l'article 3i)(i) de la *Loi sur la radiodiffusion* qui édicte que la programmation offerte par les diffuseurs doit être équilibrée. La signification de cet objectif dans le cadre électoral est plus clairement énoncée à l'article 10(1)(e). Dans cette disposition, le législateur édicte que le Conseil peut, par règlement :

«fixer la proportion du temps d'antenne pouvant être consacrée à la radiodiffusion —y compris les messages publicitaires et annonces— de nature partisane, ainsi que la répartition équitable de ce temps entre les partis politiques et les candidats.»

Aux articles 6 du *Règlement de 1986 sur la radio*³⁶⁰ et du *Règlement de 1987 sur la télédiffusion*³⁶¹, le CRTC n'a pas vraiment réglementé les obligations des radiodiffuseurs. Il a plutôt repris le libellé de l'article 10(1)e). L'article 6 édicte que le titulaire d'une licence :

«doit répartir équitablement entre les différents partis politiques accrédités et les candidats rivaux représentés à l'élection ou au référendum le temps consacré à la radiodiffusion d'émissions, d'annonces ou d'avis qui exposent la politique d'un parti.»

À la suite de la publication d'un avis public en 1987, le Conseil a invité les parties intéressées à lui formuler des observations sur les exigences en matière de radiodiffusion en période électorale. L'objectif de cet examen était de trouver «des solutions aux problèmes qui se sont posés dans le passé,

³⁶⁰Précité, note 356.

³⁶¹*Id.*

de cerner et de supprimer les politiques et procédures relatives à la radiodiffusion en période électorale qui ne conviennent peut-être plus.»³⁶² Le CRTC a posé une série de questions précises aux parties intéressées. Les réponses fournies par ces dernières ont servi à formuler la *Politique relative à la radiodiffusion en période électorale*³⁶³. Les principes interprétatifs énoncés dans la politique servent soit à préciser le sens des règlements, soit à modifier une interprétation antérieurement énoncée dans une ligne directrice du Conseil. Voici un exemple pour chacune de ces deux situations.

Le «traitement équitable» des partis et des candidats ne signifie pas nécessairement traitement égal³⁶⁴. Tel que le CRTC l'avait établi dans une ligne directrice antérieure, le titulaire d'une licence devait traiter équitablement tous les partis et candidats lors de la diffusion de ses émissions. Pour ce faire, le titulaire devait tenir compte de l'ensemble des émissions diffusées sans faire de distinction entre les catégories d'émissions : émissions de temps payé ou de temps gratuit, nouvelle et affaires publiques³⁶⁵. Ainsi, le Conseil était d'avis qu'une émission d'affaires publiques pouvait être équilibrée par une émission de temps gratuit.

³⁶²*Radiodiffusion en période électorale*, avis public du CRTC 1987-209, précité, note 359, p. 1. Il faut préciser, cependant, que le principe du traitement équitable des partis et des candidats existe depuis près de soixante ans. De nombreuses plaintes et décisions portant sur ce principe ont permis au Bureau des gouverneurs de la radiodiffusion, puis au Conseil, de préciser la portée des obligations des radiodiffuseurs sous la forme de lignes directrices et de circulaires. Le CRTC mentionne à plusieurs reprises l'existence de lignes directrices et de circulaires interprétatives dans l'Avis public, précité, mais sans fournir les références, sauf pour la Circulaire n° 334 — *Émissions politiques: politiques concernant la répartition de temps d'antenne gratuit et de temps éditorial*, Ottawa, CRTC, 4 juin 1987. Même pour cette circulaire, il n'a pas été possible de retracer le texte dans les documents publics au Conseil archivés dans le site internet du CRTC.

³⁶³CANADA, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Politique relative à la radiodiffusion en période électorale*, Ottawa, CRTC, avis public du CRTC 1988-142, 2 septembre 1988, 9 p.

³⁶⁴*Id.*, p. 4.

³⁶⁵*Id.*, p. 7.

Certains participants à la consultation publique ont argumenté que cette façon de procéder était injuste à l'endroit des candidats et des partis politiques. Les téléspectateurs n'écoutent généralement pas toute la programmation d'une station, mais syntonisent plutôt leur appareil pour écouter une émission en particulier³⁶⁶. D'autres participants ont fait valoir qu'un titulaire peut «favoriser un parti ou un candidat en mettant du temps gratuit à sa disposition et seulement du temps d'affaires publiques à la disposition des autres»³⁶⁷. En conséquence, le Conseil a modifié l'interprétation antérieure pour conclure que les exigences relatives au traitement équitable doivent s'appliquer à l'intérieur de chacune des catégories d'émissions³⁶⁸.

Afin de déterminer quand les obligations des radiodiffuseurs débutent et terminent, l'article 8 du règlement définit la période électorale comme suit :

«a) Dans le cas d'une élection fédérale ou provinciale ou d'un référendum fédéral, provincial ou municipal, la période qui commence à la date de l'annonce de l'élection ou du référendum et qui se termine à la date où le référendum a lieu»

La difficulté interprétative posée par cette définition est que tous «les candidats ne sont pas mis en candidature à la même date». Pour «des raisons stratégiques ou autres», certaines candidatures sont annoncées «une fois la

³⁶⁶ *Id.*

³⁶⁷ *Id.*

³⁶⁸ *Id.*

campagne bien engagée»³⁶⁹. Les titulaires voulaient savoir si les candidats de dernière heure devaient obtenir «une couverture équitable à partir du moment où ils sont entrés dans la campagne»³⁷⁰ où à partir de la date de l'annonce de l'élection tel qu'édicte dans les règlements (ce qui aurait posé des difficultés pratiques considérables).

Le Conseil décida que les règlements n'obligent pas les titulaires à «dédommager les derniers arrivés pour le temps déjà accordé aux autres candidats à la suite du déclenchement de l'élection.»³⁷¹ Il a précisé dans la politique que l'exigence réglementaire relative au temps équitable «s'applique à partir de la plus tardive des deux dates suivantes: a) la date à laquelle un candidat est mis en candidature ou b) la date à laquelle une élection est déclenchée.»³⁷²

Contrairement à la *Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux*, la *Politique relative à la radiodiffusion en période électorale* ne fixe pas de condition pour l'octroi de licence. Son objet est d'interpréter la portée et les limites des obligations des radiodiffuseurs. C'est par le moyen de plaintes que le CRTC est en mesure de savoir si les radiodiffuseurs respectent les normes qu'il émet³⁷³. Lorsque le CRTC décide qu'un titulaire n'a pas respecté ses obligations, il peut sanctionner le comportement fautif au moment de la demande de renouvellement de la licence. Le Conseil peut, par exemple, renouveler la licence pour une période plus courte que la durée de la licence originale qui a été octroyée au titulaire.

³⁶⁹*Id.*

³⁷⁰*Id.*

³⁷¹*Id.*

³⁷²*Id.*

³⁷³*Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 318, art. 12.

Avec cette politique, le CRTC met en œuvre l'objectif d'une programmation équilibrée dans le cadre d'une élection. Le CRTC possède une compétence explicite pour interpréter le droit puisqu'il peut connaître «de toute question de droit dans les affaires relevant de sa compétence»³⁷⁴. De plus, il peut imposer ses interprétations en émettant des politiques. Comme il a été mentionné plus haut, le CRTC est habilité à l'article 6 de la *Loi sur la radiodiffusion*, à énoncer des directives «sur toute question relevant de sa compétence».

Par rapport à l'ordre juridique étatique, la *Politique relative à la radiodiffusion en période électorale* contribue au maintien de la validité des articles 6 du *Règlement de 1986 sur la radio*³⁷⁵ et du *Règlement de 1987 sur la télédiffusion*³⁷⁶. En effet, ces articles pourraient faire l'objet d'une contestation, car le pouvoir réglementaire n'a pas été exercé de façon significative. Dans l'affaire *Brant Dairy c. Ontario Milk Commission*³⁷⁷ l'article 4 du règlement ontarien 52/68 a été déclaré ultra vires. Il visait à donner suite aux pouvoirs délégués à l'Office de mise en marché par la Commission afin que la première établisse par règlement un système de quotas. L'Office a exercé ce pouvoir en usant des termes de la disposition législative lui conférant le pouvoir de réglementer. Il n'a pas établi un système de quotas, mais a simplement repris la formule de la loi, en ne précisant pas les normes applicables. L'Office conservait ainsi toute sa discrétion. Il manquait «manifestement à sa vocation propre, qui est d'apporter un complément aux normes énoncées par la loi,

³⁷⁴*Id.*, art. 17.

³⁷⁵Précité, note 356.

³⁷⁶*Id.*

³⁷⁷*Brant Dairy c. Ontario Milk Commission*, [1973] R.C.S. 131. Dans cette affaire, un règlement a été déclaré illégal, car il reprenait, sans plus, les termes de la loi habilitante; *Institut canadien des compagnies immobilières publiques c. Toronto (Ville de)*, [1979] 2 R.C.S. 2.

sous la forme de normes plus précises, plus concrètes, plus susceptibles d'application directe à des cas particuliers.»³⁷⁸

L'article 10(1)e) de la *Loi sur la radiodiffusion* attribue un pouvoir réglementaire au Conseil qui «peut fixer la proportion du temps d'antenne pouvant être consacrée à la radiodiffusion —y compris les messages publicitaires et annonces— de nature partisane, ainsi que la répartition équitable de ce temps entre les partis politiques et les candidats.» Quant aux articles 6, ils édictent qu'un titulaire d'une licence : «doit répartir équitablement entre les différents partis politiques accrédités et les candidats rivaux représentés à l'élection ou au référendum le temps consacré à la radiodiffusion d'émissions, d'annonces ou d'avis qui exposent la politique d'un parti.» Ces règlements réitèrent essentiellement le contenu préexistant de la disposition législative. Ils n'informent pas adéquatement les administrés quant à la portée précise de la règle³⁷⁹. Ils n'encadrent pas «suffisamment le pouvoir de ceux qui sont chargés de l'appliquer, de manière à minimiser la part discrétionnaire de ce pouvoir.»³⁸⁰

Les règles administratives contenues dans la politique précisent la signification des obligations réglementaires qui incombent aux radiodiffuseurs et, par le fait même, des droits des candidats et des partis politiques quant à la répartition équitable du temps d'antennes. Ces règles offrent des guides plus clairs aux fonctionnaires pour évaluer le bien-fondé d'une plainte d'un parti ou d'un candidat. Elles ajoutent aux autres règles administratives préexistantes et ayant pour fonction de préciser la portée et les limites des articles 6 des règlements sur la radiodiffusion et la télédiffusion. En effet, ces

³⁷⁸P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 74, p. 460.

³⁷⁹Un règlement n'est pas illégal du simple fait qu'il crée une simple incertitude sur son champ d'application qui peut être dissipée par un effort raisonnable d'interprétation de la part d'un citoyen suffisamment informé des réalités qui font l'objet du règlement : *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements*, [1985] 1 R.C.S. 368.

³⁸⁰P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 74, p. 461.

dispositions réglementaires reprenaient essentiellement le texte de la disposition législative attribuant le pouvoir réglementaire au CRTC. Cette politique apporte des précisions sur l'application des dispositions réglementaires relatives aux droits et aux obligations des radiodiffuseurs et des télédiffuseurs à l'égard de la répartition équitable du temps d'antenne entre les partis politiques et les candidats lors d'une campagne électorale [articles 6 des règlements, article 10(1)e) de la loi qui autorise cette prise de règlements]. Le CRTC possède une compétence spécifique pour déterminer toute question de droit [article 17 de la *Loi sur la radiodiffusion*]. De plus, le législateur permet au CRTC d'établir des directives sur toute question relevant de sa compétence [article 6 de la loi].

Conclusion

Dans le cadre de la théorie institutionnelle, l'évaluation de la validité d'un acte —le processus d'institutionnalisation— comporte deux étapes : l'identification du problème à résoudre et l'intégration de la solution de manière compatible avec l'ordre juridique. Dans les limites des paramètres juridiques institués par leur cadre normatif, les organismes administratifs peuvent déployer leur autonomie en élaborant des pratiques ou des règles afin de remédier à des problèmes spécifiques et concrets qui se posent à eux. À cet égard, les règles administratives que j'ai répertoriées résolvent des difficultés incompatibles avec les impératifs d'efficacité. En émettant des règles administratives, les administrateurs considèrent en priorité leurs propres intérêts en ce sens qu'ils cherchent généralement à améliorer l'exécution de la mission qui leur a été confiée.

Toutefois, cette recherche d'une plus grande efficacité n'est pas sans limite. Les administrateurs doivent respecter un principe fondamental dans l'ordre juridique étatique : ils ne sont pas autorisés à agir pour des raisons de pure commodité³⁸¹. Ainsi, pour légitimer leurs actions aux yeux des administrés, les administrateurs justifient l'émission de règles administratives par des rationalités propres au droit public. À partir de l'échantillon de recherches, j'en ai identifié trois : le respect des droits et des libertés fondamentaux des administrés, l'assurance d'un traitement équitable et impartial de leurs demandes et le maintien de l'ordre public.

En ce qui a trait au respect des droits et des libertés fondamentaux, deux règles administratives doivent être signalées. Il s'agit de la *Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux* du CRTC qui a pour objet la résolution d'une difficulté liée à l'application de l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de la *Directive sur les revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées sur la base de leur sexe* qui propose une interprétation de la définition de «réfugié au sens de la Convention» de manière à la rendre compatible avec le droit à l'égalité, sans discrimination sur la base du sexe (motif prohibé par l'article 15 de la Charte) et avec le droit à la sécurité des personnes (article 7 de la Charte).

³⁸¹Qu'il s'agisse de commodité administrative, voir *Singh*, précité, note 197, 218 (j. Wilson) [en matière de procédure administrative affectant les droits et libertés fondamentaux des administratifs], ou de pure opportunité politique. Dans l'arrêt *Produits Shell Canada Limitée c. Ville de Vancouver*, [1994] 1 R.C.S. 231, 275 la Cour suprême avait à déterminer la validité de résolutions municipales adoptées par la ville de Vancouver selon lesquelles elle s'abstiendrait de traiter avec Shell Canada jusqu'à ce que cette compagnie se retire complètement de l'Afrique du Sud. Il s'agissait de décider si ces résolutions excédaient la compétence de la ville de Vancouver en ce qu'elles n'avaient pas trait à un objet municipal. Constituaient-elles une forme de discrimination? En répondant par l'affirmative à cette question, le juge Sopinka, pour la majorité, réitéra le principe selon lequel un organisme créé par une loi, telle une municipalité, peut exercer «seulement les pouvoirs qui leur sont conférés expressément par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessairement ou vraiment du pouvoir explicite conféré dans la loi, et les pouvoirs indispensables qui sont essentiels et non pas seulement commodes pour réaliser les fins de l'organisme.» Ce principe avait été antérieurement énoncé par la Cour dans l'arrêt *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, 668 (juge Sopinka).

Pour ce qui est de l'équité et de l'impartialité, les règles administratives peuvent jouer de multiples rôles dans le cadre du traitement des dossiers des administrés. Certaines indiquent aux administrés les faits utiles pour faire une demande. Tel est le cas de la *Ligne directrice n° 10* du Conseil du Trésor et des circulaires d'information du ministère du Revenu. D'autres règles administratives énoncent la procédure pour recueillir des éléments de preuve. Les règles qui font partie de cette deuxième catégorie sont les *Instructions régissant les communications hors de la salle d'audience* de la CISR. Certaines règles administratives rendent les normes de structure plus intelligibles. Les bulletins d'interprétation du ministère du Revenu national clarifient l'étendue des droits et des obligations des administrés. Ils aident également les fonctionnaires du ministère à appliquer uniformément les dispositions législatives de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. D'autres règles remédient à l'imprécision de lois ou de règlements —par exemple, la *Politique relative à la radiodiffusion en période électorale* élaborée par le CRTC—, à l'incertitude du droit —telles les *Codes sur les conflits d'intérêts* émanant du Conseil du Trésor et du Bureau du Premier ministre—, ou encore à l'absence de normes de nature législative. Dans cette catégorie, il convient de classer le *Guide des candidats aux bourses* du CRSH qui ont pour fonction d'assurer un traitement égal de toutes les demandes des administrés.

Finalement, les exemples de règles servant à maintenir l'ordre public sont le *Projet-pilote sur le processus accéléré* qui a été mis sur pied par la CISR et le *Programme de conformité* qui a été élaboré par le Bureau de la politique de concurrence. En raison de différents facteurs, ces lois ont eu des effets imprévus. Les dispositions de la *Loi sur l'immigration* relatives au processus de revendication du statut de réfugié ont engendré des délais déraisonnables dans le traitement des demandes. Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux pratiques commerciales déloyales n'ont pas donné les résultats escomptés. Une partie importante des enquêtes menées par le directeur du Bureau de la politique de concurrence étaient, à toutes fins pratiques, inutiles. En effet, les plaintes déposées par les concurrents —contre les entreprises qui usaient de pratiques commerciales déloyales— ne se

rendaient pas au bureau du Procureur général faute de preuves suffisantes pour porter des accusations criminelles. Ainsi, les concurrents étaient laissés dans une situation défavorable sur le marché.

Les enjeux soulevés par l'élaboration de règles administratives dépassent la simple question de l'organisation du fonctionnement interne de l'institution administrative. En effet, les difficultés rencontrées par les administrateurs peuvent être de nature administrative, sociale, politique, économique et juridique. De plus, les règles administratives ne sont pas simplement facultatives, ni pour les fonctionnaires, ni pour les administrés : leur respect fait l'objet d'une surveillance par les administrateurs qui utilisent divers mécanismes de contrôle. Elles affectent la conduite des acteurs institutionnels. Dès qu'un cas donne ouverture à l'application d'une règle, l'autorité l'utilise dans le processus décisionnel afin de déterminer les droits/intérêts et les obligations/responsabilités des administrés. Ainsi, il est exact de prétendre que la théorie institutionnelle est pertinente pour rendre compte du phénomène de la régulation.

Pour valablement intégrer les règles administratives dans leur ordre juridique, les administrateurs doivent rattacher la règle au cadre normatif de l'organisme dont ils ont la responsabilité. Cette proposition est reflétée en droit public par le principe de légalité : tout acte juridique est valide seulement si l'organisme possède l'autorité pour agir en droit. Dans la mesure où les normes sont compatibles avec la structure normative propre à un organisme administratif, elles sont valides pour les juristes de droit administratif et de leur point de vue. Cependant, l'analyse désincarnée de la validité des règles basée sur la présomption qu'il existe *une* norme supérieure autorisant l'acte est un modèle réducteur, d'autant plus que l'échantillon de règles administratives montre qu'il est vain de perpétuer le mythe du législateur omniscient. Ces règles pallient des problèmes d'insuffisance, d'inadéquation, d'indétermination, d'imprécision, d'incertitude ou encore d'absence de normes. Le législateur peut prévoir les actions générales des

acteurs, mais il ne peut pas anticiper les événements futurs qui entraîneront des activités normatives étroitement reliées à un contexte très spécifique.

Les cadres normatifs des institutions constituent un agencement de règles, de principes et de valeurs propres au droit administratif et c'est en fonction de la totalité du cadre normatif structurant l'institution qu'il faut évaluer la validité des actes administratifs qui y sont produits. Toutefois, la signification de ces normes structurelles n'est pas univoque. La portée et les limites des compétences attribuées aux organismes administratifs doivent être modulées eu égard aux fonctions et aux objectifs de ces organismes³⁸². Dans cette perspective, il convient de conclure qu'à l'exception du *Projet-pilote sur le processus accéléré* de la CISR et du *Programme de conformité* du Bureau de la politique de concurrence, les règles administratives constituant l'échantillon de recherche s'intègrent au droit public des organismes qui les ont émises. Elles sont valides du point de vue du droit administratif, ce qui ne veut pas dire que le même constat serait posé si une analyse de la validité constitutionnelle était effectuée. En effet, dans ce cas il faudrait nuancer cette affirmation. Il est incertain, dans l'état actuel du droit positif, qu'un organisme administratif puisse, par exemple, limiter les droits et libertés fondamentaux des administrés par le moyen d'une règle administrative (code d'éthique annexé à la *Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux*), même si ces limites sont compatibles avec celles qui ont été posées par la Cour suprême.

Les règles administratives qui ont pour fonction la spécification des règles de fond sont fonctionnellement valides. Dans cette première catégorie, il convient de classer, d'une part, les règles interprétatives —les bulletins d'interprétation du ministère du Revenu, la *Politique relative à la radiodiffusion en période électorale* du CRTC et la *Directive sur les revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées sur la base de leur sexe* de la CISR. D'autre part, cette catégorie comprend les règles conditionnelles. Certaines d'entre

³⁸²*Newfoundland Telephone Co.*, précité, note 319, 638-639.

elles fixent des conditions initiales, soit relatives aux critères d'admissibilité à un programme —le guide des candidats au programme de bourses du CRSH— ou relatives à la formation des contrats administratifs —les *Codes sur les conflits d'intérêts* du Conseil du Trésor et du Premier ministre—, alors que d'autres règles prévoient des conditions liées à l'exercice de l'activité réglementée pour la période de validité durant laquelle la permission est octroyée. La *Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux* du CRTC ainsi que les *Lignes directrices en matière d'éthique pour les émissions religieuses* intégrées à cette politique sont des exemples.

La deuxième catégorie de règles administratives valides est constituée des règles de pratique et de procédure. Ces règles servent à différencier la relation entre l'Administration et l'administré en ce sens que l'Administration crée un clivage entre ce qui est pertinent et ce qui ne l'est pas aux fins de la décision individuelle. En posant ces limites, l'autorité administrative se donne des outils pour circonscrire la recherche des faits ou pour indiquer à l'administré comment elle traitera sa demande. Les circulaires du ministère du Revenu, la *Ligne directrice n°10* du Conseil du Trésor et les *Instructions régissant les communications hors de la salle d'audience* émises par le président de la CISR illustrent ce type de règles.

Ces deux catégories de règles servent à maintenir la cohésion, la stabilité et la permanence des institutions administratives et, en cela, elles confirment le point de vue des institutionnalistes : l'institution tend vers la conservation de son ordre. Elle cherche à maintenir l'intégrité de ses structures normatives. Toutefois, dans les cas du *Projet-pilote sur le processus accéléré* de la CISR et du *Programme de conformité* du Bureau de la politique de concurrence les administrateurs n'ont pas émis ces règles afin de conserver l'intégrité des structures normatives de leur institution. Il s'agit de situations claires où les dispositions législatives ont fait l'objet de transformations sans que ces changements aient été autorisés. Ce n'est pas sans raison que ces deux règles administratives ont existé «parallèlement» aux lois jusqu'à temps que le législateur les modifie pour légaliser l'état de fait. Néanmoins, l'usage de ces

procédés parallèles est intéressant, car il permet aux administrateurs de vérifier non seulement la viabilité des changements qu'ils proposent, mais aussi la réaction des administrés³⁸³. Dans le contexte où le but de l'autorité administrative est d'obtenir du législateur qu'il modifie le cadre normatif dans le sens qu'il propose, ce «droit à l'essai» représente un atout certain³⁸⁴.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

L'exécution des missions administratives engendre des relations juridiques entre l'Administration et les administrés qui sont instables, car elles baignent dans un environnement en constante mouvance. Durant le cycle d'existence d'un organisme, les événements extérieurs auxquels il est confronté le forcent à réagir. Ces événements sont le moteur de son action. C'est par le traitement de ces renseignements que les administrateurs évaluent les possibilités d'action. Les apprentissages qu'ils tirent de leurs expériences peuvent être traduits en règles administratives qui peuvent être intégrées à l'ordre juridique de l'organisme administratif. En posant que l'étude du droit inclut l'examen des mécanismes que l'Administration utilise pour guider, contrôler et évaluer son action, j'ai examiné le rôle des règles administratives dans le processus d'exécution des missions administratives. À cet égard, la théorie institutionnelle permet d'analyser les mouvements des organismes administratifs dans leur sphère d'autonomie en tenant compte de leur capacité d'organiser leur propre ordre afin d'en maintenir la stabilité. Parce qu'elle

³⁸³D. MOCKLE, *op. cit.*, note 186, p. 509 et suiv.

³⁸⁴Pour un autre type d'exemple de règles d'expérimentation, voir les directives ministérielles émises le 16 juin 1999 établissant le mandat du bureau de l'Ombudsman de la Défense nationale et des Forces canadiennes. À la note infrapaginale n° 1 de la page 1 du document, on peut lire : «Les présentes directives orienteront les activités du bureau de l'Ombudsman pendant une période de six mois, après quoi elles seront examinées, modifiées au besoin et intégrées au règlement.» On peut obtenir copie de ces directives en faisant une demande en ce sens au bureau de l'Ombudsman.

permet d'adopter une approche fonctionnelle de la validité, la théorie institutionnelle permet d'analyser de façon plus nuancée l'intégration des actes administratifs dans les ordres juridiques que la théorie normativiste ne le permet.

En élargissant les paramètres normatifs pertinents dans l'analyse de la validité, c'est-à-dire que la totalité de la structure normative de l'institution administrative est pertinente et que cette totalité inclue les principes et les valeurs, la théorie institutionnelle de MacCormick et de Weinberger ouvre des avenues intéressantes afin de comprendre les diverses routes qui peuvent être empruntées pour élaborer des règles de droit public. Toutefois, elle n'est pas sans limite. Leur théorie présuppose l'existence d'institutions juridiques présentant des structures déterminées. Leur projet théorique ne porte pas a priori sur la formalisation des ordres juridiques, mais sur les actions requises par les agents institutionnels pour conserver l'intégrité des structures normatives de leur institution. En d'autres mots, cette théorie propose une lecture de la relation entre les faits et le droit³⁸⁵. Dans cette perspective, elle s'est avérée utile pour expliquer l'émergence et l'intégration de la majorité des règles administratives qui ont composé l'échantillon de cette recherche.

Pour cette majorité de règles, les deux temps du processus d'institutionnalisation (l'émergence et l'intégration) ont été concomitants, mais tel n'a pas été le cas pour les deux dernières règles comprises dans l'échantillon de recherche. Il s'agit du *Projet-pilote sur le processus accéléré* de la CISR et du *Programme de conformité* du Bureau de la politique de concurrence. Pour ces deux dernières règles, les solutions normatives ont certes réglé les problèmes identifiés par les administrateurs, mais ces solutions ne s'intégraient pas au cadre normatif de ces institutions administratives. Durant la période intérimaire —entre le constat d'inefficacité et les modifications législatives apportées par la suite— la CISR et le Bureau de la politique de

³⁸⁵J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 10, p. 253.

concurrence ont expérimenté de nouveaux processus décisionnels qui se sont appliqués de manière parallèle à ceux qui ont été pensés par le législateur. Ce n'est qu'ultérieurement, c'est-à-dire à la suite des modifications législatives venant consacrer la légalité de ces initiatives, que le processus d'institutionnalisation a été finalement complété.

Dans le système étatique, l'Administration est l'organe qui est le mieux placé pour réagir aux dysfonctions des organismes administratifs et pour proposer des formules de rechange. En créant un autre cadre décisionnel, l'Administration ne fait pas cesser les effets des dispositions législatives qu'elle juge inefficaces. Ces actes sont destinés à s'appliquer de manière parallèle à la structure législative tant et aussi longtemps que le législateur n'a pas formellement modifié la loi. Ces actes réglementaires sont intéressants du point de vue théorique puisqu'ils montrent que la création du droit n'est pas un processus allant toujours du haut vers le bas. Le mouvement inverse, du bas vers le haut, peut également se produire. Toutefois, la théorie institutionnelle est limitée pour répondre aux problématiques soulevées par ce type d'initiative administrative, car elles impliquent la transformation du cadre normatif de l'institution. Ces limites feront l'objet de remarques dans la conclusion générale.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le phénomène des règles administratives peut, comme tout objet d'analyse, impliquer l'étude de diverses notions fondamentales en théorie du droit, telles la normativité, la juridicité, l'effectivité ou la validité. Pour ce premier tour d'horizon, j'en ai retenu deux —la juridicité et la validité— qui sont liées à la question centrale de cette thèse : est-ce que les règles administratives sont des actes juridiques valides?

S'agissant de la juridicité des règles administratives, les analyses de la première partie avaient pour but de comprendre pourquoi les règles administratives ne sont pas considérées comme des règles «proprement juridiques». C'est à partir du cadre théorique dominant en droit positif —le normativisme—, que j'ai fait des liens entre les conditions de juridicité posées en droit positif pour identifier les textes réglementaires et leur fondement théorique. J'ai conclu que la théorie normativiste ne permet pas d'exclure les règles administratives du champ juridique. En effet, il apparaît plutôt que ce sont les pesanteurs historiques liées à la théorie du pouvoir discrétionnaire, et trouvant racine dans la tradition diceyenne du droit administratif, qui aient été plus déterminantes dans l'exclusion des règles administratives hors du droit. Toutefois, ces lourdeurs se sont considérablement estompées en droit administratif contemporain, si bien que la conception moderne de la théorie du pouvoir discrétionnaire permet d'inclure ces règles dans le droit. En conséquence, il n'existe pas d'entrave à la reconnaissance des règles administratives à titre d'actes appartenant à la catégorie des actes réglementaires. Ces actes constituent une famille d'actes juridiques produits par le Gouvernement ou l'Administration. Ils instituent des règles de conduite abstraitement définies et qui affectent directement ou indirectement les droits, les intérêts et les obligations d'une catégorie d'administrés.

Cette typologie comporte des enjeux sur le plan de l'élaboration et de l'exécution des règles administratives qui mettent en évidence les difficultés relatives aux orientations du droit public sur la classification des actes administratifs. Plusieurs questions devront être soulevées pour déterminer les processus d'élaboration de l'ensemble des actes réglementaires. Existe-t-il des distinctions fondamentales entre les actes réglementaires qui permettent une classification opératoire et compatible avec les exigences du droit public? Dans l'affirmative, faudrait-il prévoir des régimes juridiques distincts pour l'élaboration de diverses catégories d'actes? Dans la négative, faudrait-il plutôt prévoir des exceptions à l'intérieur de ces régimes? Pourquoi? Et comment? Sur ce plan, une piste émerge en droit positif. En effet, la Cour suprême n'estimerait plus nécessaire d'assujettir les règles administratives relatives à la procédure aux processus d'élaboration des règlements. Toutefois, c'est avec prudence qu'il faut avancer sur ce terrain car la distinction entre la substance et la procédure n'est pas toujours une question simple à résoudre.

Sur le plan de l'exécution, la reconnaissance du caractère juridique des règles administratives implique des répercussions sur le contentieux administratif. Les décisions individuelles rendues à la suite de l'application d'une règle administrative pourront faire l'objet de recours en révision judiciaire pour excès de pouvoir. Ces recours seront ouverts, d'une part, pour faire annuler les décisions rendues en violation des principes de justice naturelle ou d'équité procédurale. Ainsi, lorsqu'un organisme administratif émet des règles administratives ayant pour fonction d'offrir une protection procédurale aux administrés, il aurait l'obligation de les respecter sous réserve de «la nature et de besoins spéciaux» de certains organismes administratifs qui doivent pouvoir intervenir rapidement en cas d'urgence³⁸⁶. D'autre part, les juges pourraient également accepter une demande en contrôle judiciaire pour

³⁸⁶ *Martineau c. Le comité de discipline des détenus de l'institution de Matsqui*, précité, note 154, 630 (j. Dickson) et 637 (j. Pigeon); *Cardinal et Oswald c. Directeur de l'établissement Kent*, précité, note 154, 660.

apprécier la légalité des décisions qui reposent sur une interprétation ou une application erronée de la règle administrative. À cet égard, l'approche pragmatique et fonctionnelle préconisée par la Cour suprême dans l'arrêt *Bibeault*, et servant à déterminer la norme de contrôle applicable à la diversité des organismes administratifs, est tout aussi pertinente dans ce contexte. Une fois qu'il est admis que les règles administratives sont des règles de droit, les juges peuvent déterminer si les motifs invoqués par l'organisme pour justifier l'application ou la non-application de la règle satisfont la norme de contrôle pour cet organisme en particulier³⁸⁷. Le juge ne pourrait plus se satisfaire de la simple vérification portant sur le respect des règles de la justice naturelle ou de l'équité procédurale, comme tel est le cas actuellement.

Dans la deuxième partie, il s'agissait d'évaluer la validité d'un échantillon de règles administratives qui ont été répertoriées dans les organismes administratifs fédéraux. Sur le plan théorique, une analyse exclusivement formelle aurait été indûment limitée, car les attributions de compétence aux organismes sont souvent trop indéterminées pour inférer l'existence d'un rattachement valide entre la norme supérieure/secondaire et la règle administrative (la règle inférieure ou primaire). Afin de poursuivre la réflexion des juristes canadiens et français, il était utile d'évaluer les limites de la théorie institutionnelle pour expliquer l'émergence et l'intégration des règles administratives à titre de formes alternatives de régulation utilisées en droit public.

À la suite des analyses effectuées dans la deuxième partie, j'ai conclu que la plupart des règles administratives sont valides, à l'exception de deux d'entre elles. Il s'agit du *Projet-pilote sur le processus accéléré* et du *Programme de conformité*. Ces actes «para-réglementaires» —qui se caractérisent par une institutionnalisation partielle et une invalidité temporaire—montrent que la théorie institutionnelle comporte des limites tant

³⁸⁷ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, Cour suprême du Canada, n° 25823, 9 juillet 1999, par. 52-56 (j. L'Heureux-Dubé).

sur le plan de l'émergence que de l'intégration des règles. La première observation porte sur la notion d'émergence et plus précisément sur l'influence des facteurs autres que juridiques (les facteurs sociaux, politiques et économiques) dans l'élaboration du droit administratif. Bien que cette recherche montre que la production du droit administratif ne peut pas toujours être expliquée d'un point de vue strictement formel, elle illustre surtout, par l'entremise de ces actes para-réglementaires, que les facteurs sociaux, politiques ou économiques sont parfois plus déterminants que les facteurs juridiques pour expliquer et comprendre l'action administrative.

Les scénarios à la base de ces deux initiatives normatives sont distincts. Dans le cas du *Projet-pilote sur le processus accéléré* de la CISR, c'est l'urgence de la situation qui a provoqué les changements. L'inefficacité du processus de revendication du statut de réfugié était due, en partie, à des changements politiques et sociaux imprévus dans un nombre important d'États étrangers. La procédure de revendication du statut de réfugié menaçait de s'effondrer sous le poids de l'augmentation vertigineuse du nombre de demandes si des correctifs n'étaient pas faits. Contrairement à la CISR, la situation qui prévalait au sein du Bureau de la politique de concurrence n'était pas dramatique. Si le Programme de conformité du Bureau de la politique de concurrence a vu le jour, c'est vraisemblablement parce que les intérêts ainsi que les principes et valeurs des forces en présence (les sociétés commerciales et les dirigeants du Bureau de la politique de concurrence) convergeaient vers une même direction. Il fallait augmenter l'effet dissuasif de la loi afin de prévenir les pratiques commerciales déloyales de manière à ce que les uns y tirent des avantages économiques, et les autres, un meilleur rendement annuel. Ainsi, un facteur tel que l'urgence n'est pas nécessairement ce qui incite les administrateurs à agir hors des balises législatives. Néanmoins, il demeure que des pressions extérieures ont été, pour ces deux actes para-réglementaires, suffisamment fortes pour les amener à sortir des périmètres d'action posés par le législateur.

Pour ce qui est de la seconde limite de la théorie institutionnelle, soit l'intégration, j'ai deux remarques à formuler. La première porte sur l'intégration des actes para-réglementaires dans l'ordre juridique de l'organisme administratif. Suite à l'analyse faite plus haut, ces actes para-réglementaires s'appliquent parallèlement aux dispositions juridiques «officielles», ce qui soulève l'hypothèse du pluralisme juridique. La théorie du pluralisme reçoit plusieurs acceptions³⁸⁸. Pour certains, il existe une situation de pluralisme juridique lorsque coexistent plusieurs ordres juridiques dans un même champ social, ce qui implique que les normes de ces ordres peuvent s'appliquer à des situations identiques. Les théoriciens institutionnalistes conçoivent qu'il puisse exister une pluralité d'institutions³⁸⁹, mais cette version du pluralisme n'est pas utile pour expliquer le phénomène des actes para-réglementaires. Selon Vanderlinden, par contre, il y a du pluralisme lorsque, «au sein d'une société déterminée, des mécanismes juridiques différents s'appliqu[ent] à des situations identiques.»³⁹⁰

Dans cette perspective, les actes para-réglementaires introduisent des situations de pluralisme juridique puisque deux voies peuvent être empruntées par les administrateurs pour statuer sur les droits et les obligations des administrés : les processus décisionnels institués par le législateur ou ceux instaurés par l'Administration. L'existence de cette dualité

³⁸⁸Sur le pluralisme en droit, voir John GRIFFITHS, «What is Legal Pluralism», (1986) 24 *J. Leg. Pluralism* 1. Pour d'autres références sur le pluralisme, voir A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 8, p. 307.

³⁸⁹Jacques CHEVALLIER, *L'État*, coll. «Connaissances du droit», Paris, Dalloz, 1999, 160 p. voir aussi S. ROMANO, *op. cit.*, note 14; M. HAURIOU, *loc. cit.*, note 14; C. SCHMITT, *op. cit.*, note 14, G. ROCHER, *loc. cit.*, note 47.

³⁹⁰Jacques VANDERLINDEN, «Essai de synthèse», dans *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, 1971, p. 19, à la p. 56. Vanderlinden a, depuis lors, modifié sa position et soutient aujourd'hui que le pluralisme juridique «est la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation», Jacques VANDERLINDEN, «Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique», (1993) 2 *R.R.J.* 573, 583.

de mécanismes juridiques s'appliquant à des situations identiques remet en cause le postulat de la théorie institutionnelle selon lequel l'institution cherche à maintenir l'intégrité de son ordre. Cette recherche ne permet pas d'évaluer dans quelle mesure ces manifestations radicales d'autonomie sont fréquentes dans l'Administration puisque tel n'était pas l'objet de cette recherche. Néanmoins, ce type de pluralisme juridique intra-étatique —essentiellement temporaire— soulève des questions intéressantes en droit public, notamment quant au rôle du législateur et de l'Administration dans l'organisation des rapports État/société civile. Quel rôle l'institution Parlementaire peut-elle efficacement jouer dans la production du droit public contemporain³⁹¹? Assiste-t-on à l'émergence d'une Administration en tant que quatrième pouvoir étatique? À cet égard, Bergeron nous invite à prendre des distances avec des catégories plus conventionnelles, telle la séparation des trois pouvoirs, et à imaginer l'émergence d'un «réseau interfonctionnel de la gouverne» où quatre fonctions distinctes, mais complémentaires, animent l'État : gouverner, légiférer, administrer et juger³⁹².

La spécialisation, la variété et la complexité des tâches qui relèvent des institutions administratives ne permettent vraisemblablement plus d'envisager, sur une base exclusive, la validité du droit dans un rapport entre les normes qui serait prédéterminé par le strict maintien de l'intégrité du cadre normatif de l'ordre. Ce modèle n'explique pas complètement la formalisation du droit public, et plus précisément du droit administratif, car ce sont souvent

³⁹¹Ce type de questionnement se reflète parfois dans des projets de loi. Par exemple, dans le projet de loi C-62 (qui est mort au feuillet) le gouvernement aurait suspendu les effets d'un règlement validement édicté pour y substituer des normes dont le contenu aurait été élaboré par le secteur privé. À la suite de l'acceptation de cette proposition par le gouvernement, un accord administratif aurait été signé avec l'industrie en question : *Loi permettant de substituer à certains règlements de nouvelles normes et de conclure des accords administratifs pour la réalisation des objectifs de la réglementation*, Projet de loi C-62 (1^{ère} lecture), 1^{ère} session, 35^e législature.

³⁹²Gérard BERGERON, *L'État en fonctionnement*, P.U.L., Sainte-Foy (Québec), 1993, aux pages 37-55.

les normes composant le cadre normatif de l'organisme administratif qui posent des difficultés à l'intégration des actes administratifs. Les structures normatives de ces organismes sont non seulement floues et poreuses, mais elles peuvent également être lacunaires et dysfonctionnelles. Comment alors comprendre et expliquer la validité des normes? Cette question m'amène à formuler une deuxième observation portant sur la formalisation des ordres juridiques.

Dans une perspective interactive utilisée dans des recherches de sociologie du règlement des conflits, Lascoumes³⁹³, à l'instar de Ost et de Van de Kerchove, cherche à dépasser «les représentations classiquement linéaires du droit, au profit d'une "systématicité circulaire"» où «[l]'antique pyramide juridique décrite par Kelsen, apparaît de plus en plus éclatée.»³⁹⁴ Ost et Van de Kerchove décrivent ce phénomène comme des «boucles étranges» et des «hiérarchies enchevêtrées»³⁹⁵ dont on peut observer les manifestations dans l'application du droit et dans la transformation du droit. Ces deux opérations de la création du droit ne sont pas, bien entendu, disjointes mais font partie d'un même processus. Dans cette perspective, les règles administratives montrent que la création du droit est un «processus de création normative continu, et souvent circulaire» du droit³⁹⁶.

³⁹³P. LASCOUMES, *loc. cit.*, note 56, 62 et suiv.

³⁹⁴*Id.*, 67; Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, p. 102 et suiv.

³⁹⁵François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, «Création et application circulaire du droit. Structure linéaire ou circulaire du système juridique», dans *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, p. 183 et suiv. Ces auteurs empruntent des notions à Hofstadter qui a consacré un chapitre de son ouvrage aux «boucles étranges dans le gouvernement» : D. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach, les brins d'une guirlande éternelle*, Paris, 1985, p. 780 et suiv.

³⁹⁶P. LASCOUMES, *loc. cit.*, note 56, 45.

S'agissant de la première boucle étrange, Lascoumes note que «les objectifs et le contenu détaillé des politiques, surtout lorsqu'elles comportent une dimension réglementaire, ne sont pas réellement définis au stade central (parlement, ministère) mais à celui de la périphérie, dans les services extérieurs chargés de l'exécution.»³⁹⁷ Ces situations renvoient à la problématique des structures poreuses où les paramètres de l'action administrative sont généralement fixés par le droit public et où le rôle des administrateurs se limite à expliciter leurs compétences de manière à rendre l'action plus intelligible. Par exemple, les règles administratives interprétatives et celles relatives à la pratique et à la procédure, répertoriées pour cette recherche, jouent ce rôle.

Une deuxième boucle étrange peut être observée lorsque le cadre normatif est lacunaire. L'exemple du CRSH suffira à illustrer cette dimension. La loi constitutive du Conseil prévoit des objectifs à atteindre et des fonds pour y arriver, mais elle est silencieuse sur tous les autres aspects de la mise en œuvre de la loi³⁹⁸. À titre de comparaison, il est utile de souligner qu'au Québec, les administrateurs du FCAR peuvent adopter des règlements relatifs à la forme et au contenu des demandes, les renseignements qu'elles doivent contenir et les documents qui doivent les accompagner³⁹⁹. Par des règles administratives, les administrateurs ont apporté des compléments essentiels à l'exécution de la loi.

Dans le cas du CRSH, l'existence d'une structure normative lacunaire s'explique par le partage des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Le gouvernement fédéral invoque son pouvoir de

³⁹⁷*Id.*, p. 68.

³⁹⁸*Loi sur le Conseil de recherches en sciences humaines*, L.R.C. (1985), c. S-12, art. 4, par. (1) et (2).

³⁹⁹*Loi favorisant le développement scientifique et technologique du Québec*, précitée, note 273, art. 85, par. 1.

dépenser pour justifier cette initiative normative tout en sachant que sa compétence constitutionnelle en matière d'enseignement supérieur et de recherches est incertaine⁴⁰⁰. Pour le gouvernement fédéral, il est possible que le recours aux structures lacunaires, doublé d'un usage de la technique des règles administratives, servent, de son point de vue, à faire évoluer le partage des compétences dans le sens qu'il préconise. En ce sens, cette boucle étrange se situerait à mi-chemin entre l'application du droit et la transformation du droit. À l'autre bout du processus, celui de la transformation du droit, Lascoumes constate qu'il existe des phénomènes de «remontée de ces normes en vue d'une transformation, voire d'une rationalisation du cadre d'action légal des politiques publiques.»⁴⁰¹ Cette troisième boucle étrange dans l'élaboration de règles de droit est illustrée par les actes para-réglementaires qui sont issus de la dysfonction de la structure normative entre les objectifs à atteindre et les moyens pour y parvenir.

Cette perspective analytique conduit à formuler une deuxième observation sur les limites des théories institutionnelles eu égard à la notion d'intégration des normes dans un ordre juridique. Les théories institutionnelles classiques et contemporaines offrent avant tout une analyse des actions entreprises par les agents pour conserver l'intégrité des structures institutionnelles. Il ne s'agit pas de théories qui s'intéressent à la problématique des structures en tant que telles, contrairement aux théories systémistes où le débat central porte sur le caractère autopoïétique des systèmes⁴⁰². En droit, les théoriciens systémistes s'interrogent sur le degré de

⁴⁰⁰A. LAJOIE, M. GAMACHE, *op. cit.*, note 289, à la p. 176.

⁴⁰¹P. LASCOUMES, *loc. cit.*, note 56, 69; E. BLANKENBURG, «The Waning of Legality in the Concept of Policy Implementation», (1985) 4 *J. Law & Policy*, et «La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de mise en œuvre», (1986) 2 *Droit et Société* 59 qui donne d'autres exemples de ce qu'il nomme des «inversions légales»

⁴⁰²A.-J. ARNAUD et P. GUIBENTIF, *op. cit.*, note 9, p. 20.

fermeture ou d'ouverture normative des systèmes juridiques⁴⁰³. Par exemple, Teubner estime qu'un système devient progressivement autopoïétique au terme d'un processus d'autonomisation⁴⁰⁴. Les systèmes affirment leur autonomie par rapport au monde extérieur en produisant leurs propres normes. Ils «finissent par produire leurs propres éléments, les actes juridiques, qui, à leur tour, reproduisent le système de production»⁴⁰⁵.

Dans le cadre de systèmes juridiques déjà formés où il s'agit de comprendre leur évolution (et non ce qui a mené en premier lieu à la création du système), le systémisme est une piste théorique intéressante pour analyser autrement la formalisation des ordres juridiques. Cette théorie permet de formuler une autre hypothèse de recherche, à savoir que l'interprétation des formalités de reconnaissance de la validité d'une règle émanant du Gouvernement/Administration évoluent en droit positif. Si cette hypothèse était vérifiée, toutes les règles administratives s'inscriront dans la légalité de l'ordre juridique. Ainsi, le contrôle judiciaire de la légalité de ces règles pour erreur de compétence (l'incompétence *rationae materiae* d'un administrateur titulaire du pouvoir d'établir la règle administrative) serait possible, et ce, sans équivoque. Par ailleurs, cette perspective exigerait un raffinement de la conceptualisation des erreurs de compétence pour rendre compte de la diversité des fonctions des règles administratives dans le droit public. À cet égard, deux grandes catégories de règles administratives ont été identifiées à partir de ces travaux. La première comprend les règles qui ont pour fonction

⁴⁰³Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, coll. «Les voies du droit», Paris, P.U.F. 1988, p. 149. Pour une synthèse des idées principales de Luhmann, voir François OST, «Le droit comme pur système», dans Pierre Bouretz (dir.), *La Force du droit, panorama des débats contemporains*, Série «Philosophie», Paris, Ed. Esprit, 1991, p. 139, aux pages 140-143.

⁴⁰⁴F. OST, *loc. cit.*, note 403, 143. Gunther TEUBNER, «Evolution of Autopoietic Law», dans G. TEUBNER, *op. cit.*, note 13, p. 217.

⁴⁰⁵F. Varela estime que «l'établissement d'un système autopoïétique n'est pas graduel : un système est autopoïétique ou ne l'est pas.», voir F. OST, *loc. cit.*, note 403, 143. Francisco VARELA, *Principles of Biological Autonomy*, New York, North Holland, 1979, p. 27.

de conserver l'intégrité des structures de l'ordre, soit en le spécifiant ou en le complétant. La deuxième se compose de règles servant à transformer les structures de l'ordre.

Afin de mieux comprendre l'action administrative, j'ai cherché, par cette étude, à aller au-delà de la seule analyse des sources traditionnelles du droit administratif (lois, règlements, jurisprudence). J'ai examiné l'activité interne de l'Administration pour saisir les enjeux propres à la réglementation des activités de la société civile par l'État afin d'apporter un autre éclairage sur les questions fondamentales de la juridicité et de la validité des règles administratives. Cette étude montre non seulement l'importance des manifestations d'autonomie des organismes publics dans l'utilisation de divers mécanismes de régulation, mais également que cet «autre droit administratif»⁴⁰⁶ constitue peut-être la face visible d'un autre phénomène : celui de la lente émergence d'un nouveau paradigme de l'Administration. Dans cette perspective, Timsit dépeint ce nouveau modèle par trois caractéristiques : l'endogénéité, la subsidiarité et l'universalité⁴⁰⁷. Dans le contexte de l'État, l'endogénéité signifie que la légitimité de l'Administration se mesure dorénavant à sa capacité de faire osmose, de s'intégrer dans la société : «sa capacité à s'immerger et se fondre dans, au lieu de fondre sur, la société.»⁴⁰⁸ Timsit explicite l'expression «subsidiarité» par trois substantifs : complémentarité, flexibilité et utilité. Ainsi, l'Administration supplée «aux carences et aux déficiences constatées», mais elle n'intervient que pour remplacer «les individus et les corps intermédiaires dans les actions qu'ils ne peuvent ou ne veulent assumer» et dans la mesure où l'ingérence est limitée à

⁴⁰⁶Louis BORGEAT, «Les enjeux méconnus de l'autre droit administratif», (1994) 73 *R. du B. Can.* 299 qui propose une réflexion plus générale sur les nouvelles manifestations du droit administratif.

⁴⁰⁷Gérard TIMSIT, «L'Administration transfigurée : un nouveau modèle d'administration?», (1993) 4 *R.I.S.A.* 624, 629.

⁴⁰⁸*Id.*, 628.

«l'utilité imposée par des insuffisances sociales»⁴⁰⁹. Finalement, le mot «universalité» désigne une Administration qui contribue à la réinvention de l'intérêt général en étant porteuse «d'une stratégie de la durée» et «d'une culture du dialogue»⁴¹⁰.

Sans prendre position sur l'exactitude des observations de Timsit et de leurs transpositions en droit administratif canadien, elles offrent néanmoins des pistes pour orienter la réflexion sur les transformations amorcées et à venir de l'Administration. Dans une perspective plus générale, il n'est pas possible de faire abstraction du phénomène de la globalisation des marchés et des pressions qu'il exerce sur les États. Ces pressions provoquent des changements qui affectent le rôle de l'Administration dans la régulation de la société et qui ne manqueront pas, si cela n'est pas déjà fait, de donner lieu à l'émergence d'autres moyens d'action administrative. Ainsi, reconnaître l'apport des règles administratives à l'élaboration du droit public est un moyen de favoriser une construction plus cohérente de la notion d'État de droit qui fait désormais partie du droit public canadien depuis l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*⁴¹¹.

⁴⁰⁹*Id.*, 644-645.

⁴¹⁰*Id.*, p. 657.

⁴¹¹Précité, note 139.

Annexes

TABLE DE LA LÉGISLATION

TEXTES CONSTITUTIONNELS

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].

Loi constitutionnelle de 1867, 30-31 Vict. c. 3 (R.-U.).

TEXTES FÉDÉRAUX

Quasi constitutionnels

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), App. III.

Législatifs

Code canadien du travail, partie I, L.R.C. (1985), c. L-2, modifiée par *Loi modifiant le Code canadien du travail (partie I), Loi sur les déclarations des personnes morales et les syndicats et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, c. 26.

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46 et mod.

Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. (1985) c. 16 (4e suppl.) et mod.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), c. H-6 et mod.

Loi concernant le Conseil de recherches en sciences humaines, L.R.C. (1985), c. S-12.

Loi concernant le Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie, L.R.C. (1985), c. N-21.

Loi concernant le Conseil de recherches médicales, L.R.C. (1985), c. M-4.

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), c. I-21 et mod.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), c. 1 (5e suppl.) et mod.

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), c. A-1 et mod.

Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, c. 23.

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), c. C-34 et mod.

Loi sur la Cour canadienne de l'impôt et d'autres lois en conséquence, L.R.C. (1985) (4e suppl.), c. 51.

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), c. F-7 et mod.
- Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), c. F-11 et mod.
- Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, c. 11.
- Loi sur la stabilisation des produits agricoles*, L.R.C. 1985, c. A-8 et mod.
- Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, c. 44 et mod.
- Loi sur le Conseil canadien des normes*, L.R.C. (1985), c. S-16 et mod.
- Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22.
- Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, telle que modifiée par L.R.C. (1985), c. 10 (4e suppl.).
- Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C. (1985), c. E-10.
- Loi sur le ministère du Revenu national*, L.R.C. (1985), ch. N-16.
- Loi sur le statut de l'artiste*, L.C. 1992, c. 33 et mod.
- Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20 et mod.
- Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), c. I-11 et mod.
- Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. (1985), c. E-19 et mod.
- Loi sur les relations de travail au Parlement*, L.R.C. (1985), c. 33 (2e suppl.) et mod.
- Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), c. P-35 et mod.
- Loi sur les renseignements personnels*, L.R.C. (1985), c. P-21 et mod.
- Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38 et mod.
- Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), c. S-22 et mod.
- Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, c. 10 et mod.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), c. I-2 et mod.
- Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), c. N-7 et mod.
- Programme canadien d'encouragement à l'exploration et à la mise en valeur d'hydrocarbure*, L.R.C. (1985), c. 15 (3e suppl.) et mod.
- Programme d'encouragement du secteur pétrolier*, L.R.C. (1985), c. P.-13 et mod.
- Programme de stimulation de l'exploration minière au Canada*, L.R.C. (1985), c. 27 (4e suppl.) et mod.

Textes réglementaires

1. Règlements

Règlement de 1986 sur la radio, DORS/86-982 et mod.

Règlement de 1987 sur la télédiffusion, DORS/87-49 et mod.

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, c. 945 et mod.

Règlement sur l'équité en matière d'emploi, DORS/96-470.

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172 et mod.

Règlement sur les marchés de l'État, DORS/87-402 et mod.

Règlement sur les textes réglementaires, C.R.C. 1978, c. 1509 et mod.

Règles de la Section du statut de réfugié, DORS/93-45 et mod.

2. Décrets et proclamations

Décret sur la Croix du Souvenir (Première et Seconde guerre mondiale), C.R.C. 1978, ch. 1622 et 1623.

Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

Décret sur les passeports canadiens, TR/81-86.

Proclamation du drapeau national du Canada, DORS/65-62.

3. Règles administratives

CANADA, BUREAU DU CONSEILLER EN ÉTHIQUE, *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat*, Ottawa, Bureau du conseiller en éthique, 1994, 29 p.

CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Civils non combattants qui craignent d'être persécutés dans des situations de guerre civile*, Ottawa, CISR, 1996, 35 p.

- CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Instructions concernant l'obtention et la divulgation de renseignements lors de procédures devant la Section du statut de réfugié*, Ottawa, CISR, 1996, 14 p.
- CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Instructions régissant les communications à l'extérieur de la salle d'audience entre les commissaires de la Section du statut de réfugié et les agents chargés de la revendication et entre les commissaires de la Section du statut de réfugié et d'autres employés de la commission*, Ottawa, CISR, 1996, 6 p.
- CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié*, Ottawa, CISR, 1996, 19 p.
- CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Modalités pour élaborer des directives - par. 65(3) et (4) de la Loi sur l'immigration, note de service*, Ottawa, CISR, 1993, 6 p.
- CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutée en raison de leur sexe*, Ottawa, CISR, 1996, 20 p.
- CANADA, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Code d'application volontaire concernant la violence à la télévision*, Ottawa, CRTC, 1996, 11 p. et annexes.
- CANADA, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Politique de 1983 relative à l'attribution de licences à des entreprises de radiodiffusion d'émissions religieuses*, Avis public CRTC 1983-112, Ottawa, CRTC, 1983, 11 p.
- CANADA, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Politique relative à la radiodiffusion en période électorale*, Avis public du CRTC 1988-142, Ottawa, CRTC, 1988, 9 p.
- CANADA, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux*, Avis public CRTC 1993-78, Ottawa, CRTC, 1993, 13 p.
- CANADA, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Radiodiffusion en période électorale*, Avis public du CRTC 1987-209, Ottawa, CRTC, 1987, 8 p.

- CANADA, CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES HUMAINES, *Guide des boursiers*, Ottawa, CRSH, 1996, 14 p. et 6 formulaires.
- CANADA, CONSEIL DE RECHERCHE EN SCIENCES HUMAINES, *Programme de bourses de doctorat, Guide des membres des comités de sélection*, Ottawa, CRSH, 1996, 21 p.
- CANADA, CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES HUMAINES, *Programmes des bourses du CRSH, guide détaillé*, Ottawa, CRSH, 1996, 27 p.
- CANADA, CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES HUMAINES, *Programmes des subventions du CRSH, guide détaillé*, Ottawa, CRSH, 1995, 77 p.
- CANADA, CONSEIL DE RECHERCHES MÉDICALES DU CANADA, CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES NATURELLES ET EN GÉNIE DU CANADA, CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES HUMAINES, *L'intégrité dans la recherche et les travaux d'érudition, une politique inter-conseils*, Ottawa, C.R.M., C.R.S.N.G., CRSH, 1994, 4 p.
- CANADA, MINISTÈRE DE LA CONSOMMATION ET DES AFFAIRES COMMERCIALES, DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES, *Programme de conformité*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1993, 17 p.
- CANADA, MINISTÈRE DU REVENU, IMPÔT, *Lignes directrices concernant l'acceptation des choix tardifs, modifiés ou révoqués*, Circulaire d'information n° 92-1, Ottawa, Sous-ministre du Revenu national pour l'impôt, 1992, 6 p.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique*, Manuel du Conseil du Trésor, vol. «Ressources humaines», Ottawa, Conseil du Trésor, 1991, c. 3-1.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Directive du Conseil du Trésor sur les marchés* (CT 806 000 du 26 juin 1987 et mod.), vol. «Marchés», Manuel du Conseil du Trésor, Ottawa, Conseil du Trésor, 1995, appendice C.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Directive sur le réaménagement des effectifs : Planification des ressources humaines*, vol. «Ressources humaines», Manuel du Conseil du Trésor, Ottawa, Conseil du Trésor, 1996, c. 1-2.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Ligne directrice no 10 - Appel d'offres et sélection du soumissionnaire*, vol. «Marchés», Manuel du Conseil du Trésor, Ottawa, Conseil du Trésor, c. 10.

- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Planification des ressources humaines*, vol. «Ressources humaines», Manuel du Conseil du Trésor, Ottawa, Conseil du Trésor, 1991, c. 1-1.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Politique sur l'autorisation et l'authentification électroniques*, vol. «Fonction de contrôleur», Manuel du Conseil du Trésor, Ottawa, Conseil du Trésor, 1996, c. 2-2.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Politique sur la classification et le codage des opérations financières*, vol. «Fonction de contrôleur», Manuel du Conseil du Trésor, Ottawa, Conseil du Trésor, 1994, c. 5-1.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Politique sur la gestion et l'évaluation du rendement*, vol. «Ressources humaines», Manuel du Conseil du Trésor, Ottawa, Conseil du Trésor, 1994, c. 1-3.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Politique sur le programme de récompenses des inventeurs et des innovateurs*, vol. «Ressources humaines», Manuel du Conseil du Trésor, Ottawa, Conseil du Trésor, 1994, c. 1-11.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Politique sur les marchés*, vol. «Marchés», Manuel du Conseil du Trésor, Ottawa, Conseil du Trésor, 1995, c. 1-7.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Politique sur les rapports financiers prévus par la loi*, vol. «Fonction du contrôleur», Manuel du Conseil du Trésor, Ottawa, Conseil du Trésor, 1995, c. 5-2.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Politique sur les responsabilités et l'organisation de la fonction de contrôleur*, vol. «Fonction de contrôleur», Manuel du Conseil du Trésor, Ottawa, Conseil du Trésor, 1996, c. 1-2.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Programme de contrats fédéraux visant l'équité en matière d'emploi*, Circulaire n° 1986-44, C.T. n° 802984, vol. «Marchés», Manuel du Conseil du Trésor, Ottawa, Conseil du Trésor, 1986, appendice D.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Télétravail*, vol. «Ressources humaines», Manuel du Conseil du Trésor, Ottawa, Conseil du Trésor, 1992, c. 2-4.

TEXTES PROVINCIAUX

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64.

Loi d'interprétation, L.R.Q., c. I-16.

Loi favorisant le développement scientifique et technologique du Québec, L.R.Q., c.
D-9.1.

Loi sur la justice administrative, L.Q. 1996, c. 54.

Loi sur les règlements, L.R.Q., c. R-18.1.

**TABLE DES JUGEMENTS
COURS DE JUSTICE
CANADA**

1. Cour suprême

- Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.
- Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour suprême du Canada, n° 25823, 9 juillet 1999, juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie.
- Banque de Montréal c. Québec (Procureur général)*, [1979] 1 R.C.S. 565.
- Bliss c. Canada (Procureur général)*, [1979] 1 R.C.S. 183.
- Brant Dairy Co. Ltd. c. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 131.
- British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable System (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739.
- Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.
- Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.
- Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689.
- Capital Cities Communications Inc. c. CRTC*, [1978] 2 R.C.S. 141.
- Cardinal et Oswald c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643.
- Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848.
- Comeau's Sea Foods Limited c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12.
- Comité pour la république du Canada c. Canada*, [1987] 2 C.F. 68 [1991] 1 R.C.S. 139.
- Domtar Inc. c. Québec (CALP)*, [1993] 2 R.C.S. 756.
- Formea Chemicals c. Polymer Corp.*, [1968] R.C.S. 754.
- Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.
- Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851.
- Herrington c. The Corporation of the City of Hamilton*, [1964] R.C.S. 274.
- Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513.

- Innisfil (Municipalité du canton de) c. Vespra (Municipalité du canton de)*, [1981] 2 R.C.S. 145.
- Institut canadien des compagnies immobilières publiques c. Toronto (Ville de)*, [1979] 2 R.C.S. 2.
- Irving Oil c. Sec. Treasury (N.B.)*, (1980) 31 N.R. 291.
- Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.
- Jacobs et autres c. Office de stabilisation des produits agricoles*, [1982] 1 R.C.S. 125.
- Jones c. Gamache*, [1969] R.C.S. 119.
- Kane c. Université de la Colombie-Britannique (Conseil d'administration)*, [1980] 1 R.C.S. 1105.
- Knight c. Indian Head School Division n° 19*, [1990] 1 R.C.S. 653.
- Laurentide Motels c. Beauport (Ville de)*, [1989] 1 R.C.S. 705.
- MacDonald et al. c. Vapour Canada Ltd. et al.*, [1977] 2 R.C.S. 134.
- Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 3.
- Martineau c. Comité de discipline de l'institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118.
- Martineau c. Comité de discipline de l'institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602.
- Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175.
- McKinney c. Bureau des gouverneurs de l'Université de Guelph et le procureur général de l'Ontario*, [1990] 3 R.C.S. 229.
- Montréal c. Arcade Amusements*, [1985] 1 R.C.S. 368.
- Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623.
- Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311.
- Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29.
- Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.
- Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557.
- P.G. (Canada) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941.
- P.G. (Canada) c. Inuit TapirIsat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.
- P.G. (Québec) c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016.
- P.G. (Québec) c. Blaikie et autres*, [1981] 1 R.C.S. 312.
- P. G. (Québec) c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057.
- Produits Shell Canada Limitée c. Ville de Vancouver*, [1994] 1 R.C.S. 231.
- Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

- R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56.
R. c. Cornell, [1988] 1 R.C.S. 461.
R. c. Drybones, [1970] R.C.S. 282.
R. c. Hufsky, [1988] 1 R.C.S. 461.
R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697.
R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531.
R. c. Morales, [1992] 3 R.C.S. 711.
R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.
R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 R.C.S. 606.
R. c. Sharma, [1993] 1 R.C.S. 650.
R. c. Smith, [1992] 2 R.C.S. 915.
R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326.
R. c. Therens, [1985] 1 R.C.S. 613.
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123.
Renvoi relatif à la Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373.
Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] 2 R.C.S. 525.
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721.
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, [1992] 1 R.C.S. 212.
Roncarelli c. Duplessis, [1959] R.C.S. 122.
SDGMR c. Dolphin Delivery, [1986] 2 R.C.S. 573.
Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1985] 1 R.C.S. 177.
SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd., [1990] 1 R.C.S. 282.
Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038.
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227.
Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales), [1992] 1 R.C.S. 952.
Union des employés de service, local 298 c. Bibeault, [1988] 2 R.C.S. 1048.
Verreault et Fils c. Québec (Procureur général), [1977] 1 R.C.S. 41.

2. Cour fédérale

a) Appel

- Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, (1989) 7 Imm. L.R. (2d) 169.
- Association canadienne des importateurs réglementés c. Canada*, [1994] 2 C.F. 247.
- Bovbel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, (1994) 113 D.L.R. (4th) 415.
- C.A.E. Industries Ltd. c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 380.
- Canada c. Mills*, (1985) 60 N.R. 4.
- Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chung*, (1993) 149 N.R. 386.
- Canada (Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration) c. Tsiafakis*, [1977] 2 C.F. 216.
- Canada (Ministre du Revenu national) c. Creative Shoes Ltd.*, [1972] 2 C.F. 993.
- Canada (Procureur général) c. Fishing Vessel Owner's Ass. of B.C.*, [1985] 1 C.F. 791.
- Canada (Procureur général) c. Whiffen*, D.T.E. 94T-708 (A-1472-92, 28 février 1994).
- Canada (Solliciteur général) c. Kainth*, (1993) 22 Imm. L.R. (2d) 114.
- Canadian Wildlife Federation Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] J.C.F. n° 530.
- Canadien Pacifique Ltée c. Commission canadienne des transports*, [1985] 2 C.F. 136.
- Canadien Pacifique Ltée c. Commission canadienne des transports*, (1988) 86 N.R. 360.
- Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, (1993) 19 Imm. L.R. (2d) 81.
- Choi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 763.
- Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659.
- Glaxo Wellcome PLC c. Canada (Ministre du Revenu national)*, (1998) 162 D.L.R. (4e éd.) 433.
- Jiminez-Perez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1983] 1 C.F. 163.
- Nguyen c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 232 (C.A.F.)

Sloley c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), (1990) 9 Imm. L.R. (2d) 241.

Threader c. Canada (Conseil du Trésor), [1987] 1 C.F. 41.

Weatherall c. Canada (Procureur général), [1989] 1 C.F. 18.

b) Première instance

Arnold c. Commission canadienne des droits de la personne et le CRSH, Cour fédérale, 1^{ère} instance, n° T-2742-94, 18 septembre 1996.

Bank of Nova Scotia v. R., (1961) 27 D.L.R. (2d) 120 (C.É.).

Canadian Wildlife Federation Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement), [1989] 4 W.W.R. 526.

Dawkins c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 C.F. 639.

Diamond c. Canada (National Parole Board), (1995) 97 F.T.R. 149.

Fouchong c. Canada (Secrétaire d'État), (1995) 26 Imm. L.R. (2d) 200.

Hunter c. Canada (Commissaire du Service correctionnel), [1997] 3 C.F. 936.

Jackson c. Pénitencier de Joyceville, [1990] 3 C.F. 55.

Narvaez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), (1995) 28 Imm. L.R. (2d) 170.

Nrecaj c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), (1993) 20 Imm.L.R. (2e éd.) 252.

Osborne c. R., [1986] 3 C.F. 206.

Parkland Operations Ltd. c. Canada, [1991] 1 C.F. 299.

Parsons c. Canada (Ministre du Revenu national), [1984] 1 C.F. 804.

Pearkes c. La Reine, Cour fédérale, 1^{ère} instance, n° T-2602-92, 22 décembre 1993.

Peet c. Canada (Procureur général), [1994] 3 C.F. 128.

Salco Footwear Industries c. Canada (Ministre du Revenu national), [1983] 1 C.F. 664.

Stickel c. Canada (Ministre du Revenu national), [1972] 1 C.F. 672.

3. Cours d'appel

- Ainsley Financial Corp. c. Ontario (Securities Commission)*, (1994) 21 O.R. (3e éd.) 104.
- Bellefleur c. Québec (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 2320.
- Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Papeterie Reed Ltée.*, (1988) R.J.Q. 1199.
- Conseil scolaire de l'Île de Montréal c. Commission scolaire Chaudière-Étchemin*, (1987) R.J.Q. 1.
- Dale Corp. c. Rent Review Commission*, (1984) 2 Admin L.R. 260 (C.A.N-É.).
- Dlugosz c. P.G. Québec*, [1987] R.J.Q. 2312.
- Garderie Blanche-Neige Inc. c. L'Office des services de garde à l'enfance*, [1993] R.J.Q. 729.
- Groupe Desjardins, Assurances générales c. Société canadienne des postes*, [1996] R.J.Q. 1172.
- Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario*, (1992) 94 D.L.R. (4e éd.) 193 (Ont. C.A.).
- Leddy c. Saskatchewan Government Insurance Office*, (1964) 45 D.L.R. 445 (C.A. Sask.).
- Québec (Procureur général) c. Brunet*, [1994] R.J.Q. 337.
- R. c. Johnson*, [1979] 2 W.W.R. 571 (C.A. Sask.).
- Re Hopedale Developments Ltd. c. Town of Oakville*, (1965) 47 D.L.R. 482 (C.A.O.).
- Re Lloyd c. Superintendent of Motor Vehicles*, (1971) 20 D.L.R. (3e éd) 181 (C.A. C.-B.).
- Renvoi relatif à l'assurance-chômage (P.G. Canada c. P.G. Ontario)*, [1937] A.C. 355 (C.P.).
- Ryan c. Ville de Deux-Montagnes et Ville de Ste-Marthe-sur-le-lac*, (1992) R.J.Q. 2706.
- Sous-ministre du Revenu du Québec c. Freneco*, (1982) R.D.F.Q. 214.
- Thibeault c. Régie de l'assurance-maladie du Québec*, [1994] R.J.Q. 1764.
- Vanier et autres c. Côté*, (1993) 54 Q.A.C. 259.

4. Cours supérieures et autres instances inférieures

- Bales c. Central Okanagan School District no. 23*, (1984) 8 Admin. L.R. 202 (C.S. C.-B.).
- Breton c. Bureau de la révision de la santé et de la sécurité au travail*, (1984) 2 R.D.J. 1.
- Canada Steamship Lines Inc. c. La Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1985] C.S. 745.
- Construction Bérou Inc., c. Paradis*, [1993] R.J.Q. 507.
- Dunluce Steak House & Pizza Ltd. c. Alberta (Liquor Control Board)*, (1993) 7 Admin. L.R. (2d) 31 (Alta. Q.B.).
- Favreau c. Le Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1985] R.D.F.Q. 96 (C.P.).
- Fédération québécoise des directeurs d'école c. La Commission scolaire du Long-Sault*, [1983] C.S. 354.
- Hammond c. Assn. of British Columbia Professional Foresters*, (1991) 47 Admin. L.R. 20 (C.S. C.-B.).
- Mead Johnson Canada, une division de Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Robillard*, [1995] R.J.Q. 1089.
- Medic I Ambulance Inc. c. Centre Hospitalier St-Mary*, [1982] C.P. 244.
- Miller c. Procureur général (Québec)*, [1990] R.R.A. 583.
- Nordyne c. Canada (Procureur général)*, [1995] R.J.Q. 1544.
- Nu-Pharm Inc., c. Rochon*, [1997] R.J.Q. 1713.
- Pharmaceutical Manufacturers Assn. of Canada c. British Columbia (Attorney General)*, (1996) 40 Admin. L.R. (2d) 205 (C.S. B.-C.).
- Sécurité Saglac (1992) Inc. c. Tremblay et le Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1994] R.J.Q. 95.
- Service sanitaire R.S. Inc. c. Paradis*, [1993] R.J.Q. 1431.
- Société Asbestos Ltée c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1984] C.S. 196.
- Turcotte c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1991] R.D.F.Q. 218 (C.Q. - chambre civile).
- Wilson & LaFleur Ltée c. La Société québécoise d'information juridique*, [1998] R.J.Q. 2489.

ROYAUME-UNI

- A.-G. c. De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 (H.L.).
- A. Schroeder Music Publishing Co. c. Macaulay*, [1974] 3 All E.R. 616 (H.L.).
- Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223.
- British Oxygen Co. Ltd. c. Minister of Technology*, [1971] A.C. 610.
- In re Findlay* (1984) 3 W.L.R. 1159 (H.L.).
- In Re Shuter*, [1960] 1 Q.B. 142.
- Jones c. Secretary of State for Social Services*, [1972] 1 All E.R. 145 (H.L.).
- Julius c. Bishop of Oxford*, (1880) 5 A.C. 214 (H.L.).
- Kavanagh c. Chief Constable of Devon*, [1974] 1 Q.B. 624.
- Laker Airways Ltd. v. Department of Trade*, (1977) 2 All E.R. 182 (C.A.).
- Liquidators of the Maritime Bank v. Receiver General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437 (P.C.)
- Padfield and others c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food and others*, [1968] 1 All. E.R. 694 (H.L.).
- R. c. Deputy Industrial Injuries Commissioner, ex parte Moore*, [1965] 1 Q.B. 456.
- R. c. Metropolitan Police Comr., ex parte Holloway*, [1911] 2 K.B. 1131.
- R. c. Port of London Authority, Ex parte Kynoch Ltd.*, [1919] 1 K.B. 176.
- R. c. Secretary of State, ex parte Asif Khan*, (1984) 1 W.L.R. 1337 (C.A.).
- Secretary of State for Education and Science c. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (H.L.).
- Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E. R. 12 (C.A.).
- T.A. Miller c. Minister of Housing & Local Government*, [1968] 1 W.L.R. 992.
- The Citizens' Insurance Co. of Canada c. Parsons*, (1881-1882) 7 A.C. 96 (C.P.)

FRANCE

- Crédit foncier de France*, C.E. Section 11.12.1970, Rec. C.E. 750.
- Institution Notre-Dame du Kreisker*, C.E. Ass. 29.1.1954, Rec. C.E. 64.

TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

Concurrence dans la fourniture des services téléphoniques publics vocaux, interurbains et questions connexes relatives à la revente et au partage, décision télécom. n° 92-12, Ottawa, CRTC, le 12 juin 1992.

Concurrence locale, décision télécom. 97-8, Ottawa, CRTC, 1er mai 1997.

Nirmal Singh Braich (deceased) and Mohinder Kaur Braich c. The Minister of Employment and Immigration, Section d'appel de l'immigration, n° V89-00893, Andrew Wlodyka, 11 août 1993.

Patel, Geeta Gunvantlal c. M.E.I., (I.A.B. n° 83-9870), D. Davey, Teittelbaum, Suppa, October 18, 1984.

Revente et partage des services téléphoniques de lignes directes, décision télécom. n° 90-3, Ottawa, CRTC, le 1er mars 1990.

BIBLIOGRAPHIE

MONOGRAPHIES ET RECUEILS

Théorie du droit

- AARNIO, A., *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, coll. «E. Story-Scientia», Paris, L.G.D.J., 1992, 303 p.
- ALLAN, T.R.S., *Law, Liberty and Justice. The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 294 p.
- ARNAUD, A.-J., *Critique de la raison juridique*, Paris, L.G.D.J., 1981, vol. 1.
- ARNAUD, A.-J., *Pour une pensée juridique européenne*, coll. «Les voies du droit», Paris, P.U.F., 1991, 304 p.
- ARNAUD, A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, 758 p.
- ARNAUD, A.-J. et P. GUIBENTIF, (dir.), *Nicklas Luhmann, observateur du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, 251 p.
- AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, 5e éd., Londres, 1885, 2 vol.
- DE BÉCHILLON, D., *Qu'est-ce qu'une règle de Droit?*, Éditions Odile Jacob, Paris, 1997, 302 p.
- BERGEL, J.-L., *Théorie générale du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1989, 342 p.
- BOURCIER, D., *La décision artificielle. Le droit, la machine et l'humain*, coll. «Les Voies du droit», Paris, P.U.F., 1995, 237 p.
- BRIMO, A., *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Éditions Pédone, 1978, 574 p.
- CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, coll. «Quadrige», Paris, 1994, 415 p.
- CARRÉ DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du Droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le Droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, Paris, 1933, 174 p.
- CHEVALLIER, J., *Éléments d'analyse politique*, P.U.F., Paris, 285 p.
- CHEVALLIER, J., *Institutions politiques*, coll. «Science politique», Paris, L.G.D.J., 1996,
- CHEVALLIER, J., *L'État de droit*, coll. «Clefs», Paris, Montchrestien, 1992, 160 p.
- COMTE, A., *Cours de philosophie positive*, Paris, Hermann, 1975, 2 vol.

- COUTU, M., *Max Weber et les rationalités du droit*, coll. «Droit et Société», Paris, L.G.D.J., 1995, 258 p.
- DUGUIT, L., *Les transformations du droit privé depuis le Code napoléon*, Paris, Féli Alcan, 1912, 206 p.
- EISENBERG, M. A., *The Nature of the Common Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1988, 204 p.
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, 425 p.
- GRZEGORCZYK, C., F. MICHAUT et M. TROPER, *Le positivisme juridique*, Paris, Story-Scientia, L.G.D.J., 1992, 535 p.
- HART, H. L. A., *Le concept de droit*, trad. Michel Van De Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, 314 p.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, 315 p.
- HOBBS, T., *Léviathan*, (ed. Michael Oakeshott), Cambridge University Press, New York, 1991, 519 p.
- IMBERT, J., *Le droit antique et ses prolongements modernes*, coll. «Que sais-je?», no 924, 3e éd., Paris, P.U.F., 127 p.
- KELSEN, H., *Théorie générale des normes*, coll. «Léviathan», Paris, P.U.F., 1996, 604 p.
- KELSEN, H., *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 171 p.
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, 2e éd., Paris, Dalloz, 1962, 496 p.
- LOUGHLIN, M., *Public Law and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 292 p.
- LUGAN, J.-C., *La systémique sociale*, coll. "Que Sais-Je?", Paris, P.U.F. 1993, 126 p.
- LUHMANN, N., *A Sociological Theory of Law*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1985, 421 p.
- LUHMANN, N., *Essays on Self-Reference*, New York, Columbia University Press, 1990, 245 p.
- LUHMANN, N., *The Differentiation of Society*, New York, Columbia Press, 1982, 482 p.
- MACCORMICK, N., *H.L.A. Hart*, Stanford (Californie), Stanford University Press, 1981, 184 p.
- MACCORMICK, N. et O. WEINBERGER, *Pour une théorie institutionnelle du droit, nouvelles approches du positivisme juridique*, collec. «E. Story-Scientia», Paris, L.G.D.J., 1992, 237 p.

- MERKL, A., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, Springer, 1927, 400 p.
- MIAILLE, M., *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1982, 383 p.
- PERRIN, J.-F., *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Librairie Droz, 1979, 77 p.
- REDOR, M.-J., *De l'État légal à l'État de droit*, Paris, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992, 389 p.
- RENARD, G., *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Recueil Sirey, 1930, 639 p.
- RIPERT, G., *Le Déclin du Droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 1949, 225 p.
- ROMANO, S., *L'ordre juridique*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1975, 173 p.
- ROULAND, N., *Anthropologie juridique — Droit politique et théorique*, coll. «Droit fondamental», Paris, P.U.F., 1988, 496 p.
- RUSSELL, B., *Problèmes de philosophie*, Paris, Payot, 1989, 189 p.
- SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 259 p.
- SCHMITT, C., *Les trois types de pensée juridique*, Paris, P.U.F., coll. «Droit, éthique et société», 1995, 115 p.
- SOETEMAN, L. A., *Logic in Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1989, 326 p.
- SUMMERS, R. S., *Instrumentalism and American Legal Theory*, London, Cornell University Press, 1982, 295 p.
- SZABÓ, I., *Les fondements de la théorie du droit*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973, 340 p.
- TEUBNER, G., *Autopoietic Law : A New Approach to Law and Society*, New York, Walter de Gruyter, 1988, 380 p.
- TIMSIT, G., *Archipel de la norme*, coll. «Les Voies du droit», Paris, P.U.F., 1997, 252 p.
- TIMSIT, G., *Les noms de la loi*, coll. «Les voies du droit», Paris, P.U.F., 1991, 199 p.
- VAN DE KERCHOVE, M. et F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, coll. «Les voies du droit», Paris, P.U.F., 1992, 268 p.
- VARELA, F. J., *Principles of Biological Autonomy*, New York, North Holland, 1979, 306 p.
- VINING, J., *The Authoritative and the Authoritarian*, Chicago, University of Chicago Press, 1986, 261 p.
- WARNKE, G., *Gadamer. Herméneutique, tradition et raison*, coll. «Le point philosophique», Paris, Éditions Universitaires, 1991, 221 p.

- WATKIN, T. G., *The Nature of Law*, coll. «European Studies in Law», Oxford, North-Holland Publishing Co., 1980, 246 p.
- WATZLAWICK, P., (dir.), *L'invention de la réalité ou comment savons-nous ce que nous croyons savoir?*, Paris, Seuil, 1988, 373 p.
- WEBER, M., *Économie et société*, coll. «Agora Classiques», Paris, Pocket, 1995, 2 vol.
- WEINBERGER, O., *Law, Institution and Legal Politics*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1991, 276 p.

Droit administratif

- BARBE, R. P., *Droit administratif canadien et québécois*, Ottawa, Éd. Université d'Ottawa, 1969, 684 p.
- BÉNOIT, F.-P., *Le Droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, 897 p.
- CCH, *Le Guide de l'impôt canadien*, Farnham (Québec), Publications CCH, 1997, 1143 p.
- DAVIS, K. C., *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Louisiane, Baton Rouge, Louisiane State University Press, 1969, 233 p.
- De LAUBADÈRE, A., *Traité de droit administratif*, 12e éd., Paris, L.G.D.J., 1992, 4 vol.
- De SMITH, S., *Constitutionnal and Administrative Law*, 2e éd., Harmondworth, Penguin Education, 1973, 752 p.
- DICEY, A. V., *Introduction to the Study of the The Law of the Constitution (1885)*, 10e éd., Londres, Macmillan, 1967, 535 p.
- DUSSAULT, R., *Traité de droit administratif canadien et québécois*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974, 2 vol.
- DUSSAULT, R. et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2e éd., Québec, P.U.L., 1984, 3 vol.
- EVANS, J. M., *De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4e éd., Agincourt, Carswell, 1980, 626 p.
- FOULKES, D., *Introduction to Administrative Law*, 3e éd., London, Butterworths, 1972, 290 p.
- GALLIGAN, D. J., *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 401 p.
- GARANT, P., *Droit administratif*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, 3 vol.

- GARANT, P. et P. ISSALYS, *Loi et règlement, Travaux du Laboratoire de recherche sur la justice administrative (no 10)*, Québec, Université Laval, Faculté de droit, 1981, 384 p.
- HATHAWAY, J. C., *Vers le rétablissement de la confiance : rapport de l'Examen de la justice fondamentale dans l'obtention et la dissémination de l'information à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié*, Toronto, Université York, 1993, 103 p.
- HAURIUO, M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1993, 1150 p.
- HECQUARD-THÉRON, M., *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, L.G.D.J., 1977, 287 p.
- HELLET, L. A., *Royal Commissions and Boards of Inquiry*, Sydney, The Law Book Company Ltd., 1982, 368 p.
- ISSALYS, P. et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1997, 1132 p.
- LAJOIE, A., *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*, Montréal, Éd. Thémis, 1984, 242 p.
- LAJOIE, A., *Les structures administratives régionales; déconcentration et décentralisation au Québec*, Montréal, P.U.M., 1968, 332 p.
- LAJOIE, A. et M. GAMACHE, *Droit de l'enseignement supérieur*, Montréal, Éd. Thémis, 1990, 643 p.
- LAJOIE, A. et P. A. MOLINARI et J.-M. AUBY, *Traité du droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, P.U.M., 1981, 1261 p.
- MADIOT, Y., *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 1971, 318 p.
- McAFEE, R. P., MCMILLAN, John, *Incentives in Government Contracting*, Toronto, University of Toronto Press, 1988, 168 p.
- MOCKLE, D., *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, L.G.D.J., 1984, 623 p.
- MULLAN, D., *Administrative Law*, 3e éd., Scarborough, Carswell, 1996, 629 p.
- OUELLETTE, Y., *Les tribunaux administratifs au Canada*, Montréal, Éd. Thémis, 1997, 755 p.
- PÉPIN, G. et Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2e éd., Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 1982, 666 p.
- ROY, C., *La théorie de l'expectative légitime en droit administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, 133 p.
- VÉNÉZIA, J.-C., *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, L.G.D.J., 1959, 175 p.

WADE, H. W., FORSYTH, Christopher, *Administrative Law*, 7e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, 1039 p.

Autres ouvrages

- _____, *Halsbury's Laws of England*, 4e éd., Londres, Butterworths, 1974, vol. 9.
- _____, *Le Droit de A à Z, le dictionnaire juridique pratique*, Paris, Éd. juridiques européennes, 1997, 749 p.
- BAUDOIN, J.-L., *Les Obligations*, 5e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1998, 1217 p.
- BÉLANGER-HARDY, L. et A. GRENON, *Éléments de common law*, Toronto, Carswell, 1997, 656 p.
- BENTHAM, J., *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Blackwell, 1960, 435 p.
- BERGERON, G., *L'État en fonctionnement*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, 170 p.
- BERGERON, G., *Petit traité de l'État*, Paris, P.U.F., 1990, 263 p.
- BRUN, H. et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1997, 1403 p.
- CHEVRETTE, F. et H. MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.L., 1982, 1728 p.
- CLAUDE, I. L. Jr., *Swords into Plowshares: The Problems and Progress of International Organization*, 4e éd., 1971.
- COOKE, P. J. et D. W. OUGHTON, *The Common Law of Obligations*, Butterworths, Londres, 1989, 569 p.
- CORNIOT, S., *Dictionnaire de droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1966, 2 vol.
- CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, 1035 p.
- DUGUIT, L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Féli Alcan, 1912, 206 p.
- CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1990, 859 p.
- HOGG, P. W., *Constitutional Law of Canada*, 5e éd., Scarborough, Carswell, 1997, 1216 p.

- KEYNES, J. M., *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, Paris, Payot, 1985, 383 p.
- MACHIAVEL, N., *Le Prince*, Paris, Flammarion, 1980, 231 p.
- MITCHELL, J. D. B., *Constitutional Law*, 2e éd., Edinburg, Green, 1968, 364 p.
- LA FOREST, G. V., *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 1969, 230 p.
- LOCKE, J., *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1984, 408 p.
- PINEAU, J., D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 3e édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 1996, 842 p.
- ROBERT, P., *Le nouveau Petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993, 2551 p.
- SMITH, A., *Recherches sur la nature et les causes et de la richesse des nations*, Paris, Flammarion, 1991, 2 vol.
- WALKER, D.M., *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Clarendon Press, 1980, 1366 p.

ARTICLES

Théorie du droit

- AMSELEK, P., «Le droit dans les esprits», dans P. AMSELEK et C. GRZEGORCZYK, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, coll. «Questions», Paris, P.U.F., 1989, p. 27.
- AMSELEK, P., «Le Droit, technique de direction publique des conduites humaines», (1989) 10 *Droits* 9.
- BELLEY, J.-G., «L'État et la régulation juridique des sociétés globales : Pour une problématique du pluralisme juridique», (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 11.
- BERGEL, J.-L., «Différence de nature égale, différence de régime», (1984) 3 *R.T.D.Civ.* 225.
- BOBBIO, N., «Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires», dans C. PERELMAN (dir.), *La Règle de Droit*, Bruxelles, 1971, p. 104.
- BONNARD, R., «La théorie de la formation du Droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolf Merkl», (1928) *R.D.P.* 669.
- CHEVALLIER, J., «Droit, ordre et institution», (1989) 10 *Droits* 19.

- DELOS, J.-T., «La théorie de l'institution. La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif», (1931) *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* 98.
- ENGLE MERRY, S., «Legal Pluralism», (1988) 22 *Law & Society Rev.* 869.
- GENY, F., «La notion de droit en France. Son état présent. Son avenir.», (1931) *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* 9.
- GRZEGORCZYK, C., «Système juridique et réalité: discussion de la théorie autopoïétique du droit», P. AMSELEK et C. GRZEGORCZYK, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, coll. «Questions», Paris, P.U.F., 1989, p. 179.
- GRIFFITHS, J., «What is Legal Pluralism», (1986) 24 *J. Leg. Pluralism* 1.
- GURVITCH, G., «Les idées-maîtresses de Maurice Hauriou», (1931) *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* 155.
- HACKER, P.M.S., «Hart's Philosophy of Law» dans HACKER, Peter M.S et J. RAZ, (ed.), *Law, Morality and Society*, Oxford, 1977.
- HAURIOU, M., «La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)», dans *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Bloud & Gay, 1933, p. 89.
- ISSALYS, P., «La loi dans le droit : tradition, critique et transformation», (1992) 33 *C. de D.* 665.
- JEAMMAUD, A., «Introduction à la sémantique de la régulation juridique», dans J. CLAM et G. MARTIN (éds.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. «Droit et Société», Paris, L.G.D.J., 1998, p. 47.
- KRAWIETZ, W., «Dual Concept of the Legal System? The Formal Character of Law from the Perspective of Institutionnal and Social Systems Theory», dans W. KRAWIETZ, N. MACCORMICK, G. H. VON WRIGHT (éds.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 43.
- KELSEN, H., «The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence», (1941-42) 55 *Harvard L. Rev.* 44.
- LAJOIE, A., «Contributions à une théorie de l'émergence du droit. I- Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions interreliées», (1991) 25 *R. J. T.* 103.
- LASCOUMES, P., «Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques», (1990) *L'année sociologique* 40.
- LEIBHOLZ, G., «Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne», (1931) *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* 207.

- LESSAY, F., «Souveraineté absolue, souveraineté légitime», dans Y. C. ZARKA et J. BERHARDT, *Thomas Hobbes. Philosophie première. Théorie de la science politique*, coll. «Léviathan», Paris, P.U.F., 1990, p. 275.
- MACDONALD, R.A., «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et 'inférentielle'», (1986) 1 *Sociologie et Sociétés* 47.
- MOCKLE, D., «Crise et transformation du modèle légicentrique», dans *L'Amour des lois*, Ste-Foy, P.U.L., p. 17.
- MOCKLE, D., «Deux variations sur le thème de normes», (1997) 38 *C. de D.* 437.
- MOCKLE, D., «L'État de droit et la théorie de la *rule of law*», (1994) 35 *C. de D.* 823.
- OPPETIT, B., «L'hypothèse du déclin du droit», (1986) 4 *Droits* 9.
- OST, F., «Le droit comme pur système», dans Pierre BOURETZ (dir.), *La Force du droit, panorama des débats contemporains*, Série «Philosophie», Paris, Ed. Esprit, 1991, p. 139.
- RAZ, J., «The Politics of the Rule of Law», (1990) 3 *Ratio Juris* 331.
- RAZ, J., «The Rule of Law and its Virtue», dans *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 210.
- RIVERO, J., «Sanction juridictionnelle et règle de Droit», dans *Études L. Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1974, p. 457.
- ROCHER, G., «L'effectivité du droit», dans A. LAJOIE, *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éd. Thémis, 1998, p. 133.
- ROCHER, G., «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.* 91.
- SAVATIER, R., «Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif» dans *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. 1, Paris, Éditions Sirey, 1963, p. 293.
- SIMPSON, B., «The Common Law and Legal Theory», dans W. TWINING (éd.), *Legal Theory and Common Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, p. 8.
- TEUBNER, G., «Evolution of Autopoietic Law», dans *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, New York, Walter de Gruyter, 1988, p. 217.
- TIMSIT, G., «La codification, transcription ou transgression de la loi?», (1996) 24 *Droits* 83.
- TIMSIT, G., «La régulation: naissance d'une notion», dans *Archipel de la norme*, coll. «Les Voies du droit», Paris, P.U.F., 1997, p. 161.
- TIMSIT, G., «Sept propositions (plus une) pour une définition systémale du droit», (1989) 10 *Droits* 93-96.

- TIMSIT, G., «Sur l'engendrement du droit», (1988) *R. D. P.* 39.
- TROPER, M., «Le positivisme comme théorie du droit», C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT et M. TROPER, *Le positivisme juridique*, Paris, Story-Scientia, L.G.D.J., 1992, p. 273.
- TROPER, M., «Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit», P. AMSELEK et C. GRZEGORCZYK, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, coll. «Questions», Paris, P.U.F., 1989, p. 53.
- VANDERLINDEN, J., «Essai de synthèse», dans *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éd. de l'Institut de Sociologie, 1971, p. 19.
- VANDERLINDEN, J., «Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique», (1993) 2 *R.R.J.* 573.
- VAN REENAN, T.P., «Major Theoretical Problems of Modern Comparative Legal Methodology (1) The Nature and Role of the Tertium comparationis», (1995) 28 *Comp. & Int'l L.J. Southern Afr.* 175.
- VILLA, V., «La science juridique entre descriptivisme et constructivisme», dans P. AMSELEK, *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, p. 281.
- VILLEY, M., «Le droit dans les choses» dans P. AMSELEK et C. GRZEGORCZYK, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, coll. «Questions», Paris, P.U.F., 1989, p. 11.
- WALINE, M., «Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : Faut-il tuer les catégories juridiques?», dans *Mélanges Dabin*, t. 1, Paris, Sirey, 1963, p. 363.
- WEINBERGER, O., «Les théories institutionnalistes du droit», dans P. AMSELEK et C. GRZEGORCZYK, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, coll. «Questions», Paris, P.U.F., 1989, p. 68.
- WEYR, F., «La doctrine de M. Adolf Merkl», (1926) 28 *Rev. int. de théorie du Droit* 215.
- WILLKE, H., «La théorie autopoïétique du droit : autonomie du droit et transférences contextuelles», dans P. AMSELEK et C. GRZEGORCZYK, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, coll. «Questions», Paris, P.U.F., 1989, p. 161.

Droit administratif

- ADDY, G.N., «The Bureau of Competition Policy's Compliance Approach», (1993) *R. de D. McGill* 867.
- ANISMAN, P., «Regulation Without Authority : The Ontario Securities Commission», (1993-1994) 7 *C.J.A.L.P.* 195.
- ATKINSON, W.J., «La discrétion administrative et la mise en oeuvre d'une politique», (1978) 19 *C. de D.* 187.
- AUERBACH, P.H., «Discretion, Policy and Section 19(1)(a) of the Immigration Act», (1990) 6 *J. Law & Soc. Pol.* 133.
- BILODEAU, J.-L., «La régulation du marché des valeurs mobilières au moyen de normes à portée générales : les leçons de l'affaire *Ainsley*», (1996) 37 *C. de D.* 409.
- BORGEAT, L., «Les enjeux méconnus de l'autre droit administratif», (1994) 73 *R. du B. Can.* 299.
- BOYD, K.E.S., «Administrative Rule-Making and the Saskatchewan Securities Commission», (1995-1996) 9 *C.J.A.L.P.* 231.
- CLIQUENNOIS, M., «Que reste-t-il des directives?», (1992) *A.J.D.A.* 3.
- COMTOIS, S., «Les directives : un compromis entre le droit traditionnel et le règne de la discrétion», (1995) *Droit contemp.* 804.
- DAINTITH, T., «Regulation by Contract : the New Prerogative», (1979) 32 *Cur. Leg. Problems* 41.
- DAVIS, K.C., «The Inquiry — the Subject, Objectives, Background, and Method», dans K.C. DAVIS (dir.), *Discretionary Justice in Europe and America*, Chicago, University of Illinois Press, 1976, p. 1.
- DICEY, A.V., «The Development of Administrative Law in England», (1915) 31 *L.Q.R.* 148.
- EVANS, J.M., «Controlling Administrative Discretion : A Role for Rules?», (1991) *Cambridge Lec.* 209.
- FILION, M., «Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives : les directives», (1979) *C. de D.* 855.
- FINKELSTEIN, N., «The Charter and the Control of Content in Broadcast Programming», dans N. FINKELSTEIN et B.M. ROGERS (éds), *Charter Issues in Civil Cases*, Toronto, Carwell, 1988, p. 213.
- GALLIGAN, D.J., «Pouvoirs discrétionnaires et principe de légalité», dans *Pouvoir discrétionnaire de l'administration et problèmes de responsabilité*, Actes du 25e colloque de droit européen, Oxford (Royaume-Uni), 27-29 septembre 1995, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1997, p. 11.

- GALLIGAN, D.J., «The Nature and Function of Policies within Discretionary Powers», (1976) *P.L.* 332.
- GILLESPIE, C.J., «Enforceable Rights from Administrative Guidelines?», (1990) 3 *C.J.A.L.P.* 204.
- HOULE, F., «The Credibility and Authoritativeness of Documentary Information in Determining Refugee Status : The Canadian Experience», (1994) 6 *Int. J. Ref. Law* 6.
- HOULE, F. et D. MOCKLE, «Conciliation des litiges et formes alternatives de régulation en droit administratif fédéral», (1998) 4 *Osgoode Hall L. J.* 703.
- HUNTER, L.A.W. et S.M. HUTTON, «Is the Price Right? : Comments of the *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* and *Price Discrimination Enforcement Guidelines* of the Bureau of Competition Policy», (1993) 38 *R. de D. McGill* 830.
- JANISCH, H.N., «Consistency, Rulemaking and Consolidated-Bathurst», (1991) 16 *Queen's L. J.* 95.
- JANISCH, H.N., «Further Developments with Respect to Rulemaking by Administrative Agency», (1995-1996) 9 *C.J.A.L.P.* 1.
- JANISCH, H.N., «Reregulating the Regulator : Administrative Structure of Securities Commissions and Ministerial Responsibility», (1989) *Lectures L.S.U.C.* 97.
- JANISCH, H.N., «The Choice of Decisionmaking Method : Adjudication, Policies and Rulemaking», (1992) *Lectures L.S.U.C.* 259.
- KAPSTEIN, E.B. «Workers and the World Economy», (1996) *Foreign Affairs* (May-June) 16.
- KEYES, J.M., «Power Tools : The Form and Function of Legal Instruments for Government Action», (1996-1997) 10 *C.J.A.L.P.* 133.
- KNOWLES, H.J., «Comment on Reregulating the Regulator», (1989) *Lectures L.S.U.C.* 121.
- L'HEUREUX-DUBÉ, C., «L'arrêt Bibeault : une ancre dans une mer agitée», (1994) 28 *R.J.T.* 732.
- LEMONDE, L., «Historique des normes juridiques dans les pénitenciers au Canada», (1995) 28 *Criminologie* 97.
- LEMONDE, L., «L'évolution des normes dans l'institution carcérale», (1995) 10 *R. can. Droit et Société* 125.
- LEMONDE, L., «L'impact de l'intervention judiciaire sur l'évolution des normes canadiennes en matière de libération conditionnelle», (1995) 40 *R. D. McGill* 581.

- LONGTIN, J.-F., «Les décisions prises par les tribunaux administratifs : l'énoncé de politiques de cohérence par des organismes exerçant des fonctions quasi-judiciaires», dans *Développements récents en droit administratif*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1990, p. 197.
- MACINTOSH, J. G., «Securities Regulation and the Public Interest : of Politics, Procedures, and Policy Statements», (1994-95) 24 *Rev. can. du droit de commerce* 77 (partie 1) et 287 (partie 2).
- MACLAUHLAN, W. H., «Judicial Review of Administrative Interpretations of Law : How Much Formalism Can We Reasonably Bear?», (1986) 36 *U.T.L.J.* 343.
- MACLAUHLAN, W. H., «Reconciling Curial Deference with a Functional Approach in Substantive and Procedural Judicial Review», (1993-1994) 7 *C.J.A.L.P.* 1
- MERCER, P. P., «Informal Administrative Action in Canada», (1994) *Droit Contemporain* 788.
- MOCKLE, D., «Ordre normatif interne et organisations», (1992) 33 *C. de D.* 965.
- MOCKLE, D., «Zéro contentieux. L'ouverture d'une troisième voie en droit administratif par le règlement des différends», (1991) 51 *R. du B.* 45.
- MOLOT, H. L., «The Self-Created Rule of Policy and Other Ways of Exercising Administrative Discretion», (1972) 18 *R. D. McGill* 310.
- MORAND, C. A., «La contractualisation du droit dans l'État providence», dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. «Droit et Société», L.G.D.J., Paris, 1991, p. 139.
- MORISSETTE, Y.-M., «Le contrôle de la compétence d'attribution : thèse, antithèse et synthèse», (1986) 16 *R.D.U.S.* 591.
- MOURGEON, J., «Tolérance et règle de Droit», (1988) *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse* 189.
- ROBARDET, P., «Chronique de jurisprudence. 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*», (1990) 35 *R.D. McGill* 957-975.
- ROY, J.-M., «La tolérance», (1995) 2 *R.R.J.* 497.
- SAVAGE, F., «Bill 62, The *Regulatory Efficiency Act* : Reform Denied or Delayed?», (1996-1997) 10 *C.J.A.L.P.* 251.
- SCHUBERT, G. A., «Judicial Review of Royal Proclamations and Orders in Council», (1951-1952) 9 *U. of T.L.J.* 69.
- SEILLER, B., «Circulaires et légalité», (1997) 13 *R.F.D. adm.* 1218.

- SHARP, M. (Hon.), «Decision-making in the Federal Cabinet», (1976) 19 *Adm. Pub. Can.* 1.
- SOPINKA, J., «The Role of Commission Counsel», (1990) 12 *Dal. L. J.* 75.
- SYMES, B., «The Choice of Decision-Making Method», (1992) *Lectures L.S.U.C.* 317.
- TALLINEAU, L., «Les tolérances administratives», (1978) *A.J.D.A.* 3.
- TELLIER, P. M., «Centralisation et décentralisation», dans BARBE, Raoul P., *Droit administratif canadien et québécois*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1969, p. 87.
- TIMSIT, G., «L'Administration transfigurée : un nouveau modèle d'administration?», (1993) 4 *R.I.S.A.* 624.
- THORSON, J.T., «A New Concept of the Rule of Law», (1960) 38 *R. du B. Can.* 238.
- TREMBLAY, L. B., «La norme de retenue judiciaire et les "erreurs de droit" en droit administratif : une erreur de droit? Au-delà du fondationalisme et du scepticisme», (1996) 56 *R. du B.* 141.
- VILLAGGI, J.-P., «L'application de la directive et le rôle du tribunal administratif», dans *Développements récents en droit administratif*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1989, p. 72.
- WALINE, M., «L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des "directives" (Conseil d'État, 11 décembre 1970, Crédit foncier de France)», (1971) *R.D.P.* 1224.
- WEBB, K., «Thumbs, Fingers, and Pushing on String : Legal Accountability in the Use of Federal Financial Incentives», (1993) 31 *Alb. L. Rev.* 501.
- WEILER, T.-J., «The Consultation Requirement in Regulatory Reform : Taking a Look at the Proposed Regulatory Efficiency Act», (1994-1995) 8 *C.J.A.L.P.* 101.

Autres

- BICH, M.-F., «Le pouvoir disciplinaire de l'employeur - fondements civils», (1988) 22 *R.J.T.* 85.
- COLVIN, E., «Criminal Law and the Rule of Law», dans P. FITZGERALD, (dir.), *Crime, Justice & Codification*, 1986, p. 125.
- GAUDET, S., «La règle de droit au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés : commentaires sur l'affaire *Slaight Communications Inc. c. Davidson*», (1989-1990) 20 *R.D.U.S.* 447.

- LEFEBVRE, B., «Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec», dans *Développement récents en droit civil* (1994), Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1994, p. 149.
- PINARD, D., «Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt *Slaight Communications*», (1991) 1 *Rev. nat. de droit const.* 79.

DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX

- CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, COMITÉ PERMANENT DE LA CONSOMMATION ET DES CORPORATIONS, *La publicité trompeuse*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 1988, 85 p.
- CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, 1995 — *L'année en revue*, Ottawa, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1996, v.
- CANADA, COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *Droit, objectifs publics et observation des normes*, Document de travail no 51, Ottawa, Commission de réforme du droit, 1986, 105 p.
- CANADA, COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *Les organismes administratifs autonomes*, Document de travail no 25, Ottawa, Commission de réforme du droit, 1980, 231 p.
- CANADA, COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *Répertoire des pouvoirs discrétionnaires relevés dans la statuts révisés du Canada*, Ottawa, Information Canada, 1975, 1025 p.
- CANADA, COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *The Determination of Refugee Status in Canada: A Review of the Procedure*, Ottawa, Commission de réforme du droit (draft final report), 1992, 229 p.
- CANADA, COMMISSION SUR L'ÉGALITÉ EN MATIÈRE D'EMPLOI (juge Rosalie Silberman Abella, Commissaire), *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1984, 426 p.
- CANADA, CONSEIL DE RECHERCHE EN SCIENCES HUMAINES, *Politique d'évaluation des programmes*, Ottawa, CRSH, 1989, 10 p.

- CANADA, CONSOMMATION ET AFFAIRES COMMERCIALES, DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES, *Aperçu général de la Loi sur la concurrence au Canada*, Ottawa, Approvisionnementset services Canada, 1993, 14 p.
- CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Manuel de la réglementation fédérale*, Section de la réglementation, direction des services législatifs, Ottawa, ministère de la Justice, 1998, 1 vol.
- CANADA, MINISTÈRE DE L'INDUSTRIE, DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET DES RECHERCHES, *Bulletin de la publicité trompeuse*, Ottawa, Bureau de la politique de concurrence, 1995, nos 1-2, 29 p. et annexes.
- CANADA, MINISTÈRE DE L'INDUSTRIE, DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET DES RECHERCHES, *Rapport annuel (1995)*, Ottawa, Approvisionnements et services, 1996, 72 p.
- CANADA, MINISTÈRE DU REVENU, IMPÔT, *Bulletin d'interprétation en matière d'impôt sur le revenu, Index, Bulletins d'interprétation et nouvelles techniques en matière d'impôt sur le revenu*, Ottawa, Sous-ministre du revenu national pour l'impôt, 30 décembre 1996, 66 p.
- CANADA, MINISTÈRE DU REVENU, IMPÔT, *Communiqué - circulaires d'information et bulletins d'interprétation*, Circulaire d'information n° 70-1, Ottawa, sous-ministre du revenu national pour l'impôt, 25 août 1970, 3 p.
- CANADA, MINISTÈRE DU REVENU - IMPÔT, *Les rouages de l'impôt*, 1988-1989, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1989, 100 p.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Info source*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1998, 1093 p.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Introduction au Conseil du Trésor du Canada*, Ottawa, Conseil du Trésor, 1997, 1 p.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Repenser le rôle de l'État: un gouvernement pour les canadiens*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux, 1997, 21 p.
- CANADA, SECRÉTARIAT DU COMITÉ MIXTE PERMANENT D'EXAMEN DE LA RÉGLEMENTATION, *Commentaire sur le Projet de loi C-25*, préparé pour les membres du Comité mixte permanent d'examen de la réglementation, Ottawa [non publié], octobre 1996, 6 p.
- CANADA, SÉNAT DU CANADA et CHAMBRE DES COMMUNES, *Délibérations du comité mixte permanent d'examen de la réglementation*, fascicule n° 9 : examen des textes réglementaires, Ottawa, Groupe Communication Canada, 31 octobre 1996, 43 p.

- CCH CANADIAN, *Royal Commission on Taxation: Summary of Recommendations*, Don Mills (Ont.), 1967, 30 p.
- GRANDE-BRETAGNE, INTER-DEPARTMENTAL COMMITTEE ON SOCIAL INSURANCE AND ALLIED SERVICES, *Social Insurance and Allied Services*, New York, MacMillan, 1942, 299 p.
- JANISCH, Hudson N., *Les rouages de la Commission canadienne des transports* Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1978, 151 p.
- MACGUIGAN, Marc, *Troisième rapport du Comité spécial sur les instruments statutaires (Comité MacGuigan)*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, 98 p.
- MACDONALD, Roderick A., «L'intervention réglementaire par le réglementation», dans Andrée LAJOIE et Ivan BERNIER, *Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs*, Études de la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada, no 48, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 89.
- ONTARIO, ROYAL COMMISSION INQUIRY INTO CIVIL RIGHTS, *Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, (hon. James C. McRuer), Toronto, Frank Fogg, Queen's Printer, 1968, 5 vol.
- QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, 2 tomes.

Guide des entretiens
LES RÈGLES ADMINISTRATIVES FÉDÉRALES

Nom de l'organisme:

Nom de la directive:

Nom de la personne interviewée et titre:

Date:

Entrevue effectuée:

Par téléphone

En personne

1. Pouvez-vous me décrire le contexte dans lequel cette directive a été créée? (Quels sont les motifs ayant mené votre organisme à émettre cette directive)
2. Quels objectifs votre organisme souhaite-t-il atteindre par cette directive?
3. Comment cette directive vous permet-elle d'atteindre ces objectifs?
4. Existe-t-il une loi ou un règlement qui fonde cette directive? (Autre fondement juridique tel que la Charte, la Déclaration canadienne des droits?)
5. Quelles sont les catégories de personnes touchées (directement, indirectement) par cette directive?
6. Est-ce que ces personnes se sentent l'obligation de se conformer à la directive?
7. Existe-t-il un mécanisme pour garantir que les personnes touchées se conformeront à cette directive?
8. Si une personne n'est pas d'accord avec une décision impliquant une directive, existe-t-il un recours pour en contester l'application ou en exiger le respect?
9. Pensez-vous que la directive modifie immédiatement ou à plus long terme les lois ou les règlements qui s'appliquent à ces personnes? Comment?
10. Qui a collaboré à la production de cette directive? En dernier ressort, qui a approuvé la directive?
11. Désirez-vous faire des commentaires additionnels sur la directive? Formuler des observations sur le questionnaire?

Merci de votre collaboration ...