Document generated on 07/14/2025 5:50 p.m.

Les Cahiers de droit

SUZANNE COMTOIS, *Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 173 p., ISBN 2-89451-685-1.

Patrice Garant

Volume 45, Number 1, 2004

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043788ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043788ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this review

Garant, P. (2004). Review of [SUZANNE COMTOIS, *Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 173 p., ISBN 2-89451-685-1.] *Les Cahiers de droit*, *45*(1), 185–196. https://doi.org/10.7202/043788ar

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2004

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Chronique bibliographique

SUZANNE COMTOIS, **Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle**, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 173 p., ISBN 2-89451-685-1.

La professeure Suzanne Comtois est une des spécialistes du droit administratif dont les écrits nombreux sont d'une remarquable clarté et ont beaucoup contribué à la diffusion de cette discipline. Elle vient de publier un ouvrage qui se situe au cœur d'une des problématiques contemporaines de cette branche du droit public, celle du contrôle judiciaire des décisions des autorités administratives, notamment des tribunaux quasi judiciaires. La Cour suprême du Canada et les cours d'appel se sont penchées souvent sur la norme d'intervention qui doit être appliquée par les cours supérieures, mais leur message n'est pas facile à décoder. L'ouvrage de notre collègue contribuera à une meilleure compréhension de ce message que nous voudrions moins clair-obscur parfois.

La question du rôle approprié du juge dans le maintien du principe de légalité est au centre des développements jurisprudentiels qu'a connus le droit administratif canadien au cours des 25 dernières années. Sous l'influence conjuguée des arrêts *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* de 1979 et *Bibeault* de 1988, la Cour suprême a substitué progressivement au traditionnel contrôle fondé sur les concepts d'*ultra vires* et d'excès de juridiction, une approche contextuelle, dite « méthode pragmatique et fonctionnelle », qui permet de mieux assurer l'autonomie décisionnelle des organismes administratifs tout en précisant le rôle essentiel des cours supérieures dans l'affirmation de la *rule of law* ou primauté du droit.

Instituée pour répondre au problème particulier que posait la révision judiciaire de l'interprétation faite par les tribunaux administratifs des lois qu'ils ont à appliquer, la méthode pragmatique et fonctionnelle, utilisée pour déterminer la norme de contrôle appropriée, s'applique maintenant aux décisions de fond prises par tout décideur administratif exerçant un pouvoir conféré par la loi. Et ce, peu importe que le recours procède par voie d'appel ou de révision judiciaire, qu'il concerne la décision d'un tribunal administratif, d'un ministre ou d'une autorité locale ou, encore, que la question en litige porte sur le droit, les faits ou l'exercice d'une discrétion.

L'ouvrage de Suzanne Comtois a pour objet principal de rendre compte de cette évolution jurisprudentielle, d'en évaluer les incidences et d'exposer, le plus clairement possible, le contexte dans lequel s'effectuent l'identification et l'application de la norme de contrôle appropriée aux décisions de fond rendues par les divers organismes administratifs. La première partie traite du contrôle judiciaire des erreurs de droit. La seconde aborde le contrôle judiciaire des décisions de nature discrétionnaire et des décisions comportant des conclusions de fait erronées.

Dans la partie I, l'auteure parle de l'amorce d'un mouvement de retenue. Elle situe le point de départ d'une approche restrictive du contrôle judiciaire, soit l'arrêt de 1979 mentionné plus haut. La Cour suprême instaure un contrôle qui peut être qualifié de contrôle de « raisonnabilité » : un recul du concept de juridiction se dessine. L'auteure analyse la fameuse méthode pragmatique et fonctionnelle. Elle y traite des aspects sui-

Les Cahiers de Droit, **vol. 45, n° 1, mars 2004, p. 185-213**

vants : la coexistence d'une « gamme » de normes de contrôle ; une terminologie clarifiée ; la méthode et les facteurs permettant de déterminer la norme de contrôle appropriée ; l'application des facteurs de la méthode pragmatique et fonctionnelle ; le processus d'appréciation du caractère déraisonnable ou manifestement déraisonnable d'une décision ; l'application de la norme de la décision correcte (le contrôle de la rectitude).

Dans la partie II, l'auteure se penche sur le contrôle judiciaire des décisions de nature discrétionnaire et des conclusions de fait erronées ; elle considère qu'il y a systématisation de l'approche restrictive. La jurisprudence a procédé à l'intégration des décisions discrétionnaires dans la méthode pragmatique et fonctionnelle (arrêt *Baker*). L'auteure montre qu'il y a eu modulation de l'intensité du contrôle du pouvoir discrétionnaire depuis l'arrêt *Baker* ; l'arrêt *Suresh* offre une relecture à la baisse des exigences posées dans l'arrêt *Baker* ; dans l'arrêt *Chieu*, la Cour revisite l'erreur juridictionnelle ; et dans l'arrêt *Mont-Sinaï* il semble y avoir un renforcement du contrôle de la substance des décisions discrétionnaires.

Quant à l'attitude de déférence manifestée envers les décisions des municipalités, conseils scolaires ou autres autorités locales élues, il y a un retournement ponctué d'hésitations ; est remise en question la doctrine de l'*ultra vires* de l'arrêt *Shell Canada*. Avec l'application particulière de la méthode pragmatique et fonctionnelle aux fonctions juridictionnelles (quasi judiciaires) des élus locaux dans l'arrêt *Nanaimo*, la Cour suprême parvient à une superposition des contrôles de la juridiction et de la raisonnabilité. Puis elle étend l'application généralisée de la méthode pragmatique et fonctionnelle aux décisions des élus locaux dans l'arrêt *Surrey School*. Enfin, l'auteure aborde la question du contrôle des conclusions de fait erronées selon la méthode pragmatique et fonctionnelle ; elle expose la jurisprudence sur les concepts d'erreur de fait manifestement déraisonnable et d'erreur de fait simplement déraisonnable.

En annexe à l'ouvrage, l'auteure donne la liste des jugements rendus par la Cour suprême sur le contrôle judiciaire des décisions de fond depuis l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* de 1979. Le lecteur y trouve également une bibliographie, une table de la législation, une table de la jurisprudence et un index analytique.

Dans une brève conclusion, Me Comtois se dit en accord avec David Mullan sur le fait que la Cour suprême a établi, en droit administratif, « une théorie générale ou unificatrice du contrôle des décisions de fond prises par tout décideur » (p. 139). Elle conclut que, en dépit de sa complexité et du caractère parfois moins prévisible de ses applications, la méthode pragmatique et fonctionnelle comporte plus d'avantages que d'inconvénients. Elle en mentionne trois : 1) mieux circonscrire le rôle interprétatif du décideur administratif à qui la loi confie le pouvoir de trancher un litige par rapport à la cour de révision ; 2) moduler l'intensité du contrôle en fonction de facteurs contextuels ; 3) rendre possible un certain renforcement du contrôle exercé sur la substance des décisions discrétionnaires (p. 139). Enfin, elle estime que cette méthode fait l'objet d'un large consensus tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Commentaires

En 1995, la juge L'Heureux-Dubé a qualifié l'arrêt *Bibeault* « d'une ancre dans une mer agitée[1] ». Qu'est-ce qu'au juste la méthode appliquée dans ce cas et en quoi est-elle pragmatique et fonctionnelle ? Le *Petit Robert* définit fonctionnel comme « [ce] qui remplit une fonction pratique » et pragmatique comme « [ce] qui est adapté à l'action sur le réel, qui est susceptible d'application pratique ». Il s'agit donc d'une méthode... praticopratique ! Le juge Beetz, dans l'arrêt *Bibeault*, l'oppose à l'analyse « formaliste et technique ». Dans l'arrêt *Dayco*, le juge La

1. C. L'Heureux-Dubé, « L'arrêt Bibeault : une ancre dans une mer agitée », *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 663-713.

Forest parle d'une analyse « empirique et fonctionnelle » qui s'oppose à une « construction théorique »[2].

L'objet de la méthode pragmatique et fonctionnelle

La méthode visée ici permet de « dégager l'intention du législateur », comme la Cour suprême l'a répété de l'arrêt *Bibeault* en 1988 jusqu'à aujourd'hui. Il s'agit, ainsi que la Cour suprême le dit dans l'arrêt *Baker*, « d'une démarche » applicable d'ailleurs à tous les types de décisions[3], qu'elles émanent d'un tribunal administratif, d'un conseil municipal, d'une commission scolaire, de la Gendarmerie royale du Canada (GRC), d'un fonctionnaire, d'un ministre ou d'une autre autorité publique.

La Cour suprême s'en remet donc au législateur qui est censé fixer, expressément ou implicitement, la portée du contrôle. Ainsi, elle définit la fameuse « norme de contrôle » en prenant en considération le texte de la loi et certains facteurs. Depuis les arrêts *Bibeault* et *Pushpanatan*, et nombre d'autres arrêts, la Cour suprême en a retenu quatre : 1) la présence ou l'absence d'une disposition privative ou d'un droit d'appel ; 2) l'expertise relative du tribunal ; 3) l'objet de la loi dans son ensemble et de la disposition en particulier ; et 4) la nature du problème posé.

Rappelons qu'après l'arrêt *Bibeault* la Cour suprême a rendu l'arrêt *Southam* dans lequel elle a défini qu'il existe une norme intermédiaire, entre « la décision correcte » et le caractère « manifestement déraisonnable », soit la norme du caractère « simplement déraisonnable[4] ». Cela a conduit le juge Bastarache dans l'arrêt *Pushpanatan* rendu en 1998 à soutenir que, dans la recherche de « la plus fidèle intention du législateur quant à la compétence conférée au tribunal. En effet, la Cour [suprême] a affirmé que l'éventail des normes existantes était un spectre dont l'une des extrémités exige « le moins de retenue » et l'autre, « le plus »[5] ». Il en résulte que, selon les différents facteurs à appliquer, lorsqu'un tribunal tranche une question de droit, « [c]ertaines dispositions d'une même loi peuvent exiger plus de retenue que d'autres…[6] » Le juge Bastarache parle d'un « continuum du degré de retenue judiciaire approprié » découlant de l'interprétation des lois en tenant compte de « plusieurs facteurs différents dont aucun n'est décisif[7] ».

Comment, dans la recherche de l'intention du législateur sur laquelle la Cour suprême insiste tellement, cette dernière prend-elle en considération ces quatre facteurs ?

Dans le cas du premier facteur, il s'agit d'indices à être interprétés différemment selon qu'il est question d'une clause privative intégrale ou partielle ou encore équivoque. Une telle clause « s'inscrit dans le processus d'ensemble d'appréciation des facteurs selon lesquels est déterminée l'intention du législateur quant au degré de retenue judiciaire[8] ». Sur la question de la clause incluant un droit

2. *Dayco (Canada) Ltd.* c. *Syndicat national des travailleurs et des travailleuses de l'automobile et de l'outillage agricole du Canada (TCA-Canada)*, [1993] 2 R.C.S. 230, 259. Pour les références aux arrêts, voir la table de jurisprudence de S. Comtois, *Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 141.
3. *Baker* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 39 ; *Suresh* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 35.
4. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence)* c. *Southam Inc.*, [1996] 1 R.C.S. 748, par. 54.
5. *Pushpanathan* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 27.
6. *Id.*, par. 28 : citant *Canada (Directeur des enquêtes et recherches)* c. *Southam Inc.*, précité, note 4, par. 30.
7. *Id.*, par. 27 ; le juge cite à l'appui l'arrêt ou *Union des employés de service, local 298* c. *Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, mais dans cet arrêt il n'est pas question de « continuum ».
8. *Pushpanathan* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, par. 31 ; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579* c. *Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, 331-333.

d'appel, la Cour suprême a évolué depuis l'arrêt *Bell Canada* de 1989 jusqu'à aujourd'hui. Dans l'arrêt *Dell Holdings* rendu en 1997, l'absence d'une clause privative et l'octroi d'un droit d'appel ont été jugés déterminants pour exclure toute retenue[9]. Plus récemment, dans l'arrêt *Mattel*, au contraire l'absence d'une clause privative en présence d'un droit d'appel n'a pas été jugée déterminante « envers les décisions rendues par les tribunaux spécialisés sur les questions relevant directement de leur champ d'expertise[10] ». Dans l'arrêt *Macdonell*, la présence d'un droit d'appel sur toute « question de droit et de compétence » couplée à une clause privative a justifié la norme intermédiaire[11]. Plus récemment, l'existence d'un droit d'appel ne semble pas influer sur la retenue suivant qu'il y a ou non expertise chez le tribunal administratif[12]. Dans l'arrêt *Commissaire de la GRC*, l'absence d'une clause privative et l'existence d'un recours propre à la Cour fédérale ne commandent aucune retenue[13]. Enfin, dans les arrêts *Baker* et *Suresh*, la disposition qui assujettit le contrôle judiciaire à l'autorisation de la Cour fédérale est un indice de plus grande retenue judiciaire[14].

Le deuxième facteur, l'expertise relative, est, suivant les arrêts *Southam* et *Pushpanatan*, le plus important et il englobe plusieurs aspects. Un tribunal peut avoir de l'expertise « quant à la réalisation des objectifs d'une loi, que ce soit en raison des connaissances spécialisées de ses membres, de sa procédure spéciale ou de moyens non judiciaires d'appliquer la loi[15] ». L'expertise peut varier aussi selon la nature du problème en ce sens que le législateur a voulu donner au décideur « une vaste marge de manœuvre pour la prise de décision relative à certaines questions[16] ». L'expertise « doit être évaluée en fonction de la question litigieuse et de l'expertise relative du tribunal administratif lui-même[17] ».

La façon dont l'expertise est reconnue varie. Ainsi, dans l'arrêt *Macdonell* rendu en 2002, la majorité dit de la Commission d'accès à l'information du Québec qu'elle a « une expertise générale dans le domaine de l'accès à l'information » et « une expertise relative en matière de protection de la vie privée et de promotion de l'accès aux renseignements détenus par un organisme public »[18]. La minorité estime que la Commission n'a d'expertise particulière que « sur des conclusions de fait » et non sur « la protection de la vie privée et des valeurs fondamentales de la démocratie [...] tout comme l'interprétation contextuelle des lois d'intérêt public »[19]. Dans l'arrêt *Commissaire de la GRC*, la Cour suprême estime que le Commissaire n'a aucune expertise « dans l'interprétation législative[20] ». Dans l'arrêt *Barrie Public Utilities*,

9. *Régie des transports en commun de la région de Toronto* c. *Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 R.C.S. 32, par. 48.
10. *Canada (Sous-ministre du Revenu national-M.R.N.)* c. *Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, par. 27 ; c'était aussi le cas dans *British Columbia Telephone Co.* c. *Shaw Cable Systems (B.C. Ltd.)*, [1995] 2 R.C.S. 739, par. 30.
11. *Macdonell* c. *Québec (Commission d'accès à l'information)*, 2002 CSC 71 par. 9 et 56. Toutefois les quatre juges de la minorité qualifient la clause de partielle, alors que la majorité ne se prononce pas ouvertement.
12. *Barreau du Nouveau-Brunswick* c. *Ryan*, 2003 CSC 20 ; *Dr.Q.* c. *College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19 ; *Barrie Utilities* c. *Association Canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28.
13. *Canada (Commissaire à l'information)* c. *Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, par. 15 (ci-après cité : « *Commission de la GRC* ».
14. *Baker* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 3, par. 58 ; *Suresh* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 3, par. 31.
15. *Pushpanathan* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, par. 32.
16. *Ibid.*, au par. 33.
17. *Université Trinity Western* c. *British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, par. 17 ; *Barrie Utilities* c. *Association canadienne de télévision par câble*, précité, note 12, par. 12-15.
18. *Macdonell* c. *Québec (Commission d'accès à l'information)*, précité, note 11, par. 7 et 8.
19. *Id.*, par. 56.
20. *Commissaire de la GRC*, précité, note 13, par. 16.

la Cour suprême estime que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a une expertise dans la régulation des télécommunications mais non sur une question telle l'interprétation de l'expression « structure de soutien d'une ligne de transmission[21] ». La détermination de ce qu'est l'expertise d'un tribunal administratif devient ainsi une question subtile.

Le troisième facteur, l'objet de la loi, a été défini de plusieurs façons quant à l'objectif poursuivi par le législateur. Ce peut être « la nature spécialisée du régime législatif et du mécanisme de règlement des différends[22] ». La Cour suprême distinguera suivant que l'objectif est défini « comme consistant à établir les droits des parties » ou bien « à réaliser un équilibre délicat entre divers intérêts »[23]. Il sera parfois question de situations à « caractère polycentrique » par opposition aux situations bipolaires[24]. Le législateur distinguera aussi les objectifs « davantage économiques » des objectifs « strictement juridiques »[25]. L'objet de la loi peut également être le programme gouvernemental d'intervention économique ou social ou de régulation sociale inclus dans la législation, comme l'analyse longuement le juge Sopinka dans l'arrêt *Pasiechynik*[26]. Il est nécessaire, dans certains cas, de cibler soit l'ensemble de la loi, soit une disposition particulière. Certaines dispositions d'une même loi peuvent faire l'objet d'une plus grande retenue que d'autres[27].

Le quatrième facteur, soit la nature du problème posé, permet de séparer les questions de droit et les questions de fait[28], ou les deux premières et les questions mixtes[29]. S'il s'agit d'une question de droit, il faut distinguer entre les questions d'interprétation qui entrent dans le champ d'expertise spécialisé du tribunal administratif, notamment l'interprétation de sa loi constitutive ou de la loi qu'il est chargé d'appliquer[30], et les questions générales de droit[31]. Toutefois, il se peut qu'une question générale de droit soit liée au régime législatif particulier, à la haute spécialisation du tribunal ou à une clause privative stricte et justifie néanmoins la norme d'une retenue étendue[32]. Quant aux questions de

21. *Barrie Utilities* c. *Association canadienne de télévision par câble*, précité, note 12, par. 18.
22. *Pushpanathan* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, par. 36.
23. *Ibid.*
24. *Pushpanathan* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, par. 36 ; *Baker* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 3, par. 62 ; *Université Trinity Western* c. *British Columbia College of Teachers*, précité, note 17, par. 15.
25. *Pushpanathan* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, par. 36.
26. *Pasiechnyk* c. *Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 23-35 : le juge y décrit le régime d'indemnisation des victimes d'un accident de travail et le rôle de la Commission [*Board*] ; voir aussi *Canada (Directeur des enquêtes et recherches)* c. *Southam Inc.*, précité, note 4, par. 47-49 ; *Dayco (Canada) Ltd.* c. *Syndicat national des travailleurs et des travailleuses de l'automobile et de l'outillage agricole du Canada (TCA-Canada)*, précité, note 2, 266.
27. *Pushpanatan* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, par. 28 ; *Université Trinity Western* c. *British Columbia College of Teachers*, précité, note 17, par. 17.
28. *Pushpanathan* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, par. 37, *Ross* c. *Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 24.
29. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches)* c. *Southam Inc.*, précité, note 4, par. 35.
30. *Domtar Inc.* c. *Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, 773.
31. *Canada (Producteur général)* c. *Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, 584-585 ; *Chieu* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, par. 23.
32. *Pushpanathan* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, par. 37 ; *Pasiechnik* c. *Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, précité, note 26, par. 36-42. Étonnamment, dans l'arrêt *Chieu* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 31, en 2002, la Cour suprême considère que la Commission de l'immigration (section d'appel) « n'a aucune expertise dans

fait, la distinction doit être faite entre celles qui sont liées à l'expertise du tribunal et les autres : ainsi, les tribunaux des droits de la personne font l'objet d'une retenue étendue sur les questions de fait dans le domaine de la protection des droits de la personne et de la discrimination[33] ; ce n'est pas le cas d'un comité d'agrément des programmes universitaires[34].

Dans de nombreuses situations, ce qui semble importer, sans différencier entre les aspects juridiques factuels, c'est la nature du problème à résoudre par le tribunal administratif et son lien avec l'expertise plus ou moins spécialisée du tribunal par rapport aux compétences généralistes des cours supérieures[35].

Enfin, comme l'indique la Cour suprême dans l'arrêt *Baker*, « tous ces facteurs doivent être soupesés afin d'en arriver à la norme d'examen appropriée[36] ». Dans l'arrêt *Dayco*, le juge La Forest considère que « ces facteurs sont tellement entremêlés qu'il convient d'en faire une analyse globale[37] ».

La mise en œuvre de la méthode pragmatique et fonctionnelle

Cette méthode que certains ont considérée comme géniale a été améliorée, raffinée, mais force est de constater que, si sa formulation paraît simple, sa mise en œuvre a soulevé des difficultés innombrables. Dans de nombreuses affaires, des juges aux trois niveaux ont été divisés non seulement quant à l'identification de la norme appropriée mais aussi quant à son application, lorsqu'ils étaient parvenus à s'entendre sur la norme. En décembre 2002, les juges LeBel et Bastarache sympathisaient avec les juges de première instance « qui, avant d'entrer dans le vif du sujet doivent consacrer énormément de temps à l'examen d'arguments complexes concernant la norme de contrôle applicable[38] ». En 2003, le juge LeBel prend la peine de rédiger encore de nombreuses pages dans une décision afin de clarifier l'application de cette méthode[39].

Cette méthode se voulait pourtant simple et fonctionnelle. Cependant, après une douzaine d'années d'application, un auteur parlait de l'« ambiguity and complexity of deference[40] ». Dès 1989, la juge Wilson considère le caractère manifestement déraisonnable comme « un critère déjà très ambigu[41] ».

---

le domaine » (par. 24) s'agissant de l'interprétation de l'article 70 (1) b de la *Loi sur l'immigration* (expression employée : « eu égard aux circonstances particulières »). Dans l'arrêt *Canada (Sous-ministre du Revenu national)* c. *Mattel Canada Inc.*, précité, note 10, la Cour suprême estime que le Tribunal canadien du commerce extérieur n'a pas d'expertise particulière pour l'interprétation de la *Loi sur les douanes*.

33. *Canada (Producteur général)* c. *Mossop*, précité, note 31, 578.
34. *Université Trinity Western* c. *British Columbia College of Teachers*, précité, note 17.
35. *Régie des transports en commun de la région de Toronto* c. *Dell Holdings Ltd.*, précité, note 9, par. 47-48 (questions d'expropriation) ; *Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514* c. *Prince Ruppert Grain Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 432, par. 32 (détermination de l'unité habilitée à négocier la convention collective) ; *Moreau-Bérubé* c. *Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, par. 45, 51 (déontologie judiciaire).
36. *Baker* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 3, par. 62.
37. *Dayco (Canada) Ltd.* c. *Syndicat national des travailleurs et des travailleuses de l'automobile et de l'outillage agricole du Canada (TCA-Canada)*, précité, note 2, 265.
38. *Chamberlain* c. *Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86 par. 202.
39. *Toronto (Ville)* c. *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 79 (S.C.F.P.)*, 2003 CSC 63 par. 61-134.
40. L. Sossin, « Developments in Administrative law », (2000) 11 *S.C. Law Review (2d)* 37, 42 ; aussi D. Mullan, « The Supreme Court of Canada and Tribunals – Deference to the Administrative Process », (2001) 80 *R. du B. can.* 399-432.
41. *Association canadienne des travailleurs des industries mécaniques et assimilées, section locale 14* c. *Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, 1022.

Alors qu'au début la méthode pragmatique et fonctionnelle devait conduire à distinguer deux normes, celle de la rectitude ou justesse (*correctness*) et celle du caractère manifestement déraisonnable, certains en sont venus à parler d'une « gamme de normes[42] » qui se situent « quelque part entre les deux extrémités d'un spectre[43] » ; il est question en 2002 d'un « spectre de degrés de retenue[44] ». La juge McLachlin, pour sa part, constate qu'il s'agit d'un « spectrum of standards » et que « a myriad of factors are included in this analysis »[45]. Plus récemment, dans l'arrêt *Ryan* rendu en 2003, la Cour suprême estimant que « [l']analyse [...] ne devrait pas être impraticable ou hautement technique », souligne « qu'il n'existe actuellement que trois normes établies »[46].

La méthode soulève des difficultés terminologiques et conceptuelles qui ont amené une confusion manifeste dans plusieurs arrêts, même au plus haut niveau. Le juge LeBel en a fait une convaincante analyse en 2003 dans l'arrêt *Toronto*. Notamment, le concept de caractère manifestement déraisonnable s'est prêté à toutes sortes de définitions plus ou moins éclairantes quant à ce que signifie l'adverbe « manifestement » ; le juge LeBel constate que la distinction entre les termes « manifestement » et « simplement » déraisonnable « demeure nébuleuse malgré bien des tentatives d'explications[47] ».

Dans l'arrêt *National Corn Growers*, la Cour suprême admet que le caractère manifestement déraisonnable peut apparraître « sans qu'il soit nécessaire d'examiner en détail le dossier », mais il se peut que cela ne puisse être constaté « qu'après une analyse en profondeur »[48]. Effectivement, dans tous les cas où la Cour suprême a conclu au caractère manifestement déraisonnable d'une décision c'était au terme d'une analyse poussée[49]. Dans l'arrêt *Southam* par contre, ce qui semble définir le caractère manifestement déraisonnable, c'est « le caractère flagrant ou évident du défaut[50] », alors que, « s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable[51] ». L'examen en profondeur ne servira qu'à rendre apparents « les contours du problème », et alors le « caractère déraisonnable ressortira[52] ».

La norme du caractère manifestement déraisonnable a été tout d'abord présentée comme une norme très sévère, fort

42. *Ross* c. *Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, précité, note 28, par. 23-24 ;
Pezim c. *Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, 590.
43. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches)* c. *Southam Inc.*, précité, note 4, par. 54.
44. *Moreau-Bérubé* c. *Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 35, par. 38.
45. B. McLachlin, « The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law », (1998) 12 *Can. Journal of Adm. Law and Practice* 171, 181-183.
46. *Barreau du Nouveau-Brunswick* c. *Ryan*, précité, note 12, par. 26.
47. *Toronto (Ville)* c. *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 79 (S.C.F.P.)*, précité, note 39, par. 64-65.
48. *National Corn Growers Association* c. *Canada (Tribunal des Importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 1370 (j. Gonthier) ; *Association canadienne des travailleurs des industries mécaniques et assimilées, section locale 14* c. *Paccar of Canada Ltd.*, précité, note 41, 1018 (j. Sopinka).
49. Nous ne connaissons qu'un cas où « une brève analyse » de cinq pages semble avoir suffi à « faire ressortir le caractère déraisonnable de la décision » : *Centre communautaire juridique de l'Estrie* c. *Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84, par. 13.
50. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches)* c. *Southam Inc.*, précité, note 4, par. 57 ; le juge Iacobucci cite la définition qu'en donnait le juge Cory dans l'arrêt *Canada (Procureur Général)* c. *Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, 963 ; *Suresh* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 3, par. 41 (« à première vue »).
51. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches)* c. *Southam Inc.*, précité, note 4, par. 57.
52. *Ibid.*, aussi *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité)* c. *F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 47.

restrictive[53]. Plusieurs juges n'ont pas hésité à employer le terme « absurde » pour qualifier alors la décision contrôlée[54]. Or, selon nous, l'important dans le caractère manifestement déraisonnable, tout comme dans le caractère simplement déraisonnable, c'est le caractère « irrationnel » de la décision : ce terme employé par plusieurs juges nous paraît plus éclairant[55]. Ce qui est rationnel fait appel à la raison, au raisonnement[56]. C'est dans cette optique que le juge Iacobucci, dans l'arrêt *Southam*, définit la décision déraisonnable comme celle qui « dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé[57] » soit qu'il n'y a « aucune assise dans la preuve », soit que la conclusion va « à l'encontre de l'essentiel de la preuve » ou encore qu'il exite « une contradiction dans les prémisses »[58]. Dans l'arrêt *Macdonell*, les juges Bastarache et LeBel parlent de conclusions « dénuées de justification et surtout qu'elles résultent d'un raisonnement erroné[59] ». Dans l'arrêt *Conseil de l'éducation de Toronto*, le juge Cory écrit que la décision sera invalidée « uniquement dans le cas où la preuve, appréciée raisonnablement, est incapable d'étayer les conclusions du tribunal[60] ». Dans l'arrêt *Royal Oak Mines*, la majorité écrit qu'est déraisonnable « une réparation qui n'a pas de lien rationnel avec la violation et ses conséquences, ou qui est incompatible avec les objectifs visés par la loi[61] ». En 2003, le juge LeBel, dans l'arrêt *Toronto*, doit revenir encore sur le sujet pour faire comprendre que, comme nous le croyons, la distinction entre les termes « manifestement » et « simplement » importe peu[62]. Autrement dit, il n'y a pas de différence entre ce qui est irrationnel et ce qui est clairement irrationnel ; comment est-il possible de prétendre que l'intention du législateur soit qu'une décision qui ne serait que simplement irrationnelle doive être maintenue ? Comment concilier la rule of law, principe constitutionnel, et le maintien de l'irrationalité ?

Par ailleurs, le danger que présente l'analyse en profondeur de la preuve, c'est, comme le souligne le juge Cory dans l'arrêt *Conseil de l'éducation de Toronto*, que le juge de révision scrute « la façon dont le tribunal administratif a apprécié la preuve et tiré sa conclusion » pour exprimer son désac-

53. *Blanchard* c. *Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 493 (j. Lamer) ; *Association canadienne des travailleurs des industries mécaniques et assimilées, section locale 14* c. *Paccar of Canada Ltd.*, précité, note 41, 1003 (j. La Forest).
54. *Pointe-Claire (Ville)* c. *Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015, par. 120 (j. L'Heureux-Dubé, qui emploie dix fois le terme « absurde » dans sa dissidence) ; voir aussi *Sept-Îles (Ville)* c. *Québec (Tribunal du Travail)*, [2001] 2 R.C.S. 670, par. 25 (« aucune absurdité ») ; *Ivanhoe inc.* c. *TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, par. 60 (« absurd or irrational result »).
55. *Macdonell* c. *Québec (Commission d'accès à l'information)*, précité, note 11, par. 55-59 (j. LeBel : « [le] concept de rationalité [...] est un des éléments fondamentaux du système actuel de contrôle judiciaire ») ; *Domtar Inc.* c. *Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, précité, note 30, 375-376 (j. L'Heureux-Dubé) ; *Ajax (Ville)* c. *Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l'automobile, de l'aérospaciale et de l'outillage agricole du Canada (TCA,-Canada) section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, par. 2 (j. McLachlin : « pas clairement irrationnel ») ; *Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514* c. *Prince Ruppert Grain Ltd.*, précité, note 35, par. 42 (j. Cory : si la décision a un fondement rationnel).
56. *Pointe-Claire (Ville)* c. *Québec (Tribunal du travail)*, précité, note 54, par. 23 (« raisonnement du Tribunal du travail »).
57. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches)* c. *Southam Inc.*, précité, note 4, par. 56.
58. *Ibid.* ; *Association canadienne des travailleurs des industries mécaniques et assimilées, section locale 14* c. *Paccar of Canada Ltd.*, précité, note 41, 1001 (j. La Forest).
59. *Macdonell* c. *Québec (Commission d'accès à l'information)*, précité, note 11, par. 59.
60. *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité)* c. *F.E.E.E.S.O., district 15*, précité, note 52, par. 48.
61. *Royal Oak Mines Inc.* c. *Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, 403.
62. *Toronto (Ville)* c. *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 79 (S.C.F.P.)*, précité, note 39.

cord et se substituer à lui[63]. Le danger de substitution s'est présenté dans l'arrêt *Baker* où la Cour suprême juge déraisonnable la décision parce que « les motifs [...] n'indiquent pas qu'elle a été rendue d'une manière réceptive, attentive ou sensible à l'intérêt des enfants de Mme Baker, ni que leur intérêt a été considéré comme un facteur décisionnel important [...]. En outre, les motifs de la décision n'accordent pas suffisamment d'importance ou de poids aux difficultés[64] ». Dans l'arrêt *Suresh*, la Cour suprême a tenu à préciser que l'arrêt *Baker* « n'a pas pour effet d'autoriser les tribunaux siégeant en révision de décisions de nature discrétionnaire à utiliser un nouveau processus d'évaluation[65] ». Il faut, selon la Cour suprême, interpréter l'arrêt *Baker* selon la « jurisprudence établie concernant l'omission [d'un décideur] de prendre en considération et d'évaluer des restrictions tacites ou des facteurs manifestement pertinents[66] », ainsi, lorsque le décideur « a tenu compte des facteurs appropriés, le tribunal ne doit pas les soupeser de nouveau[67] ».

Lorsqu'il s'agit d'une interprétation législative, ce qui est déraisonnable ou irrationnel pour le décideur c'est de ne pas avoir utilisé « la bonne méthode d'analyse », mais une analyse « comportant certaines erreurs » et conduisant « à un conflit insoluble entre l'objectif législatif déclaré dans la loi et l'application effective de ses dispositions »[68]. Ainsi dans l'arrêt *Macdonell* rendu en 2002, la majorité est plutôt d'avis que le tribunal administratif a adopté la bonne démarche d'analyse et fait une interprétation rationnelle qui semble par ailleurs agréer à ces cinq juges ; les quatre juges de la minorité pensent le contraire.

Les difficultés d'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle

Ce qui n'est pas pour faciliter la tâche des juges, c'est la reconnaissance par la Cour suprême que diverses normes de contrôle peuvent être appliquées à différentes dispositions d'une même loi ou à des questions variées soumises au tribunal administratif[69]. Dans l'arrêt *Mattel* rendu en 2001, la Cour suprême écrit qu'« en général, des normes de contrôle différentes s'appliquent à des questions de droit différentes, selon la nature de la question à trancher et l'expertise relative du tribunal administratif sur ces questions particulières[70] ».

Il est aisé de comprendre que durant les années qui ont suivi l'arrêt *Bibeault*, où la Cour suprême a adopté la méthode pragmatique et fonctionnelle, il y a eu quelque flottement[71], mais en 1993, dans l'arrêt *Alliance de la Fonction publique*, la Cour suprême se divise à quatre contre trois sur la qualification de la question soumise au tribunal relativement à la portée de l'article 99 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* qui donne compétence à la Commission[72]. En 1996, la Cour suprême se divise encore de la même façon sur la norme de con-

63. *Macdonell* c. *Québec (Commission d'accès à l'information)*, précité, note 11, par. 48.
64. *Baker* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 3, par. 73 (j. L'Heureux-Dubé).
65. *Suresh* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 3, par. 37.
66. *Id.*, par. 41.
67. *Ibid.*
68. *Macdonell* c. *Québec (Commission d'accès à l'information)*, précité, note 11, par. 62 (jj. Bastarache et LeBel, dissidents).
69. *Pushpanathan* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, par. 49 ; *Macdonell* c. *Québec (Commission d'accès à l'information)*, précité, note 11, par. 58.
70. *Canada (Sous-ministre du Revenu national)* c. *Mattel Canada Inc.*, précité, note 10, par. 27.
71. Par exemple, dans l'arrêt *Association canadienne des travailleurs des industries mécaniques et assimilées, section locale 14* c. *Paccar of Canada Ltd.*, précité, note 41, en 1989, les cinq juges de la majorité qualifient la question d' « intrajuridictionnelle », alors que la juge dissidente en fait résolument une question de compétence. Voir aussi *Canada (Procureur général)* c. *Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614, 631 (majorité), 662 (minorité).
72. *Canada (Procureur général)* c. *Alliance de la Fonction publique du Canada*, précité, note 50.

trôle de la compétence d'un tribunal administratif en matière de réparation[73] ; la lecture des arguments des juges majoritaires et des juges minoritaires est tout aussi convaincante. En 1997, dans l'arrêt *Pasiechnyk*, la majorité qualifie d'« intrajuridictionnelle » la question de savoir si la Commission a compétence exclusive pour entendre les recours des travailleurs accidentés à l'exclusion de toute action en justice : la juge dissidente considère, au contraire, qu'il s'agit d'une question de compétence[74], ce qui ne nous étonne pas.

Même quand les juges à tous les niveaux font consensus sur la norme à appliquer, l'opération conduit à des résultats divergents. Dans l'arrêt *Canada Safeway*, en 1998, la décision du tribunal administratif est jugé raisonnable par la Cour supérieure mais manifestement déraisonnable par la Cour d'appel de la Saskatchewan ; six juges de la Cour suprême sont du même avis, mais une juge est dissidente et aurait trouvé la décision raisonnable[75]. Plus récemment, dans l'arrêt *Macdonell*, sur quatorze magistrats ayant statué sur le dossier, huit ont estimé la décision de la Commission d'accès à l'information du Québec raisonnable ou rationnelle tandis que six l'ont jugée déraisonnable ou irrationnelle, dont quatre à la Cour suprême[76]. Dans l'arrêt *Ajax* rendu en 2000, la Cour de l'Ontario avait jugé déraisonnable une décision de la Commission des relations de travail ; la Cour d'appel a estimé, au contraire, qu'elle n'était pas manifestement déraisonnable, et la Cour suprême s'est divisée à six contre trois, la majorité confirmant que la décision n'était pas « clairement irrationnelle[77] » ; au total, sur quinze magistrats, neuf trouvent la décision rationnelle et six irrationnelle.

Même dans des affaires relativement simples où la Cour suprême parvient à un accord, il n'en est pas ainsi aux autres niveaux. Par exemple, dans l'arrêt *Centre juridique de l'Estrie* en 1996, les sept juges de la Cour suprême estiment la décision de la Commission municipale du Québec manifestement déraisonnable, alors que les trois juges de la Cour d'appel l'avaient déclarée raisonnable[78]. Dans l'arrêt *J.M. Asbestos*, la Cour suprême, unanime dans son jugement, refuse de considérer la décision comme manifestement déraisonnable, mais deux juges de la Cour d'appel et la Cour supérieure l'ont considérée comme telle[79].

L'aspect difficile dans l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle est qu'en soi aucun des quatre facteurs n'est déterminant. Il y a lieu d'effectuer un dosage qui varie selon la combinaison des facteurs. Selon l'arrêt *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires* rendu en 2001, « [c]haque facteur fournit une indication s'inscrivant sur le continuum du degré de retenue judiciaire approprié pour la décision en cause[80] ».

Rappelons que la méthode pragmatique et fonctionnelle ainsi que ses quatre facteurs ont été conçus à l'origine pour le contrôle des tribunaux administratifs spécialisés. Dans plusieurs arrêts des années 90, la Cour suprême préconise la retenue judiciaire parce que les institutions contrôlées sont des tribunaux statutaires dont l'autonomie a été con-

73. *Royal Oak Mines Inc.* c. *Canada (Conseil des relations du travail)*, précité, note 61, 403, 438 (juges dissidents).
74. *Pasiechnyk* c. *Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, précité, note 26, par. 41-43 ; par. 57 (j. L'Heureux-Dubé, dissidente).
75. *Brooks* c. *Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, par. 40 et suiv. (majorité), par. 1 et suiv. (juge dissidente).
76. *Macdonell* c. *Québec (Commission d'accès à l'information)*, précité, note 11, par. 3 (majorité), par. 35 (minorité).
77. *Ajax (Ville)* c. *Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l'automobile, de l'aérospaciale et de l'outillage agricole du* Canada *(TCA,-Canada) section locale 222*, précité, note 55, par. 2 et 13 (jj. Bastarache, Binnie et L'Heureux-Dubé, dissidents).
78. *Centre communautaire juridique de l'Estrie* c. *Sherbrooke (Ville)*, précité, note 49, par. 12.
79. *J.M. Asbestos inc.* c. *Québec (Commission d'appel en matière de lésions profesionnelles)*, [1998] 1 R.C.S. 315, par. 2.
80. *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée* c. *Ontario(Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 R.C.S. 132, par. 47.

sacrée par la jurisprudence. Dans l'arrêt *Alliance de la Fonction publique*, la Cour suprême écrit ceci : « Dans une société aussi complexe que la nôtre, l'existence de commissions et de tribunaux administratifs s'impose de plus en plus. En effet, l'expérience et les connaissances spécialisées de certaines commissions dépassent celles des cours de justice [...] Généralement composés d'experts dans leur domaine, les tribunaux administratifs fonctionnent indépendamment du gouvernement[81] ». Puis le juge décrit l'évolution de l'attitude des cours de justice à l'égard des tribunaux administratifs. Il cite de nombreux arrêts où il n'est question que de tribunaux administratifs ou de tribunaux spécialisés : seul y est abordé le « contrôle des décisions des tribunaux administratifs[82] ». Dans l'arrêt *Domtar*, la Cour suprême rappelle ceci : « le présent pourvoi porte sur des questions qui sont au cœur du rapport institutionnel entre les cours de justice et les tribunaux administratifs[83] ». En 1996, le juge Cory, au nom d'une cour unanime, reprend le même avertissement : « Si l'on ne tient pas compte de ces avertissements, c'est le fonctionnement et même tout le concept des tribunaux administratifs qui pourront être en péril[84]. » Dans le récent arrêt *Toronto*, le juge LeBel semble du même avis.

À partir de 2000 cependant, dans l'arrêt *Nanaimo*, la Cour suprême assimile un conseil municipal à un tribunal et applique à ses actes la norme de retenue qui découle de la méthode pragmatique et fonctionnelle de l'arrêt *Pushpanathan*[85]. Après une comparaison approximative entre un conseil municipal et un tribunal administratif quant aux quatre facteurs, la Cour suprême conclut que « le critère à appliquer quand il s'agit de question de compétence et de question de droit est celui de la décision correcte[86] » et lorsqu'il s'agit « des actions d'une municipalité accomplies dans les limites de sa compétence [la norme] est celle du caractère manifestement déraisonnable[87] ». La Cour suprême a appliqué la méthode pragmatique et fonctionnelle aux fonctionnaires du gouvernement (arrêt *Baker*), aux ministres (arrêts *Suresh*, *Mont Sinai* et *S.C.F.P* c. *Ontario*) à un organisme administratif chargé d'agréer les programmes universitaires (arrêt *Université Trinity Western*), à une municipalité (arrêt *Nanaimo*) et à une commission scolaire (arrêt *Surrey School*). Certains ont estimé que cela était un progrès et qu'il en résultait une théorie générale et unificatrice du contrôle judiciaire de l'Administration. Or cette unification n'était, à notre avis, pas nécessaire ni utile et ne peut être que la source d'ambiguïté. Jusqu'ici, le contrôle judiciaire de la légalité des décisions administratives englobait toute illégalité ou violation de la loi : lorsqu'un fonctionnaire interprète la loi, il ne bénéficie d'aucune retenue judiciaire, encore moins s'il la viole. Si la loi confère un pouvoir discrétionnaire, le contrôle judiciaire est limité aux « abus de pouvoir », notion qu'a définie une jurisprudence bien connue. L'idée de spéculer sur le champ d'expertise des fonctionnaires ou du ministre ou encore du conseil municipal ou scolaire nous paraît non appropriée ; il ne s'agit pas de tribunaux statutaires spécialisés.

L'avenir de la méthode pragmatique et fonctionnelle

L'application des quatre facteurs doit conduire à déterminer le degré de retenue judiciaire dans un éventail qui va d'une retenue moindre à une retenue plus élevée. Toutefois, s'il est question de normes de contrôle, pourquoi ne pas en revenir à deux normes, celle de la rectitude ou justesse (*correctness*), ou norme de la décision correcte, et celle de la rationalité, ou norme de la décision ration-

81. *Canada (Procureur général)* c. *Alliance de la Fonction publique du Canada*, précité, note 50, 952.
82. *Id.*, 961.
83. *Domtar Inc.* c. *Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, précité, note 30, 761.
84. *Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship dock Foremen, section locale 514* c. *Prince Ruppert Grain Ltd.*, précité, note 35, par. 23.
85. *Nanaimo (Ville)* c. *Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, par. 29.
86. *Id.*, par. 29.
87. *Id.*, par. 37.

nelle ? C'est dans cette direction que le juge LeBel semble aussi pencher dans sa remarquable analyse de l'arrêt *Toronto*.

La méthode pragmatique et fonctionnelle permet, à la première étape, de déterminer si la décision contestée ou la question soulevée entre ou non dans le champ d'expertise spécialisée du tribunal administratif. À la deuxième étape, celui qui cherche à faire invalider une décision qui n'entre pas dans ce champ d'expertise doit démontrer à la Cour qu'une telle décision est incorrecte ou comporte une erreur, soit dans le cas de l'interprétation de la loi ou de son application. À cet égard, le juge d'une cour supérieure a le dernier mot parce que le tribunal administratif n'est pas en meilleure position que lui pour statuer.

En revanche, celui qui cherche à faire invalider une décision qui entre dans le champ d'expertise spécialisée doit démontrer qu'elle est irrationnelle en s'attaquant à la démarche du tribunal, au rapport entre les prémisses et la conclusion. S'il s'agit d'une question de droit, il doit établir que l'interprétation est indéfendable au regard du texte et du contexte jurisprudentiel ; dans le cas d'une question mixte de droit et de fait ou même de pur fait, il doit prouver que la conclusion du tribunal ne peut raisonnablement découler de la preuve soumise, ou découle d'une preuve gravement déficiente, ou qu'en concluant le tribunal a omis de tenir compte de considérations ou d'éléments pertinents, ou a retenu des considérations non pertinentes. Dans son approche, une cour supérieure doit faire preuve d'une retenue plus grande parce que, sur les questions qui entrent dans le champ d'expertise du tribunal administratif, celui-ci est en meilleure position. Car, comme l'a bien posé la Cour suprême dans le jugement unanime rendu dans l'arrêt *Domtar* : « Ce problème se résume à se demander : « Qui doit répondre à cette question, le tribunal administratif ou une cour de justice[88] ? » »

Patrice Garant
Université Laval

88. *Domtar Inc.* c. *Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, précité, note 30, 772.

Maurice Drapeau, **Grossesse, emploi et discrimination**, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 188 p., ISBN 2-89127-587-X.

Selon les données compilées par l'Institut de la statistique du Québec, l'indice de fécondité des Québécoises est passé de 3,96 enfants à 1,45 enfant au cours des 50 dernières années[1]. Durant la même période, la proportion de Québécoises occupant un emploi rémunéré a fait un bond prodigieux. Faut-il y voir une corrélation ?

Dans un vibrant plaidoyer pour un renforcement de la protection sociojuridique contre la discrimination fondée sur la grossesse, Maurice Drapeau n'hésite pas à conclure que, « à long terme, les politiques de conciliation travail-famille sont susceptibles de favoriser la hausse du taux de natalité » (p. 139). La réalité est peut-être plus complexe. Sinon, comment comprendre qu'aux États-Unis le taux de fécondité soit de 2,13 enfants par femme en âge de procréer alors que la protection sociale offerte aux salariées enceintes y est à ce point anémique que la durée moyenne du congé de maternité n'excède pas dix jours[2] ?

Là où Maurice Drapeau ne saurait avoir tort cependant, c'est sur l'importance de la question qu'il aborde. De fait, pour plusieurs personnes, grossesse et travail prennent encore trop souvent la forme d'un gigantesque casse-tête dont l'assemblage pose un défi quotidien.

L'ouvrage qu'il nous propose provient de la thèse de doctorat qu'il a soutenue à l'Université de Montréal à l'été 2002. Quiconque connaît les exigences universitaires propres à la réalisation d'études de troisième cycle en droit pourra *a priori* s'étonner de la brièveté du texte, lequel comporte à peine 139 pages si l'on fait exception des sept annexes qui s'y greffent. En fait, l'auteur a opté pour un

1. Voir le site Internet suivant : http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/naisn_deces/naissance/402.htm.
2. J.-F. Lisée, « Dur, dur de faire des bébés ? », *L'actualité*, vol. 28, n° 20, 15 décembre 2003, p. 53.