

La notion d'expertise du décideur administratif aux fins de l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle

Mathieu Socqué

Volume 47, Number 2, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043888ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043888ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

In the context of an application of the pragmatic and functional approach, the fundamental interrogation that must guide a Court of Law, when it is examining the decision rendered by an administrative decision maker, is to ask whether the legislator intended the analysis of a given question or the solution it requires to be within the jurisdiction conferred upon the tribunal. In theory, the problem is resolved since the reviewing court must apply the pragmatic and functional approach comprising four factors to be examined. A difficulty arises nonetheless. Indeed, the notion of expertise, which according to the Supreme Court of Canada constitutes the most important factor that a court must examine in order to establish the applicable standard of review, has yet to be thoroughly examined. To date, the Supreme Court has not proposed a single analysis grid that would provide a systematic and coherent means of determining the administrative decision-maker's level of expertise. However, this factor is of the utmost importance when a reviewing court must ask itself if an administrative decision-maker is entitled to some degree of deference while the legality of a decision he rendered is being examined. According to the Supreme Court, expertise constitutes the fundamental justification for judicial deference.

Cite this article

Socqué, M. (2006). La notion d'expertise du décideur administratif aux fins de l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle. *Les Cahiers de droit*, 47(2), 319–375. <https://doi.org/10.7202/043888ar>

La notion d'expertise du décideur administratif aux fins de l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle

Mathieu SOCQUÉ

Dans le contexte de l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle, l'interrogation fondamentale qui doit guider une cour de justice, lorsqu'elle examine la décision rendue par un décideur administratif, est celle de savoir si le législateur a voulu que l'examen d'une question donnée ou la solution à y apporter relève de la compétence conférée au tribunal. En théorie, le problème est résolu puisque le tribunal supérieur doit appliquer la méthode pragmatique et fonctionnelle qui comporte quatre facteurs à examiner. Une difficulté se pose toutefois. En effet, la notion d'expertise qui, selon la Cour suprême du Canada, constitue le facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable, n'a pour l'instant fait l'objet d'aucun examen exhaustif. À ce jour, la Cour suprême n'a proposé aucune grille d'analyse qui permettrait de déterminer de façon systématique et cohérente le degré d'expertise du décideur administratif. Toutefois, ce facteur est d'une importance capitale lorsqu'un tribunal supérieur doit se demander si un décideur administratif mérite que l'on fasse preuve de retenue au moment de l'examen de la légalité d'une décision qu'il a rendue. Selon la Cour suprême, l'expertise constitue la justification fondamentale de la déférence judiciaire.

In the context of an application of the pragmatic and functional approach, the fundamental interrogation that must guide a Court of Law, when it is examining the decision rendered by an administrative decision-

* Avocat, membre du Barreau du Québec.

maker, is to ask whether the legislator intended the analysis of a given question or the solution it requires to be within the jurisdiction conferred upon the tribunal. In theory, the problem is resolved since the reviewing court must apply the pragmatic and functional approach comprising four factors to be examined. A difficulty arises nonetheless. Indeed, the notion of expertise, which according to the Supreme Court of Canada constitutes the most important factor that a court must examine in order to establish the applicable standard of review, has yet to be thoroughly examined. To date, the Supreme Court has not proposed a single analysis grid that would provide a systematic and coherent means of determining the administrative decision-maker's level of expertise. However, this factor is of the utmost importance when a reviewing court must ask itself if an administrative decision-maker is entitled to some degree of deference while the legality of a decision he rendered is being examined. According to the Supreme Court, expertise constitutes the fundamental justification for judicial deference.

	<i>Pages</i>
1 Les repères contextuels de la notion d'expertise.....	329
1.1 La notion d'expertise d'un décideur administratif et la notion de spécialisation des fonctions.....	329
1.2 La notion d'expertise d'un tribunal administratif et le principe de la retenue judiciaire: la présence d'une clause privative et le recours à l'intention du législateur	338
1.3 La notion d'expertise et l'objet de la loi qui crée le tribunal administratif.....	345
2 Les attributs et les paramètres constitutifs de l'expertise: la nature et l'essence de la notion d'expertise.....	347
2.1 La formation professionnelle du décideur administratif concernant la question examinée	352
2.2 L'expérience professionnelle du décideur administratif concernant la question examinée	356
2.3 La participation du décideur administratif à l'élaboration de politiques et de programmes.....	359
2.4 La position privilégiée du décideur administratif par rapport à l'examen du litige.....	361
2.5 L'exigence d'une disposition d'esprit favorable (field-sensitivity) du décideur administratif.....	364
2.6 L'expertise institutionnelle de l'organisme au sein duquel le décideur administratif exerce ses fonctions.....	368

Conclusion.....	371
-----------------	-----

En 1979¹, la Cour suprême du Canada consacre un revirement paradigmatique en matière de contrôle des erreurs de droit, de fait, de même que mixtes de droit et de fait commises par un tribunal administratif, et s'écarte ainsi d'une conception orthodoxe du contrôle judiciaire. Selon cette conception, le principe de la séparation des pouvoirs et celui de la primauté du droit exigent tous deux que les tribunaux supérieurs, titulaires du pouvoir de surveillance et de contrôle, s'assurent que l'intention du législateur, telle qu'elle est envisagée, soit respectée, c'est-à-dire que les pouvoirs qu'il confie aux divers organes de l'exécutif soient exercés de manière conforme aux fins pour lesquels ils ont été accordés et dans les strictes limites fixées par la loi habilitante². Toujours selon cette conception, le législateur ne peut pas avoir voulu supprimer ce pouvoir de surveillance et de contrôle et est présumé avoir voulu reconnaître une faculté exclusive aux tribunaux supérieurs en matière d'interprétation et d'application des lois et du droit en général³. Conformément au principe suivant lequel le décideur administratif n'est censé exercer que les pouvoirs qui lui ont été donnés par la loi, et ne peut s'accorder une compétence relativement à une question dont l'examen ne relève pas de sa juridiction, il reviendrait aux cours supérieures de préciser, en dernière analyse, et ce, en pleine conformité avec

-
1. *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.
 2. *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, 234-235; *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638, 645-647 (j. Laskin) et 651-654 (j. Pratte); *Succession Woodward c. Ministre des finances*, [1973] R.C.S. 120, 127-128; *Three Rivers Boatman Ltd. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607, 616; *Port Arthur Shipbuilding Co. c. Arthurs*, [1969] R.C.S. 85, 95-96; *Jarvis c. Ontario Labour Relations Board*, [1964] R.C.S. 497, 502; *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, 207; *Howe Sound Company c. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers*, [1962] R.C.S. 318, 330; *Farrell c. British Columbia (Workers/Workmen's Compensation Board)*, [1962] R.C.S. 48, 52; *Board of Health for the Township of Saltfleet c. Knapman*, [1956] R.C.S. 877, 879-880; *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 140, 149 et 155; *Toronto Newspaper Guild, local 87 and American Newspaper Guild c. Globe Printing Company*, [1953] 2 R.C.S. 18, 23 et 40.
 3. *Succession Woodward c. Ministre des finances*, précité, note 2, 127; *Toronto Newspaper Guild, local 87 and American Newspaper Guild c. Globe Printing Company*, précité, note 2, 23; *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, précité, note 2, 207-208; *Rex v. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128, 156.

l'intention présumée du législateur, de la nature, de l'étendue et des limites aux pouvoirs des tribunaux administratifs ainsi que de l'interprétation de tout autre texte de droit qu'ils ont à appliquer⁴. Les tribunaux administratifs étant de simples créatures de la loi, il ne pourrait en aucune autre manière leur être reconnu la faculté de se prononcer, en dernier ressort, sur le degré de latitude décisionnelle qui leur a été conférée par la loi. Ce faisant, il y aurait risque que ces tribunaux inférieurs en viennent à outrepasser leur compétence en se saisissant irrégulièrement d'une question ou d'un problème ou encore en omettant de trancher une question essentielle à la résolution d'un litige qui relève de leur compétence.

Dans une conception contemporaine du contrôle judiciaire de la légalité des décisions de fond à portée individuelle rendues par les décideurs administratifs, les conséquences qui découlent de la conjugaison du principe de la séparation des pouvoirs et de celui de la primauté du droit demeurent⁵. Les tribunaux supérieurs sont, à titre de titulaires du pouvoir de surveillance et de contrôle, les garants de la légalité des décisions rendues par les tribunaux administratifs et de l'intention du législateur selon laquelle elle est censée s'être exprimée dans un texte de loi qui confère des pouvoirs à un tribunal administratif. Cependant, le contrôle judiciaire, dans sa conception moderne, doit désormais tenir compte de deux faits majeurs qui conditionnent le changement d'approche préconisé par la Cour suprême. Le premier est l'intention exprimée par le législateur de voir à ce que des questions ou des problèmes qui proviennent d'un domaine d'activité donné trouvent une solution qui émane d'une instance décisionnelle spécialisée qui aurait pour

4. *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614, 650-657 (J. Cory) (ci-après cité : «*Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada* (n° 1)»); *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, 952-963 (ci-après cité : «*Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada* (n° 2)»). Voir également B. McLACHLIN, «The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law», (1999) 12 *C.J.A.L.P.* 171.

5. «La gamme de normes de contrôle peut comprendre le principe que, dans certains cas, la législature a fait part de son intention de laisser des choix plus grands aux décideurs que dans d'autres, mais qu'il faut qu'un tribunal intervienne quand une telle décision dépasse l'étendue du pouvoir conféré par le Parlement» : voir *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 855. Voir également : *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 602; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 236 et 238; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, 1005; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada* (n° 2), précité, note 4, 961-962; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, 333; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, 1090.

mission première et exclusive de surveiller et d'administrer un régime législatif à caractère sectoriel. Le second est le constat, formulé par les tribunaux, de leur inexpertise pour interpréter de manière appropriée, dans le respect de l'intention exprimée par le législateur, un texte de loi dont l'objet est de conférer une structure et une cohérence à la complexité inhérente à un secteur d'activité donné. En corollaire de ce constat se pose celui de l'expertise relative dont disposent justement certains décideurs administratifs à l'endroit de problèmes particuliers. Par cette prise de conscience, il devient difficile, voire illégitime, pour un tribunal supérieur, qui n'a aucune expérience particulière par rapport à un litige donné, dont le ou les membres n'ont pas de formation technique spéciale qui leur permettrait d'apprécier convenablement la complexité des enjeux qui découlent du litige soumis à l'examen, de substituer sa compréhension de la question et des conclusions relatives à un problème donné à celle du décideur administratif à qui est reconnu un degré certain de spécialisation et d'expertise.

Selon une conception classique du principe de la primauté du droit, les tribunaux supérieurs sont les titulaires du pouvoir de contrôler la légalité de l'action administrative et de s'assurer que le décideur administratif n'outrepasse pas la compétence limitativement circonscrite qui est la sienne. Dans une conception moderne, les tribunaux supérieurs doivent dorénavant prendre acte de l'intention du législateur : le principe de la primauté du droit exige maintenant que les tribunaux de révision fassent preuve de retenue à l'endroit de l'intention qu'a exprimée le législateur en élaborant un système de réglementation sophistiqué qui vient régir un domaine d'activité donné. L'exercice du contrôle de la délimitation de la compétence matérielle demeure certes, mais il doit désormais être conjugué à celui de la recherche et de l'analyse de l'intention du législateur. Le principe de la primauté du droit n'exige plus des tribunaux supérieurs qu'ils procèdent à une analyse rigide et formaliste des décisions rendues par un organe administratif, mais plutôt qu'ils adoptent une démarche souple et pratique tenant compte de l'objectif qui animait le législateur en élaborant un régime législatif donné.

La question fondamentale que doit se poser le tribunal de révision, lorsqu'il examine la décision rendue par un décideur administratif, est celle de savoir si la question examinée relève ou non de la spécialisation du décideur administratif, et si cela requiert, pour sa résolution satisfaisante, l'expertise intrinsèque du tribunal inférieur⁶. La théorie générale et unificatrice

6. Cette question commande d'examiner la portée qu'il faut reconnaître à une clause privative, qui peut avoir un effet partiel ou complet : *Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, [2002] 3 R.C.S. 661, 669 ; *Pezim c. Colombie-Britannique*

du contrôle des décisions de fond prises par un décideur administratif⁷ exige désormais du tribunal de révision, qui examine la légalité de la décision rendue par un décideur administratif, qu'il tienne compte : 1) de la présence d'une clause privative ou de l'existence d'un droit d'appel ; 2) de l'expertise relative du tribunal ; 3) de l'objet de la loi dans son ensemble et de la disposition précise en cause ; et 4) de la nature du problème soumis au tribunal, à savoir s'il s'agit d'une question de droit ou de fait ou encore d'une question mixte de droit et de fait⁸. S'écartant d'une méthode d'interprétation strictement littérale du texte et ayant pour objet de dégager le sens d'une disposition particulière à la lumière d'une série de paramètres, la méthode pragmatique et fonctionnelle doit permettre de dégager l'intention du législateur. Plus précisément, elle vient substituer à la question suivante : « S'agit-il d'une condition préalable à l'exercice du pouvoir du tribunal⁹ ? », la seule question qu'il faut désormais examiner : « Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal¹⁰ ? » À ce titre, aucun des facteurs énumérés plus haut ne saurait à lui seul être

(*Superintendent of brokers*), [1994] 2 R.C.S. 557, 590; *Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 589; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, 905; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, 263-265; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 331-334.

7. D.J. MULLAN, *Administrative Law*, Toronto, Irwin Law, 2000, p. 108; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 238; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 26; *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 314.
8. *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4 par. 22; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1005-1012; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, précité, note 6, 1088. À notre connaissance, la Cour suprême a procédé à l'examen de ces quatre facteurs dans 93 décisions.
9. *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, précité, note 5, 1087.
10. *Ibid.*; voir également *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 609; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 238; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 119; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 273; *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, 152; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1004; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, précité, note 6, 905; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, 772; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, précité, note 6, 259; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471, 486; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada* (n° 1), précité, note 4, 628 et 656 (j. Cory).

déterminant¹¹, et chacun doit être analysé et soupesé de manière à préciser de façon appropriée l'intention du législateur. L'approche pragmatique et fonctionnelle exige du tribunal de révision qu'il procède à l'examen, de manière commune, parallèle et concurrente, de chacun des facteurs énoncés par le juge Beetz, pour ainsi déterminer le degré de déférence judiciaire qui sera de mise à l'endroit d'une décision donnée¹². L'objectif ultime qui est recherché par l'application de la méthode dite pragmatique et fonctionnelle est ainsi d'établir la norme de déférence judiciaire appropriée. Disons de façon plus traditionnelle, qu'il s'agit, pour la cour de révision, de définir le degré ou l'intensité du contrôle judiciaire qui sera exercé à l'endroit de la décision rendue par un tribunal administratif inférieur. Corrélativement à la détermination du degré de déférence judiciaire approprié est associée celle de la norme de contrôle applicable à la décision du tribunal administratif. À cette fin, le tribunal supérieur qui exerce sa compétence en matière de contrôle de la légalité doit être en mesure de préciser, au terme de l'application de la grille d'analyse pragmatique et fonctionnelle, s'il était de l'intention du législateur que l'examen d'une question ainsi que les conclusions de fait et de droit s'y rapportant relèvent de la compétence exclusive du décideur administratif soumise à l'examen. Dans un souci de déférence envers l'intention du législateur et dans le souci corrélatif d'assurer l'accomplissement par les tribunaux supérieurs de leur mission qui est de contrôler la légalité des décisions des tribunaux administratifs, la Cour suprême a mis en évidence trois normes de contrôle et d'intervention, qui doivent servir de barèmes de référence au regard desquels un tribunal supérieur sera appelé à déterminer si le décideur administratif a outrepassé ou non sa compétence, et ainsi rendu une décision illégale : 1) la norme de la décision correcte ; 2) la norme du raisonnable *simpliciter* ; et 3) la norme du manifestement déraisonnable. L'établissement de la norme de contrôle appropriée doit constituer le résultat d'une analyse fondée sur l'application

-
11. *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672, 692; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 617-618; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 275; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Liée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, précité, note 10, 152; *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 114; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1004.
 12. À cet égard, la Cour suprême précise que l'application de la méthode ne doit pas être effectuée de façon machinale et mécanique : *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Ontario (Ministre du Travail)*, précité, note 10, 610; *Starson c. Swayze*, [2003] 1 R.C.S. 722, 763; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 238; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1004-1005.

de la méthode pragmatique et fonctionnelle¹³. Bien qu'aucun des facteurs à examiner dans le contexte de la détermination de la norme de contrôle appropriée ne puisse être déterminant en soi et jouir d'une prépondérance, la Cour suprême énonce que celui de l'expertise du décideur constitue « le facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable¹⁴ ».

Or, de façon tout à fait surprenante, la Cour suprême s'est montrée, malgré les nombreuses décisions qu'elle a rendues en application de la méthode pragmatique et fonctionnelle, peu expansive au regard du critère de l'expertise. En effet, la Cour suprême n'a jamais procédé de façon officielle au repérage systématique des critères de détermination de l'expertise d'un tribunal administratif. Elle n'a pas élaboré une théorie générale et formelle qui permettrait de distinguer, au terme de son application, le tribunal qui est expert de celui qui ne l'est pas. La notion, ou le concept, d'expertise d'un décideur administratif n'a jamais fait l'objet, jusqu'à maintenant, d'une détermination cohérente et systématique qui permettrait aux tribunaux supérieurs d'en dégager la nature, le contenu et la portée en tant que paramètre à examiner au moment de l'application de l'analyse pragmatique et fonctionnelle.

À notre avis, l'expertise est d'une importance capitale lorsqu'une cour de justice doit se demander si un décideur administratif mérite qu'elle fasse preuve de retenue lors de l'examen de la légalité d'une décision qu'il a rendue. L'importance de l'expertise tient au fait qu'elle doit confirmer dans l'esprit du tribunal supérieur que le décideur administratif choisi pour administrer un régime législatif donné vient *apporter une plus-value à l'exercice d'interprétation* des dispositions du même régime, en mettant à profit un degré d'habileté technique qui le distingue du juge de révision. Selon nous, la notion d'expertise comporte deux dimensions, l'une individuelle et l'autre institutionnelle. Cette notion permet d'abord de caractériser la personne du décideur administratif. Elle renvoie à la notion d'habileté, d'aptitude, de savoir-faire, de compétence technique, à appréhender de façon appropriée une question, un problème, de manière à pourvoir à sa résolution de

13. *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, précité, note 8, par. 23; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union*, local 92, précité, note 11, 618.

14. *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 115; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1006-1007; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, 773; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of brokers)*, précité, note 6, 591-592; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 335.

manière satisfaisante. Autrement dit, la notion d'expertise fait référence à un état de fait qui caractérise la personne du décideur administratif au regard de son aptitude à trancher de manière convenable une contestation entre des parties. Ensuite, la notion d'expertise a pour objet de qualifier l'organe au sein duquel le décideur administratif exerce ses fonctions : il est alors question de l'expertise institutionnelle de l'organe décisionnel, par opposition à l'expertise individuelle de la personne du décideur. L'expertise constitue donc un fait, ou une réalité matérielle et empirique, qui est mesurable et qui peut faire l'objet d'une appréciation objective. Elle renvoie à l'état d'une personne qui dispose d'un certain niveau d'habileté et de savoir-faire au regard d'une matière précise, et ce, en raison de ses connaissances techniques ou de son expérience, ou des deux à la fois.

Dans son acception jurisprudentielle, la notion d'expertise est certes utilisée pour désigner l'état qui caractérise le niveau d'habileté et de savoir-faire particulier à un décideur administratif, mais elle est le plus souvent employée pour caractériser ce dernier comme disposant d'une compétence spécialisée à l'endroit d'une matière. Par suite de l'examen du régime législatif pertinent, le tribunal supérieur infère de la spécialisation du décideur administratif qui a compétence au regard de l'administration de ce régime que ce tribunal dispose d'une expertise en vue de l'examen de certaines questions. Autrement dit, le tribunal supérieur fait bénéficier le décideur administratif d'une présomption d'expertise. De manière impressionniste et toute subjective, le juge qui siège en révision judiciaire *se forme une opinion* concernant le degré d'expertise qui peut caractériser le décideur administratif en question et *déclare* que le tribunal sous examen se trouve à être expert relativement à telle ou telle question. De fait, la Cour suprême ne procède que rarement à une caractérisation systématique et rigoureuse des aptitudes intrinsèques du décideur administratif à appréhender convenablement une question ou un problème donné et elle ne vient que sporadiquement énoncer, dans un litige donné, les attributs qui sont constitutifs de l'expertise du décideur administratif et qui permettent de conclure que ce dernier dispose d'un degré suffisant d'habileté et de savoir-faire pour l'examen d'un problème ou d'une question donnée. La Cour suprême ne se livre pas à un exercice de qualification exhaustif et précis du degré d'expertise du tribunal administratif sous examen, mais *elle déclare que ledit tribunal est ou n'est pas expert*. En d'autres termes, l'analyse effectuée par la Cour suprême permet d'abord de préciser la nature et l'objet de l'intention du législateur au regard de l'élaboration d'un régime législatif donné, et elle porte également sur les motivations qui animaient le législateur lorsqu'il a décidé de pourvoir à la mise en place d'une instance décisionnelle disposant d'une exclusivité et d'une spécificité juridictionnelle concernant

l'administration du régime législatif à caractère sectoriel nouvellement élaboré.

L'objet de la présente étude est double. Nous voulons d'abord, dans la première partie, exposer la façon dont la notion d'expertise a été envisagée par la Cour suprême, d'un point de vue conceptuel. Il s'agit ici de présenter la démarche analytique qu'a retenue la Cour suprême pour lui permettre de se faire une opinion quant au degré d'expertise décisionnelle qui peut être reconnu à un tribunal administratif donné. À ce titre, nous tenons à rappeler que, à notre connaissance, aucun cadre analytique formel et systématique n'a été élaboré par la Cour suprême qui pourrait servir d'outil en vue de la reconnaissance prospective de la nature et de l'étendue de l'expertise présumée d'un décideur administratif. Nous entendons ainsi exposer les outils théoriques généralement utilisés par la Cour suprême pour décider, dans un cas donné, si une cour de justice est autorisée ou non à qualifier d'expert le tribunal administratif dont la décision est à l'examen. Pour ce faire, nous accorderons une attention toute particulière aux rapports qu'a établis la Cour suprême entre, d'une part, l'expression d'une intention du législateur et l'inclusion d'une clause privative et la retenue dont doit faire preuve le tribunal supérieur au regard des conclusions du décideur administratif et, d'autre part, la notion d'expertise. Nous chercherons ensuite à montrer la façon dont la Cour suprême en est venue à établir, à plusieurs égards, une adéquation entre le principe de spécialisation des fonctions et la notion d'expertise du décideur administratif, cette adéquation entraînant une confusion de nature conceptuelle entre les notions de spécialisation et d'expertise qui, à notre avis, sont distinctes et indépendantes. L'examen du raisonnement adopté par la Cour suprême sera, à cet égard, effectué en analysant d'abord la relation qui unit la notion d'expertise au principe de spécialisation des fonctions et en examinant ensuite celle qui unit la notion d'expertise au régime législatif qui pourvoit à l'existence du tribunal administratif dont la décision est contestée.

Notre étude comporte également un second objet, soit examiner les attributs et paramètres qui, à notre avis, permettent, lorsqu'ils sont réunis, de conclure à l'expertise de la personne du décideur administratif. Nous nous pencherons également sur l'expression de la notion dans sa dimension institutionnelle. La notion d'expertise, dans son acception jurisprudentielle, demeure fuyante, impressionniste et vague. Si l'approche contextuelle privilégiée par la Cour suprême peut l'amener à conclure à l'expertise ou à l'inexpertise du décideur administratif, il n'en reste pas moins que cette démarche en vertu de laquelle est établi le constat de l'expertise ou de l'inexpertise du décideur administratif se révèle par essence précaire dans son application, de même qu'incertaine et aléatoire dans ses résultats.

Nous présenterons donc, dans la seconde partie, les éléments qui, à notre avis, devraient autoriser la Cour suprême à conclure, lorsqu'ils sont réunis, qu'elle a affaire à un décideur administratif expert. Il s'agit de paramètres que la Cour suprême a, à certaines reprises, elle-même considérés dans le but de conclure à l'expertise ou à la non-expertise du décideur administratif soumis à l'examen. Toutefois, les éléments que nous avons retenus ne sauraient faire preuve *prima facie*, du simple constat de leur présence, de l'expertise avérée de la personne du décideur administratif. Ils doivent plutôt être conçus comme des indices, ou des signes, qui témoignent de cette expertise, la question de la détermination du degré d'expertise réelle de la personne du décideur administratif étant laissée à l'appréciation ultime du tribunal supérieur. Nous chercherons ici à présenter une liste non limitative de critères qui, de manière systématique et nécessaire, devraient être examinés et pondérés par la Cour suprême dans le but de se former une opinion utile et signifiante au regard du degré d'expertise qui qualifie un décideur administratif donné.

1 Les repères contextuels de la notion d'expertise

1.1 La notion d'expertise d'un décideur administratif et la notion de spécialisation des fonctions

La méthode d'examen connue sous le nom d'« approche pragmatique et fonctionnelle » a pour fondement l'analyse de la question suivante, lorsqu'il s'agit de se demander si un tribunal administratif donné dispose d'un degré de spécialisation suffisant à l'égard du problème qu'il doit examiner : la question soulevée par la disposition est-elle une question que le législateur voulait assujettir au pouvoir décisionnel exclusif de l'instance administrative¹⁵ ? Ancrée de manière fondamentale dans un exercice de découverte de l'intention véritable du législateur lorsqu'il investit un domaine d'activité

15. *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Ontario (Ministre du Travail)*, précité, note 10, par. 11 ; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 238 ; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, précité, note 10, 119 ; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 273 ; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, précité, note 10, 152 ; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1004 ; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, précité, note 6, 905 ; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, précité, note 10, 772 ; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, précité, note 6, 259 ; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, précité, note 10, 486 ; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada (n° 1)*, précité, note 4, 628 et 656 (j. Cory) ; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, précité, note 5, 1087.

au moyen d'un cadre législatif à caractère sectoriel, la méthode d'analyse pragmatique et fonctionnelle doit permettre au tribunal supérieur qui l'applique de déterminer la mesure dans laquelle la prudence et la retenue sont exigées lorsqu'il procède à l'examen de la légalité des conclusions d'un décideur administratif¹⁶. Au nombre des paramètres qui doivent être analysés par le tribunal supérieur se trouve celui de l'expertise du décideur administratif¹⁷. Étonnamment, la Cour suprême précise que le paramètre de l'expertise est essentiel, voire primordial, dans la détermination du degré de déférence dont doit faire preuve le tribunal supérieur, mais elle n'indique pas, à proprement parler, en quoi consiste justement l'expertise d'un décideur. La Cour suprême parle des connaissances spécialisées¹⁸ du tribunal administratif, du domaine spécialisé¹⁹, du champ d'expertise²⁰, du domaine

16. *Ibid.*

17. *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 282-283 et 288; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, précité, note 7, 316; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, précité, note 10, 152-153; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 856; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., District 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, 504-505; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, 401-402; *Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514 c. Prince Rupert Grain Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 432, 446-447; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, précité, note 6, 250-251; *Fraternité des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 335; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada (n° 2)*, précité, note 4, 952; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, 1323.
18. *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 261; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 101; *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 116; *Canada Safeway Ltd. c. S.D.G.M.R., section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079, 1109; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793, 810; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., District 15*, précité, note 17, 505; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, précité, note 17, 403; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, 184; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, 1126; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 417.
19. *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 356; *Procureur général du Canada c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, 583; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, 337.
20. *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 115; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322, 354; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, précité, note 14, 773; *British Columbia Telephone c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739, 759; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of brokers)*, précité, note 6, 591.

d'expertise²¹, de la compétence spécialisée²², de l'expertise spécialisée²³, sans proposer de définition exhaustive de la notion d'expertise. Elle énonce néanmoins que le tribunal supérieur doit vérifier si le tribunal administratif dont la décision est à l'examen dispose de l'attribut d'expertise. Le plus souvent, la Cour suprême en vient à confondre les notions de spécialisation des fonctions et celle d'expertise. À ce titre, elle se demande si le décideur administratif, dont la décision est à l'examen, a procédé à l'analyse d'une question qui *fait appel à son expertise*²⁴ ou qui *relève de sa compétence spécialisée*²⁵.

La spécialisation des fonctions d'un tribunal administratif témoigne de l'expression de l'intention du législateur, à savoir qu'il cherche à investir un domaine d'activité de la société au moyen d'un régime législatif donné devant permettre d'encadrer et de réguler les rapports entretenus entre les acteurs au sein du domaine d'activité en question, et ce, qu'il s'agisse de rapports régis par le droit privé ou le droit public. Plus particulièrement, elle a pour objet d'assurer que la solution de litiges qui proviennent d'un domaine d'activité donné trouve sa source au sein d'une instance décisionnelle précise qui jouit d'une exclusivité et d'une spécificité juridictionnelle

-
21. *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, précité, note 6, 905; *Fraternité des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 339.
 22. *Sept-îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [2001] 2 R.C.S. 670, 687; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, précité, note 18, 810; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, précité, note 17, 404; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, précité, note 10, 775; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, note 1, 236.
 23. *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1004.
 24. *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 115; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, précité, note 20, 354; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, précité, note 14, 773; *British Columbia Telephone c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, précité, note 20, 759; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of brokers)*, précité, note 6, 591; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, précité, note 6, 905; *Fraternité des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 339.
 25. *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, précité, note 18, 261; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 18, 101; *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 116; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, précité, note 18, 810; *Dickason c. Université de l'Alberta*, précité, note 18, 1126.

relativement à l'adjudication d'une contestation entre parties²⁶. Elle implique qu'un décideur administratif particulier s'est vu conférer une compétence exclusive en vue de l'examen de litiges qui se posent régulièrement dans un secteur d'activité de la société²⁷. La spécialisation des fonctions est révélée par trois indices : l'intention du législateur, la spécificité juridictionnelle et l'exclusivité juridictionnelle.

L'exclusivité juridictionnelle prévoit qu'un décideur administratif s'est vu conférer, en exclusivité et à l'exclusion de toute autre instance décisionnelle administrative, un monopole par le législateur pour l'examen et l'adjudication de litiges entre parties qui proviennent d'un secteur d'activité donné²⁸. Elle témoigne du fait qu'une instance décisionnelle X dispose, à l'exclusion de toute autre instance adjudicative, d'un monopole adjudicatif concernant certains litiges²⁹. La spécificité juridictionnelle, quant à elle, implique qu'un décideur administratif donné dispose d'une compétence *rationae materiae* à l'endroit de certains types de litiges qui proviennent d'un secteur d'activité précis, de manière exclusive certes, mais qu'au surplus le même décideur ne dispose de cette compétence que par rapport

26. *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, précité, note 5, 1087; *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Ontario (Ministre du Travail)*, précité, note 10, 609; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 238; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, précité, note 10, 119; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 273; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, précité, note 10, 152; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1004; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, précité, note 6, 905; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, précité, note 10, 772; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, précité, note 6, 259; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, précité, note 10, 486; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada (n° 1)*, précité, note 4, 628.
27. *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Ontario (Ministre du Travail)*, précité, note 10, 610; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 724; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 855; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, précité, note 17, 402; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada (n° 2)*, précité, note 4, 952-963; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 336.
28. *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015, 1035-1036; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., District 15*, précité, note 17, 504; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, 669; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, 1744; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, note 1, 235-236.
29. *Ibid.*

au même type de litige et uniquement pour ce domaine d'activité donné³⁰. La spécificité juridictionnelle veut donc qu'un tribunal administratif dispose d'une spécialité matérielle à l'égard de l'administration d'un régime législatif qui vient encadrer un secteur d'activité donné, mais uniquement et seulement dans le cas des contestations qui tirent leur source de l'administration et de l'implantation du même régime législatif particulier. Cela implique que, *a contrario* d'un tribunal supérieur qui dispose d'une compétence inhérente, pleine et entière³¹, le tribunal administratif n'est habilité à juger des contestations entre parties que lorsqu'elles proviennent d'un domaine de compétence préalablement déterminé et délimité de façon hermétique³². Aussi, la compétence d'un tribunal n'est pas censée englober toute la gamme de litiges auxquels peut être partie un individu ou une entreprise, mais elle peut s'étendre à tous ceux qui tirent leur origine d'un secteur d'activité donné, et ce, en exclusivité (à l'exclusion de toute autre instance décisionnelle), mais uniquement à l'endroit de ces derniers. Comme le soulignent les professeurs Issalys et Lemieux :

À la différence du tribunal judiciaire de droit commun, un tribunal administratif n'exerce la fonction juridictionnelle que dans un champ de compétence nettement circonscrit. Il est en effet borné, par la loi qui le constitue et les autres lois qui lui attribuent compétence, à juger des contestations relatives à une loi en particulier ou à un ensemble de lois. Sa compétence ne s'étend donc pas à l'intégralité de la situation juridique des individus³³.

-
30. *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, précité, note 10, 152; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, précité, note 6, 911-912; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, précité, note 18, 817-820; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of brokers)*, précité, note 6, 595; *National Corn Growers Association c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 1336.
31. *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, 747-754; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, 326; *Procureur général du Québec c. Farrah*, précité, note 2, 651-652; *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681, 687; *Three Rivers Boatman Ltd. c. Conseil des relations ouvrières*, précité, note 2, 615.
32. *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394, 411-412; *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, précité, note 2, 208; *Rex v. Nat Bell Liquors Ltd.*, précité, note 3, 156; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 360; D. LEMIEUX, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Farnham, Publications CCH, 1998, p. 363-369; Y. OUELLETTE, *Les tribunaux administratifs au Canada – Procédure et preuve*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 23-25.
33. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 32, p. 360.

Enfin, le dernier indice de la spécialisation des fonctions d'un tribunal administratif est celui de l'intention du législateur. Elle comprend implicitement que ce dernier est censé avoir voulu conférer, par l'entremise d'un régime législatif déterminé, l'administration, l'examen et le pouvoir de juger certaines contestations entre parties dans un champ de compétence prédélimité par le domaine d'activité que vient encadrer le régime législatif, ce pouvoir de décider des contestations étant limité et circonscrit par le régime législatif en question et aux litiges qui en relèvent³⁴. Elle vient témoigner de la volonté exprimée que la solution de litiges entre parties soit élaborée par une instance administrative décisionnelle, et au sein de celle-ci, dont la raison d'être et la finalité consistent en la régulation de domaines d'activité prédéterminés³⁵. À ce titre, la spécialisation des fonctions suppose que le législateur a voulu que certains organismes décisionnels à la juridiction prédélimitée et aux pouvoirs décisionnels préétablis, et non les cours de justice, deviennent les acteurs de la mise en œuvre des choix politiques du législateur et participent ainsi, par l'entremise de l'exercice juridictionnel, à la satisfaction de l'intérêt général³⁶. En effet, l'Administration a pour mission première de travailler à la réunion des conditions qui permettent de voir à l'actualisation du bien commun tel qu'il a été préalablement déterminé par le législateur³⁷. Il s'agit donc pour des instances administratives disposant d'un pouvoir décisionnel de travailler à la mise en œuvre de la volonté politique exprimée par le législateur au moyen de l'exercice d'un pouvoir juridictionnel dans le contexte d'un régime législatif qui est censé venir encadrer un domaine d'activité donné.

Un organe décisionnel peut être qualifié de spécialisé, et disposer d'une spécialisation de ses fonctions au sens matériel du terme, sans que le ou les décideurs administratifs qui le composent jouissent d'une expertise particulière au regard des litiges ou des contestations qu'il est appelé à trancher. Autrement dit, aucune relation de commutativité n'unit les notions d'expertise et de spécialisation des fonctions. Il demeure possible que les deux attributs puissent se confondre au sein d'une instance décisionnelle donnée, et ainsi être tous deux caractéristiques de l'organe administratif. En effet, un organe administratif pourrait très bien disposer d'une compétence d'at-

34. *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, précité, note 17, 403-408; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, précité, note 18, 179-181.

35. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, note 18, 416-417.

36. P. GARANT, *Droit administratif*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 1-5; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 32, p. 42.

37. P. GARANT, *op. cit.*, note 36, p. 5; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 32, p. 40-42.

tribution hermétiquement délimitée et exclusive, et sa composition être celle de décideurs administratifs disposant d'une formation universitaire particulière, d'un degré d'expérience suffisant et d'aptitudes spécifiques. Cependant, d'un point de vue conceptuel et d'un point de vue juridique, les deux notions, bien qu'elles soient contiguës, demeurent distinctes. Un tribunal expert sera, en général, un tribunal spécialisé. Tout tribunal spécialisé n'est pas automatiquement expert, mais un tribunal spécialisé peut, de surcroît, être expert. Autrement dit, la spécialisation des fonctions d'un tribunal administratif donné ne saurait être une condition préalable à l'expertise du même tribunal.

Cependant, et de manière toute rhétorique, la Cour suprême vient établir une adéquation entre la spécialisation des fonctions du décideur administratif, d'une part, et l'expertise dont il dispose, d'autre part. Par exemple, examinant la latitude conférée à la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO) en matière de détermination de ce que constitue l'intérêt public ainsi qu'au regard du type d'ordonnances qui peuvent être rendues pour s'assurer du maintien de l'intérêt public, le juge Major énonce qu'il est « incontestable que la CVMO est un tribunal spécialisé ayant un vaste pouvoir discrétionnaire d'intervention dans l'intérêt public et que la protection de l'intérêt public est une matière qui se situe dans le domaine d'expertise fondamental du tribunal³⁸ ».

De son côté, la juge L'Heureux-Dubé dit ceci à propos de la compétence réservée au Conseil des services essentiels au regard de la détermination du redressement approprié en vue d'assurer au public un accès aux services auxquels il a droit :

Pour décider si le Conseil a excédé sa compétence, notre Cour doit déterminer si le problème traité par le tribunal relevait de sa compétence exclusive et spécialisée qui lui était conférée par le législateur [...] Avec ses connaissances spécialisées, son expérience accumulée et sa sensibilisation aux problèmes qui se posent dans un domaine particulier, un tribunal administratif joue un rôle essentiel dans l'application efficace et équitable de la politique de l'État sur ces questions. Bien que les tribunaux aient conservé le rôle important de veiller à ce que ces organismes limitent leur activité aux pouvoirs qui leur sont conférés par le législateur, nous devons éviter de limiter indûment la compétence de ces organismes et d'ainsi nier leur expertise et modifier les fonctions qu'on leur a confiées³⁹.

38. *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, précité, note 10, 152.

39. *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, précité, note 18, 810.

Le juge Sopinka s'exprimait de la façon suivante au moment de l'examen des dispositions législatives habilitant une commission d'enquête à entendre une plainte de discrimination et à en disposer :

Malgré la possibilité d'infirmier les décisions de la commission relativement aux conclusions de fait, notre Cour a indiqué qu'un certain degré de retenue judiciaire est requis même dans les cas où il n'existe pas de clause privative afin de tenir compte du principe de spécialisation des fonctions (voir les arrêts *Bell Canada c. Canada* (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes) [1989] 1RCS 1722, à la p. 1746, et *Etobicoke*, précité, à la p. 211). Bien que le principe de la retenue judiciaire s'applique aux conclusions de fait, que la commission pouvait être en meilleure position de trancher, il ne s'applique pas relativement aux conclusions de droit qui ne relèvent pas de son champ d'expertise particulier⁴⁰.

Dans un autre litige cette fois-ci, le juge Sopinka énonce de la façon suivante la perspective que devrait adopter le tribunal supérieur lorsqu'il est question de déterminer la norme de contrôle qui sera applicable à l'occasion de l'examen d'une décision donnée rendue par un tribunal administratif :

Les dispositions législatives en question doivent s'interpréter en fonction de la nature du tribunal particulier dont il s'agit et du type de questions dont il peut connaître. Dans cette optique, la cour doit déterminer quelle norme d'examen le législateur a-t-il voulu rendre applicable à la décision particulière en cause, en tenant compte du principe énoncé par notre Cour, selon lequel, dans le cas de tribunaux spécialisés, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard des décisions qu'ils rendent sur les questions qui leur sont soumises en raison de leur expertise⁴¹.

À notre avis, la spécialisation des fonctions d'un tribunal administratif et l'expertise sont deux notions parallèles qui, bien qu'elles soient voisines, n'en sont pas moins autonomes et indépendantes, et qui ont leur existence propre, d'un point de vue conceptuel et d'un point de vue pratique. Au niveau conceptuel, la distinction qui doit être établie entre la spécialisation des fonctions et l'expertise est la suivante : la spécialisation veut qualifier, d'un point de vue institutionnel, l'organisme décisionnel au regard de sa structure, de ses pouvoirs et de la nature de sa compétence d'attribution en tenant compte du fait que le même organisme est ce qu'il est, matériellement parlant, parce qu'il était de l'avis du législateur que de lui confier de tels pouvoirs et une telle structure permettrait de voir à la réalisation de son intention lorsqu'il a décidé d'investir un domaine d'activité donné par l'entremise d'un régime législatif à caractère sectoriel. L'expertise, quant à elle, permet de qualifier l'état de la personne du décideur administratif qui dispose d'un certain degré d'habileté et de savoir-faire concernant la faculté

40. *Zurich Insurance Co. c. Ontario* (Commission des droits de la personne), précité, note 19, 338.

41. *Fraternité des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 332.

de pouvoir examiner de manière appropriée certaines questions. À ce titre, l'attitude retenue par la Cour suprême sera généralement de présumer que le tribunal que l'on décide de qualifier de spécialisé doit forcément être expert. L'attribut d'expertise se trouve ainsi à être subsumé au sein d'un ensemble plus grand, celui de la spécialisation des fonctions, dont il n'est qu'une composante.

Toutefois, l'approche pragmatique et fonctionnelle, dit la Cour suprême, impose de tenir compte de quatre facteurs, dont celui de l'expertise. Le critère de la spécialisation des fonctions, qui à proprement parler n'en est pas un aux fins de l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle, se trouverait donc à représenter le produit de la réunion de deux des autres critères qu'il faut prendre en considération aux fins de l'application de la méthode : 1) la présence ou l'absence d'une clause privative ; et 2) l'objet de la loi habilitante à l'examen. Donc, en toute logique, les critères distincts que sont, d'une part, la spécialisation des fonctions et, d'autre part, celui de l'expertise devraient tous deux, et ce, de manière séparée, faire l'objet d'un examen lorsque la Cour suprême est appelée à déterminer la norme de contrôle qui sera applicable lors de la révision d'une décision rendue par un tribunal administratif. Toutefois, en appliquant la méthode pragmatique et fonctionnelle, la Cour suprême se trouve à faire bénéficier d'une présomption d'expertise le tribunal administratif qui, à son avis, dispose d'une spécialisation de ses fonctions. C'est un constat semblable que faisait la juge Arbour en s'exprimant comme ceci à propos de l'expertise alléguée du Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick :

Par conséquent, en l'espèce, la question de l'objet et celle de l'expertise se présentent d'une manière unique. D'un côté, le Conseil de la magistrature est dans un sens un tribunal hautement spécialisé chargé d'examiner les droits protégés par la Constitution—comme l'indépendance et l'inamovibilité des juges, et le droit des justiciables à un procès équitable devant un tribunal impartial—dans l'intérêt public général. D'autre part, le tribunal administratif est composé principalement de membres de la magistrature, ce qui pourrait inciter à faire preuve de peu de retenue à l'égard de ces décisions, car les juges siégeant en tant que membres du Conseil n'ont sans doute pas plus de « connaissances spécialisées » que leurs collègues siégeant en cour. L'idée que la spécialisation mène à la retenue est fondée sur le cas très typique où un tribunal administratif est formé de non-juges possédant des connaissances spécialisées supérieures à celles des juges, qui sont, dans l'ensemble, des généralistes⁴².

Cependant, bien que la distinction entre spécialisation des fonctions et expertise ne pose pas de problèmes au niveau conceptuel, la Cour suprême se trouve à utiliser les deux notions, de manière indifférenciée, comme si

42. *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 336-337.

l'une pouvait naturellement être substituée à l'autre, alors qu'elles servent à qualifier des objets qui, bien qu'ils soient parallèles, doivent être distingués. À ce titre, il faut retenir que la notion de spécialisation des fonctions et la notion d'expertise du tribunal administratif constituent deux entités distinctes et autonomes, d'un point de vue conceptuel, et deux paramètres indépendants et cumulatifs dont le tribunal supérieur doit tenir compte lorsqu'il s'agit de déterminer la norme de contrôle qui sera applicable lors de l'examen d'une décision rendue par un tribunal administratif.

1.2 La notion d'expertise d'un tribunal administratif et le principe de la retenue judiciaire: la présence d'une clause privative et le recours à l'intention du législateur

La Cour suprême précise que la retenue dont doivent faire preuve les cours de justice doit, d'abord et avant tout, être dirigée à l'endroit des décisions rendues par un tribunal administratif disposant d'une spécialisation de ses fonctions, spécialisation qui constitue elle-même l'incarnation et le produit de la matérialisation de l'intention du législateur. La Cour suprême énonce également que cette déférence doit s'exprimer au regard, certes, des conclusions du tribunal dont il est possible de dire qu'il est spécialisé, mais aussi et surtout à l'endroit des conclusions rendues par le tribunal relativement aux questions qui font appel à son expertise. Donc, la spécialisation des fonctions du tribunal à l'examen et aussi son expertise intrinsèque à l'endroit de certaines questions appellent à l'adoption d'une attitude de déférence de la part des tribunaux supérieurs⁴³. Voici comment s'exprime la juge L'Heureux-Dubé, au nom de la Cour suprême, au sujet de l'état d'esprit qui doit animer le juge de révision lorsqu'il examine les décisions d'un tribunal inférieur :

43. *Id.*, 282-283 et 288; *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, précité, note 7, 316; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, précité, note 10, 152-153; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 856; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O.*, *District 15*, précité, note 17, 504-505; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, précité, note 17, 401-402; *Syndicat international des débardeurs et dagasinières, Ship and Dock Foremen, section locale 514 c. Prince Rupert Grain Ltd.*, précité, note 17, 446-447; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, précité, note 6, 250-251; *Fraternité des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 335; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada (n° 2)*, précité, note 4, 952; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, précité, note 17, 1323.

Cerner l'intention du législateur quant à la norme de contrôle applicable à la décision d'un tribunal administratif, c'est reconnaître que son autonomie décisionnelle peut, dans le cadre de son expertise, se révéler primordiale [...] Une conclusion initiale à l'effet que le législateur admet, aux fins du contrôle judiciaire, plusieurs lectures possibles et rationnelles d'une même disposition législative devient, par là, capitale⁴⁴.

Plus loin, toujours dans la même décision, elle énonce ce qui suit :

Le critère de l'erreur manifestement déraisonnable constitue le pivot sur lequel repose la retenue des cours de justice. Dans le cadre des questions relevant de la compétence spécialisée d'un organisme administratif protégé par une clause privative, cette norme de contrôle a une finalité précise : éviter qu'un contrôle de la justesse de l'interprétation administrative ne serve de paravent, comme ce fut le cas dans le passé, à un interventionnisme axé sur le bien-fondé d'une décision donnée [...] Substituer son opinion à celle du tribunal administratif afin de dégager sa propre interprétation d'une disposition législative, c'est réduire à néant son autonomie décisionnelle et l'expertise qui lui est propre⁴⁵.

Dans l'arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltd.*⁴⁶, le juge Lamer expose de la façon suivante dans quelle mesure le tribunal supérieur doit faire preuve de déférence :

On doit donc garder à l'esprit l'effet de l'ancien art. 139, tel que restreint par notre jurisprudence. Cette disposition indique clairement l'intention du législateur de laisser à l'arbitre le soin de décider de façon complète et définitive les questions qui lui sont soumises par la Loi. Cette déférence repose, on ne peut en douter, tant sur le respect du législateur pour l'expertise de l'arbitre que sur l'importance de la célérité du règlement des litiges en matière de droit du travail⁴⁷.

De son côté, le juge Iacobucci dit ceci à propos de l'attitude que doivent adopter les tribunaux supérieurs lorsqu'ils examinent l'interprétation donnée par un tribunal administratif de sa loi constitutive :

Le texte d'une loi est souvent ambigu et sujet à des interprétations divergentes. C'est donc à juste titre que les cours de justice s'en remettent à la définition préférée par le tribunal administratif qui peut mettre à profit dans sa décision son expertise ainsi que sa connaissance spécialisée du cadre législatif global dans lequel s'inscrit la disposition en question⁴⁸.

Ainsi, la retenue que doivent désormais exprimer les tribunaux supérieurs au regard des décisions rendues par un tribunal administratif doit autant être dirigée vers la spécialisation du tribunal que vers l'expertise

44. *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, précité, note 10, 771.

45. *Id.*, 774-775.

46. *Blanchard c. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 R.C.S. 476.

47. *Id.*, 488.

48. *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, précité, note 18, 193-194.

dont il dispose pour examiner un problème donné et trancher une question qui lui est soumise⁴⁹. Cette retenue de la part du juge de révision s'impose ici pour la même raison que celle qui est commandée lorsque le tribunal supérieur examine la décision rendue par le tribunal administratif qui jouit d'une spécialisation de ses fonctions. Le législateur, dit la Cour suprême, a voulu que la responsabilité de l'examen de certaines questions et le pouvoir de trancher certaines contestations soient confiées en exclusivité à des instances décisionnelles disposant d'une compétence spécialisée⁵⁰. Le législateur a également souhaité, précise encore la Cour suprême, que les tribunaux supérieurs tiennent compte du degré d'expertise du décideur administratif lorsqu'ils examinent la légalité des conclusions qu'il a rendues⁵¹. À ce titre, il faut que les tribunaux de révision prennent en considération le fait que la matérialisation de l'intention du législateur commande le respect pour l'expertise intrinsèque du décideur administratif.

Le principal témoin de l'expression de cette intention par le législateur, à savoir que les décisions rendues par un tribunal administratif disposant d'une expertise soient examinées avec retenue et déférence, se trouve à être la présence d'une clause privative au sein du régime législatif qui habilite le tribunal⁵². La présence d'une clause privative dans la loi habilitante est

49. *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 282-283 et 288; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, précité, note 7, 316; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, précité, note 10, 152-153; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 856; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., District 15*, précité, note 17, 504-505; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, précité, note 17, 401-402; *Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514 c. Prince Rupert Grain Ltd.*, précité, note 17, 446-447; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, précité, note 6, 250-251; *Fraternité des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 335; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada (n° 2)*, précité, note 4, 952; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, précité, note 17, 1323.

50. *Ibid.*

51. *Ibid.*

52. *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 277; *Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500*, précité, note 6, 590; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1006; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, précité, note 18, 827; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, précité, note 6, 905; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada (n° 2)*, précité, note 4, 951-952; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière*

en effet le premier indicateur du fait que le législateur cherche à envoyer un message très clair aux tribunaux supérieurs, selon lequel ces derniers doivent faire preuve de circonspection lorsqu'ils examinent les décisions rendues par un décideur administratif, décisions qui font appel à son expertise⁵³. Le recours à l'intention du législateur, et de son expression corollaire par la présence d'une clause privative, opère de façon analogique dans le cas de la spécialisation des fonctions et dans celui de l'expertise. En ce qui concerne le principe de la spécialisation des fonctions, la Cour suprême enseigne que le législateur, lorsqu'il décide de mettre sur pied un tribunal qui peut être qualifié de spécialisé, utilise certains procédés particuliers. D'abord, le législateur décide d'investir un domaine d'activité particulier de la société au moyen d'un régime législatif complexe et sophistiqué. Ensuite, il procède à la mise sur pied d'une instance décisionnelle qui aura pour unique mission et responsabilité celle de l'administration et de la surveillance de ce nouveau régime législatif. De manière à ce que cette instance décisionnelle puisse pleinement remplir ses fonctions et s'assurer de la matérialisation de l'intention du législateur, ce dernier vérifie que le décideur administratif dispose, au regard de sa compétence d'attribution, d'une exclusivité et d'une spécificité juridictionnelle.

Dans le cas de l'expertise, indique la Cour suprême, l'intention du législateur est identique. Il s'agit de protéger la latitude de décision dont dispose un décideur administratif, lorsque la question qu'il doit trancher relève de son expertise, contre toute intrusion de la part des tribunaux supérieurs au regard du contrôle de la légalité de ce type de décision qui met en cause l'expertise du tribunal administratif⁵⁴. Donc, l'intention du législateur comporte un objet qui est double. D'abord, l'idée est de s'assurer que les tribunaux supérieurs tiendront compte du principe de la spécialisation des fonctions du tribunal administratif lorsqu'ils examineront la légalité des décisions qu'il aura rendues. Ensuite, le législateur vient également

de lésions professionnelles), précité, note 10, 774-775; *Fraternité des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 331-335; H.W. ARTHURS, «Protection Against Judicial Review», (1983) 43 *R. du B.* 277, 278-279; D. DYZENHAUS, «The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy», dans M. TAGGART (dir.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 279, aux pages 282 et 283; B. LASKIN, «Certiorari to Labour Boards: The Apparent Futility of Privative Clauses», (1952) 30 *R. du B. can.* 986, 988-989; D.J. MULLAN, «Judicial Review to Executive Decision-Making: Evolving Concepts of Responsibility», (1993) 19 *Queen's L.J.* 137, 152; D.J. MULLAN, «The Supreme Court of Canada and Jurisdictional Error: Compromising New Brunswick Liquor?», (1987-88) 1 *C.J.A.L.P.* 71, 98.

53. *Ibid.*

54. *Ibid.*

demander aux cours de révision de considérer dans cet exercice d'examen des décisions du décideur administratif, le degré d'expertise de ce dernier et la mesure dans laquelle cette expertise était essentielle pour la satisfaisante résolution du problème que le décideur en question avait à examiner. À ce titre, la présence d'une clause privative dans le régime législatif a pour objet de protéger la spécialisation des fonctions du décideur administratif et son autonomie morale à rendre des décisions dans la mesure du degré d'expertise qui est le sien. Dans l'arrêt *Ivanhoe c. TUAC, section locale 500*⁵⁵, la juge Arbour explique la raison d'être de l'inclusion d'une clause privative dans le *Code du travail*⁵⁶, au regard de l'obligation de respect que cherche à imposer le législateur par rapport à l'expertise du commissaire du travail :

«Le Code contient donc des clauses privatives générales intégrales, indiquant clairement l'intention du législateur de laisser aux instances administratives le soin de trancher de façon définitive tous les litiges reliés au Code. En ce qui a trait à l'application de l'art. 45, le législateur indique spécifiquement son intention par le truchement d'une autre clause privative que l'on retrouve à l'art. 46 [...] En somme, le législateur a clairement indiqué qu'il entendait laisser au commissaire du travail la compétence exclusive de déterminer les conditions d'application de l'art. 45, et donc, de régler les questions relatives à l'existence d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise.

De plus, bien que la détermination des conditions requises pour conclure à une aliénation ou à une concession d'entreprise puisse relever du droit civil autant que du droit du travail, les commissaires du travail ont développé, à la suite d'une application constante des dispositions du *Code du travail* en cas de transmission d'entreprise, une expertise particulière en la matière, adaptée au contexte des relations de travail, qui n'est pas partagée par les cours de justice⁵⁷.

Plus loin, la juge Arbour poursuit son analyse en déclarant que «le législateur a jugé que l'existence d'un tribunal spécialisé permettant un règlement rapide et final des différends était nécessaire pour atteindre cet objectif⁵⁸».

Par conséquent, ce désir de s'en remettre aux conclusions du décideur administratif participe de la volonté que soit respecté son degré d'expertise décisionnelle. En ce sens, l'outil que constitue la clause privative sert à indiquer la volonté du législateur quant au respect dont doivent faire preuve les tribunaux supérieurs au regard du niveau d'expertise dont il dispose pour pouvoir remplir convenablement ses tâches. Toutefois, il faut savoir, dit la Cour suprême, que l'unique absence d'une clause privative, au sein du

55. *Ivanhoe c. TUAC, section locale 500*, précité, note 6.

56. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27.

57. *Ivanhoe c. TUAC, section locale 500*, précité, note 6, 590-591.

58. *Id.*, 591.

régime législatif qui donne ses pouvoirs au décideur administratif, ne saurait à elle seule autoriser le tribunal supérieur à mettre de côté les conclusions retenues par le décideur administratif⁵⁹. Dans le cas du principe de spécialisation des fonctions, la seule et unique absence d'une clause privative n'autorisera pas le tribunal supérieur à remettre en question les décisions rendues par le décideur administratif lorsque ce dernier dispose d'une exclusivité juridictionnelle et d'une spécialité juridictionnelle⁶⁰. De manière parallèle et correspondante, enseigne la Cour suprême, le décideur administratif qui dispose d'un degré certain d'expertise relativement à la question soumise à son examen doit pouvoir bénéficier d'une certaine retenue de la part du tribunal supérieur dont le rôle est d'analyser la légalité de la décision rendue par le décideur administratif au sujet de la matière pour laquelle il est réputé être expert⁶¹. Ainsi, le degré d'expertise du décideur administratif vient commander, par lui-même, de façon séparée, autonome et intrinsèque, une certaine déférence de la part des tribunaux supérieurs, même lorsque la loi habilitante ne contient pas de clause privative en vue de protéger les décisions du tribunal administratif. Le juge Iacobucci, dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*⁶²,

59. *Barrie Public Utilities c. Association canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476, 490; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 260-261; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie Royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, 77; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 276; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, précité, note 10, 119; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, précité, note 27, 724-725; *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 115; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, précité, note 10, 153; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1006; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, précité, note 14, 765-767; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, précité, note 6, 905-907; *British Columbia Telephone c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, précité, note 20, 757-758; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of brokers)*, précité, note 6, 591; *Procureur général du Canada c. Mossop*, précité, note 19, 586; *Fraternité des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 331-334; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, précité, note 19, 337-338; *Dickason c. Université de l'Alberta*, précité, note 18, 1126-1127; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, précité, note 28, 1744.

60. *Ibid.*

61. *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 115; *Fraternité des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 335; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, précité, note 10, 152-153.

62. *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, précité, note 6.

exprime le principe de la façon suivante : « Par conséquent, même lorsqu'il n'existe pas de clause privative et que la loi prévoit un droit d'appel, le concept de la spécialisation des fonctions exige des cours de justice qu'elles fassent preuve de retenue envers l'opinion du tribunal spécialisé sur des questions qui relèvent directement de son champ d'expertise⁶³. »

De son côté, la juge L'Heureux-Dubé exposait comme suit l'attitude de déférence dont devrait faire preuve la Cour fédérale à l'endroit des décisions rendues par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), lorsque les questions qu'il examine font appel à son expertise :

Dans l'affaire dont nous sommes saisis, le tribunal administratif spécialisé, le CRTC, possède une vaste expertise dans son domaine de compétence. Toutefois, malgré cette expertise, la décision du CRTC en cause n'est pas protégée par une clause privative et est, en fait, assujettie à un droit d'appel expressément prévue par la loi. Néanmoins, il a été clairement établi dans *Pezim*, précité, et dans *Bell Canada c. Canada* (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadienne), [1989] 1 R.C.S. 1722, qu'un tribunal spécialisé comme le CRTC, qui agit dans les limites de son champ d'expertise et de sa compétence, doit faire l'objet d'une retenue judiciaire même lorsqu'il n'existe pas de clause privative et que la loi prévoit un droit d'appel⁶⁴.

Plus loin, la juge poursuit en énonçant ce qui suit :

Par conséquent, les cours de justice doivent faire preuve de retenue à l'égard du CRTC relativement aux questions de droit qui relèvent de son champ de compétence et d'expertise. Toutefois, en ce qui concerne les questions de compétence et les questions de droit étrangères à l'expertise du CRTC, les décisions de ce dernier ne bénéficient d'aucune déférence et doivent être contrôlées suivant la norme de l'absence d'erreur⁶⁵.

Donc, de manière à peu près indistincte et indifférenciée, l'intention du législateur est que la retenue dont doivent faire preuve les cours de révision doit se manifester au regard des conclusions retenues par le tribunal administratif lorsqu'elles mettent en cause son expertise, que ces décisions soient ou non protégées par une clause privative⁶⁶.

63. *Id.*, 591.

64. *British Columbia Telephone c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, précité, note 20, 757-758.

65. *Id.*, 759.

66. *Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, précité, note 6, 670; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, précité, note 14, 774-775; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada* (n° 2), précité, note 4, 952; *Fraternité des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 343-344; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, note 18, 416-417; H.W. ARTHURS, « Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business », (1979) 17 *Osgoode Hall L.J.* 1, 39;

1.3 La notion d'expertise et l'objet de la loi qui crée le tribunal administratif

La Cour suprême dit que l'objet de la loi qui constitue le tribunal administratif vient témoigner du degré d'expertise du décideur⁶⁷. De fait, un examen minutieux et approfondi des dispositions de la loi qui pourvoit à l'existence du tribunal administratif doit permettre de déterminer la mesure dans laquelle ce dernier dispose, au regard de l'examen d'une question ou d'un problème donné, d'une expertise particulière⁶⁸. Dans l'arrêt *Pezim c. C-B. (Superintendent of Brokers)*⁶⁹, le juge Iacobucci énonce ce qui suit à propos du rapport par lequel l'expertise du tribunal administratif est d'abord tributaire de la structure et du contenu du régime législatif qui pourvoit à son existence :

La Loi fait bien ressortir l'étendue de l'expertise et de la spécialisation de la Commission. Son article 4 précise que la Commission est responsable de son application. La Commission possède également de vastes pouvoirs en matière d'enquêtes, de vérifications, d'audiences et d'ordonnances. En vertu de l'art. 144.2, toute décision de la Commission déposée au greffe de la Cour suprême de la Colombie-Britannique est exécutoire comme décision de cette cour. Enfin, conformément à l'art. 153 de la Loi, la Commission a le pouvoir de révoquer ou de modifier ses décisions⁷⁰.

Selon la Cour suprême, les critères de l'expertise et celui de l'objet de la loi doivent souvent être subsumés en un seul et même paramètre aux fins de l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle⁷¹. Autrement dit, pour se faire une juste et véridique opinion au sujet du degré d'expertise du tribunal administratif dont les décisions sont examinées, il faut d'abord

P. GARANT, *op. cit.*, note 36, p. 120-121 et 339; P.W. HOGG, «The Jurisdictional Fact Doctrine in the Supreme Court of Canada: Bell v. Ontario Human Rights Commission», (1971) 9 *Osgoode Hall L.J.* 203, 214; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 32, p. 371-378; H.W. MACLAUCHLAN, «Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the Supreme Court of Canada», (2001) 80 *R. du B. can.* 281, 285; Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 32, p. 91-95.

67. *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Ontario (Ministre du Travail)*, précité, note 10, 593-596; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, précité, note 10, 118-119; *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 115; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, précité, note 10, 152-153; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada* (n° 2), précité, note 4, 952; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, note 1, 235-236.

68. *Ibid.*

69. *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of brokers)*, précité, note 6.

70. *Id.*, 593-594.

71. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, précité, note 14, 773.

procéder à une lecture attentive du régime législatif qui énonce les pouvoirs et prévoit la compétence du même tribunal. Lorsque la loi habilitante constitue un régime législatif complexe destiné à encadrer un domaine d'activité, qu'elle vient consacrer l'exclusivité juridictionnelle du décideur administratif au regard de l'administration du même régime législatif et qu'elle vient énoncer l'octroi en faveur du décideur d'une série de pouvoirs singuliers en matière d'administration de la preuve, d'enquête et d'audition, il y a tout lieu de penser qu'il s'agit d'un tribunal qui dispose d'un degré d'expertise certain au regard du problème qu'il lui faut trancher :

Comme le juge Iacobucci l'a fait remarquer dans l'arrêt *Southam*, précité au par. 50, l'objet et l'expertise se confondent souvent. L'objet de la loi est souvent indiqué par la nature spécialisée du régime législatif et du mécanisme de règlement des différends, et la nécessité de l'expertise se dégage souvent autant des exigences énoncées dans la loi que des qualités des membres du tribunal. Lorsque les objectifs de la loi et du décideur sont définis non pas principalement comme consistant à établir les droits des parties, ou ce qui leur revient de droit, mais bien à réaliser un équilibre délicat entre divers intérêts, alors l'opportunité d'une supervision judiciaire diminue⁷².

De manière détournée, ce que laisse voir la Cour suprême, c'est que la spécialisation des fonctions du tribunal administratif, qui, elle-même, est tributaire de l'objet de la loi habilitant le tribunal, vient conditionner le degré d'expertise de ce dernier. Plus haut, nous avons exposé l'idée selon laquelle la Cour en était venue à tirer du constat de la spécialisation des fonctions du décideur administratif une présomption d'expertise de la part et en faveur du même décideur. Si le tribunal est spécialisé ou dispose d'une spécialisation de ses fonctions, il convient de *faire comme si* il était expert, ou est-il possible de penser, à tout le moins, que cette instance décisionnelle dispose d'un degré certain d'expertise, en l'absence de preuve contraire. Or, nous avons également énoncé l'idée suivant laquelle l'objet de la loi constituait l'assise formelle à partir de laquelle nous pouvons déduire le caractère spécifique de la compétence d'attribution du tribunal administratif. Si l'objet de la loi peut conditionner le degré d'expertise du décideur administratif, en ce sens que l'expertise avérée de ce décideur demeure nécessairement tributaire de la structure et du contenu des dispositions qui viennent habilitier le tribunal, alors c'est le caractère spécialisé de la compétence dudit décideur, au regard de sa spécificité juridictionnelle, qui permet de déterminer son degré d'expertise.

Dans la mesure où le paramètre de l'objet de la loi et celui de la spécialisation des fonctions désignent un seul et même état, il faut retenir que l'un

72. *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1008.

ou l'autre peut être conçu comme le terme qui détermine le degré d'expertise du décideur administratif. Or, ainsi que nous l'avons énoncé plus haut, l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle exige du tribunal supérieur qu'il tienne compte de deux paramètres distincts et séparés, donc cumulatifs, soit ceux de l'expertise et de l'objet de la loi. Pourtant, l'objet de la loi, ou la spécialisation des fonctions du décideur administratif au regard de sa spécificité juridictionnelle, et l'expertise du même décideur sont confondus pour devenir un seul et même paramètre :

Une loi dont l'objet exige qu'un tribunal choisisse parmi diverses réparations ou mesures administratives, qui concerne la protection du public, qui fait intervenir des questions de politiques ou qui comporte la pondération d'intérêts ou de considérations multiples, exige une plus grande déférence de la part de la cour de révision: voir *Pezim* et *Southam*, précités. Dans l'arrêt *Mont-Sinaï*, précité, le juge Binnie reconnaît au par. 57 que le libellé d'une loi peut aider à définir un tel objet. Par exemple, les dispositions qui exigent que le décideur « [tienne] compte de toutes les circonstances qu'[il] considère pertinentes » ou qui lui confèrent un large pouvoir discrétionnaire indiquent généralement la présence de questions de politiques et, par conséquent, une norme de contrôle moins exigeante (voir aussi *Baker*, précité, par. 56). Les cours de révision devraient aussi prendre en considération l'ampleur, le caractère spécialisé et la nature technique ou scientifique des questions que la loi charge le tribunal administratif d'examiner. À cet égard, les principes sous-jacents aux facteurs de l'expertise relative et de l'objet de la loi tendent à se chevaucher. Un objet législatif qui s'écarte considérablement du rôle usuel des tribunaux indique que le législateur voulait laisser la question à l'appréciation du décideur administratif et milite donc en faveur d'une plus grande déférence⁷³.

Donc, les paramètres de l'objet de la loi et de l'expertise doivent être envisagés comme constituant, le plus souvent dit la Cour suprême, un seul attribut. Toutefois, nous sommes d'avis que, pour des motifs d'opportunité, il faut tenir pour étant distincts les critères de l'expertise et de l'objet de la loi, et ce, d'un point de vue tant théorique que pratique.

2 Les attributs et les paramètres constitutifs de l'expertise : la nature et l'essence de la notion d'expertise

La notion d'expertise permet, dans son acception usuelle, de qualifier l'état de la personne du décideur administratif qui dispose d'un certain degré d'habileté technique, d'aptitude et de savoir-faire concernant la faculté de pouvoir trancher convenablement une question ou un problème donné. La présente section a pour objet de proposer un cadre analytique devant permettre au tribunal qui doit examiner la légalité des conclusions

73. *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 240-241.

d'un décideur administratif de reconnaître correctement le décideur expert. À cet égard, il s'agit, dans une perspective à la fois positiviste et normative, d'énoncer en quoi consiste l'attribut d'expertise du décideur administratif. Dans une optique d'abord positiviste, il convient de mettre en évidence les paramètres qu'a retenus la Cour suprême pour qualifier d'expert, au gré des litiges, un décideur administratif donné. À ce titre, les paramètres de l'expertise que nous proposons dans la présente section consistent en des paramètres que la Cour suprême a elle-même pris en considération et examinés en vue de se faire une opinion au regard du degré d'expertise d'un décideur administratif donné. Il s'agit donc de critères auxquels la Cour suprême a accordé une valeur certaine lorsqu'elle a été appelée à analyser le degré d'expertise du décideur administratif à l'examen dans le cas d'un litige donné. Cependant, la Cour suprême, pour des raisons inconnues, n'a pas jugé utile de réunir ces divers paramètres au sein d'une seule grille d'analyse à appliquer de manière systématique lorsqu'elle a dû examiner le facteur de l'expertise selon la méthode pragmatique et fonctionnelle. C'est ici que, dans une optique normative cette fois, nous estimons utile et même essentiel que la Cour suprême, lorsqu'elle sera amenée à se faire une opinion quant au degré d'expertise d'un décideur administratif soumis à l'examen, puisse le faire en ayant au préalable tenu compte, et ce, de façon invariable et universelle, des critères suivants : la formation professionnelle du décideur administratif, son expérience professionnelle, la spécialisation des fonctions qu'il exerce, sa participation à l'élaboration de politiques et de programmes, sa position privilégiée, de même que le facteur de sa disposition d'esprit favorable.

Il ne s'agit pas ici de créer *ex nihilo*, en marge du discours adopté et de la démarche analytique retenue par la Cour suprême, un cadre d'analyse et de détermination du degré d'expertise d'un décideur administratif particulier, sans que soit prise en considération la mise en garde qu'elle a formulée selon laquelle l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle doit se faire avec souplesse et flexibilité⁷⁴. Comme le souligne la Cour suprême, il faut éviter de « recourir à une analyse très technique ou mécanique ; c'est plutôt l'interaction des quatre facteurs qui détermine le degré de déférence que commande la décision administrative elle-même⁷⁵ ». À cet égard, les critères retenus plus haut demeurent ceux que la Cour suprême a elle-

74. *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Ontario (Ministre du Travail)*, précité, note 10, 610 ; *Starson c. Swayze*, précité, note 12, 763 ; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 238 ; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1004-1005.

75. *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 739.

même choisis de prendre en considération pour se faire une opinion quant à l'expertise effective du décideur dont les conclusions sont à l'examen. Cependant, il demeure impératif, selon nous, que la Cour suprême procède à la détermination du degré réel d'expertise d'un décideur administratif particulier d'une manière effective, utile et signifiante, et ce, pour les raisons suivantes.

Premièrement, le législateur ne peut pas avoir eu l'intention de confier la gestion d'un régime législatif à caractère sectoriel à un décideur administratif qui ne dispose pas, au regard de la matière qui fait l'objet de sa juridiction, d'un degré d'expertise certain relativement à la compréhension des enjeux et la détermination des solutions à apporter à des litiges particuliers à un secteur d'activité de la société qu'il a pour mission de surveiller. Donc, le législateur visait, certes, la création d'instances décisionnelles disposant d'une spécificité et d'une exclusivité juridictionnelle, mais il voulait également s'assurer que ces instances puissent mettre à profit, pour ce qui est de la surveillance d'un régime législatif donné, un certain degré d'habileté technique.

Deuxièmement, la disposition d'esprit empreinte de déférence dont font preuve les tribunaux supérieurs à l'endroit des conclusions d'un décideur administratif ne peut pas s'imposer en l'absence de preuve d'un degré d'expertise avéré de la part du décideur en question. En élaborant la méthode pragmatique et fonctionnelle, la Cour suprême a estimé nécessaire d'ancrer sa démarche dans le souci de la recherche de l'intention du législateur lorsque ce dernier a décidé de mettre sur pied des instances décisionnelles disposant d'une spécificité et d'une exclusivité juridictionnelle liées à l'administration d'un régime législatif à caractère sectoriel⁷⁶. À cet égard, la Cour suprême a cru utile de donner plein effet à cette intention de confier non pas aux cours de justice, mais à un décideur administratif prédéterminé la tâche de préciser le contenu et la portée des dispositions d'un régime législatif venant encadrer un secteur de l'activité économique, sociale ou professionnelle de la société. La Cour suprême reconnaissait alors que

76. *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Ontario (Ministre du Travail)*, précité, note 10, 609; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 238; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, précité, note 10, 119; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1004; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, précité, note 6, 905; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, précité, note 10, 772; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, précité, note 6, 259; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, précité, note 10, 486; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada* (n° 1), précité, note 4, 628 et 656 (j. Cory); *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, précité, note 5, 1087.

l'existence du décideur administratif s'inscrivait dans le contexte de la matérialisation de l'intention du législateur d'investir un secteur d'activité de la société en le réglementant et que, loin de vouloir remplacer les tribunaux judiciaires à titre de dépositaires du pouvoir inhérent de trancher des contestations entre parties, la mission première d'un décideur administratif était de concrétiser les objectifs qui animaient le législateur en investissant un secteur d'activité de la société et de leur donner corps. La création et la mise en place de tribunaux administratifs constituent en quelque sorte une aberration en droit constitutionnel, et leur existence équivaut à une forme de menace à l'indépendance judiciaire. Ce faisant, la Cour suprême a exigé que le décideur administratif qui aura, à l'intérieur d'une sphère décisionnelle préalablement délimitée, à déterminer des droits et obligations de justiciables, dispose d'un certain degré d'habileté technique et d'aptitude concernant l'administration de la matière qui fait l'objet de sa compétence spécialisée. Pourquoi devrait-il, en matière de politique judiciaire, en être autrement ? En vertu de quel principe les tribunaux supérieurs devraient-ils abdiquer leur prérogative exclusive et souveraine de trancher des litiges entre justiciables et d'administrer le droit commun, si ce n'est que l'instance décisionnelle qui s'oppose en concurrence ne dispose d'un attribut ou d'une faculté dont ils ne bénéficient pas eux-mêmes ? Il est impensable, et il serait de plus inquiétant, oserions-nous ajouter, que les tribunaux supérieurs fassent preuve de retenue au regard des conclusions formulées par un décideur administratif qui ne pourrait faire valoir de talent, d'aptitude ou d'habileté particulière, bref qui n'apporterait aucune plus-value à l'administration d'un régime législatif donné. En effet, les règles particulières au droit administratif ne constituent qu'une branche du domaine plus large qu'est celui de l'interprétation des lois, domaine qui a traditionnellement été réservé aux cours de justice⁷⁷. Par conséquent, il est normal qu'un décideur administratif doive faire la preuve non seulement d'un certain degré d'habileté en matière d'interprétation des lois, mais encore que ce degré d'habileté est supérieur à celui qui est normalement reconnu à un tribunal supérieur, en ce sens que le décideur doit être en mesure de mettre à profit des attributs particuliers et spécifiques qui permettent à la fois de donner corps au régime législatif qu'il doit administrer et de le distinguer d'un tribunal supérieur.

Troisièmement, la notion d'expertise désigne, de manière usuelle et ordinaire, une aptitude ou une disposition d'esprit qui permet à la personne qui la possède de trancher de manière appropriée une question ou un

77. *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Ontario (Ministre du Travail)*, précité, note 10, 609 ; *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 796 ; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, précité, note 5, 1087.

problème grâce à un talent ou à une habilité particulière qu'elle peut mettre à profit. La notion d'expertise renvoie ainsi à un état de fait empirique qui est distinct de la réalité matérielle qu'est le pouvoir spécialisé de trancher la question ou le problème donné.

Quatrièmement, enfin, l'expertise constitue l'un des quatre paramètres que la Cour suprême a cru utile de considérer, dans l'élaboration de la méthode pragmatique et fonctionnelle, en vue de découvrir la véritable intention du législateur. Bien que les quatre critères puissent se chevaucher⁷⁸, il y a tout lieu de croire que l'analyse du critère de l'expertise doit se dérouler de manière séparée et indépendante, puisqu'il s'agit, pour le tribunal supérieur, de s'assurer que le décideur administratif apporte au débat une plus-value qui le rend indispensable à la juste et convenable résolution du problème à l'examen. Nous convenons avec la Cour suprême que l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle ne saurait se faire de façon mécaniste et rigide⁷⁹, et que l'examen d'un critère particulier peut et doit parfois avoir lieu en tenant compte des autres critères. Comme elle le souligne d'ailleurs, «il faut éviter de recourir à une analyse très technique ou mécanique; c'est plutôt l'interaction des quatre facteurs qui détermine le degré de déférence que commande la décision administrative elle-même⁸⁰». Il n'en demeure pas moins que l'analyse croisée de certains des critères ne saurait remplacer l'analyse autonome et séparée du critère de l'expertise. Cette dernière constitue le «facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable⁸¹»; en elle réside la «justification fondamentale de la déférence⁸²».

Comme l'a récemment rappelé la Cour suprême dans l'arrêt *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*⁸³, «[l']examen

78. *Chamberlain c. School District No. 36*, précité, note 27, 724.

79. *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Ontario (Ministre du Travail)*, précité, note 10, 610; *Starson c. Swayze*, précité, note 12, 763; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 238; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1004-1005.

80. *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, précité, note 75, 739.

81. *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 115; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1006-1007; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, précité, note 14, 773; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of brokers)*, précité, note 6, 591-592; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 335.

82. D. DYZENHAUS, *loc. cit.*, note 52, 290, tel qu'il a été traduit et cité dans *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Ontario (Ministre du Travail)*, précité, note 10, 557.

83. *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, précité, note 8, par. 23.

exhaustif des facteurs s'impose⁸⁴». Par conséquent, l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle ne peut se faire de façon utile que par l'examen cumulatif des critères retenus par la Cour suprême. La détermination du degré d'expertise du décideur administratif est essentielle et fondamentale à l'établissement du degré de déférence dont doit faire preuve le tribunal supérieur au regard des conclusions du décideur administratif, et cette évaluation du degré d'expertise ne saurait être sans l'application systématique d'une grille d'analyse préalablement arrêtée.

2.1 La formation professionnelle du décideur administratif concernant la question examinée

Le degré d'expertise d'un décideur administratif demeure directement tributaire, à notre avis, de la nature et de l'étendue de la formation scolaire et professionnelle qu'il a reçue. Il serait difficilement envisageable qu'une personne autorisée à exercer la profession de médecin n'ait pas pu établir, au préalable, qu'elle possède un niveau suffisant de connaissances théoriques et cliniques et qu'elle maîtrise suffisamment, du point de vue de sa formation, les notions et outils de base de la science médicale. Il choquerait également l'entendement qu'une personne titulaire d'une charge de professeur de chimie dans une université n'ait pas elle-même poursuivi d'études universitaires dans le domaine de la chimie. Mis à part les situations exceptionnelles du génie précoce et celle où une personne a acquis ses connaissances par l'expérience, il sera difficile de concevoir qu'un médecin ne soit pas titulaire d'un diplôme en sciences médicales, et que le professeur de chimie n'ait suivi aucune formation universitaire dans ce domaine. Il est donc tout naturel que la Cour suprême estime que la formation professionnelle du décideur administratif constitue un bon indice de son degré d'expertise avéré⁸⁵.

Dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*⁸⁶, le juge Iacobucci expose comme suit la mesure dans laquelle le

84. *Id.*, par. 23.

85. *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 239; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, précité, note 18, 261; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, précité, note 10, 120; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 281; *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 116; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1007; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, précité, note 20, 355; *Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514 c. Prince Rupert Grain Ltd.*, précité, note 17, 446.

86. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, précité, note 14.

critère de la formation scolaire et professionnelle des membres du tribunal de la concurrence peut avoir une valeur déterminante pour établir le degré d'expertise du décideur administratif et, incidemment, de l'organisme dont il fait partie :

Il est assez clair que les objectifs visés par la Loi sont davantage « économiques » que strictement « juridiques ». « [L']adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne » et les relations entre les entreprises canadiennes et leurs concurrents étrangers sont des questions que les gens d'affaires et les économistes sont plus à même de comprendre que les juges en général⁸⁷.

Plus loin, le juge Iacobucci reconnaît ce qui suit :

[Il est] indéniable que pour déterminer l'élasticité croisée de la demande, qui est en théorie l'indice le plus juste des dimensions du marché d'un produit, il faut certaines connaissances en économie ou en statistique. Toutefois, même l'appréciation de la preuve indirecte du caractère substitutif, par exemple la preuve que deux types de produits sont fonctionnellement interchangeables, exige une capacité de discernement participant davantage de l'expérience des affaires que de la formation juridique. Des gens d'affaires expérimentés sont plus aptes qu'un juge à prédire le comportement probable des consommateurs. Qui plus est, la preuve indirecte n'est utile qu'en tant que facteur de remplacement de l'élasticité croisée de la demande, de sorte que ce qui est nécessaire, en dernière analyse, c'est l'appréciation de l'importance de la preuve *sur le plan économique*, et, pour accomplir cette tâche, un économiste est, pratiquement par définition, mieux préparé qu'un juge⁸⁸.

Le juge Binnie, de son côté, disait ceci à propos du degré d'expertise des membres de la Commission ontarienne d'examen, en matière de détermination du niveau de dangerosité pour la sécurité du public posée par une personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux :

Pour s'acquitter de cette difficile évaluation des troubles mentaux et des risques pour la sécurité qui y sont associés, la Commission compte des experts parmi ses membres et dispose de vastes pouvoirs d'enquête. Au moins un des cinq membres dont la Commission est minimalement constituée doit être autorisé à exercer la psychiatrie et son président doit être un juge nommé par le gouvernement fédéral ou une personne qui remplit les conditions de nomination à un tel poste. Si la Commission ne compte qu'un psychiatre, au moins un autre de ses membres doit être une personne autorisée à exercer la médecine ou la profession de psychologue et « dont la formation et l'expérience relèvent de la santé mentale »⁸⁹.

Au contraire, le fait pour un décideur administratif de ne pas disposer de formation scolaire et professionnelle suffisante au regard du problème qu'il doit trancher pourra amener la Cour suprême à ne pas lui reconnaître

87. *Id.*, 772.

88. *Id.*, 774.

89. *R. c. Owen*, précité, note 77, 795.

un degré d'expertise certain par rapport à la matière qui fait l'objet de sa compétence⁹⁰. Voici la façon dont le juge Major exposait le rapport entre la formation scolaire et le degré d'expertise des membres du conseil municipal de la ville de Nanaimo en vue de trancher un problème relatif à la planification municipale :

Alors que les membres des tribunaux administratifs doivent être nommés, et qu'ils le sont généralement, parce qu'ils possèdent une expertise pertinente par rapport aux attributions de l'organisme, les conseillers municipaux, pour leur part, sont élus en vue de la réalisation d'un programme politique. L'expérience et la compétence en droit municipal et en planification municipale sont des qualités souhaitables, mais nul n'est tenu de les posséder pour être élu conseiller. Vu la variété appréciable des questions qui ressortissent à l'autorité des municipalités, il est peu probable que la plupart des conseillers acquièrent de telles connaissances spécialisées même au bout d'un laps de temps assez long⁹¹.

Certains auteurs ont exprimé des doutes quant à la pertinence et au bien-fondé du souci exprimé par la Cour suprême de mesurer le degré d'expertise du décideur administratif en fonction de la nature et de l'étendue de sa formation professionnelle. Robert F. Reid s'exprime de la façon suivante :

If expertise has become a line in the sand how do we draw it? What is an expert? How does a court know whether a tribunal is expert? It's easy enough to say, "these are experts and therefore they should be subject to a different standard than correctness", but it's a different thing to decide who is an expert and who is not. Traditionally, courts have known almost nothing about the training or experience of members of tribunals brought before them either by way of judicial review or appeal. They are unlikely to begin calling for C.V.'s; that road would go nowhere⁹².

De son côté, le professeur Mullan disait ceci à propos de l'opportunité de procéder à une vérification de la qualification professionnelle des décideurs administratifs pour déterminer de leur degré d'expertise :

Somewhat more difficult or controversial is the extent to which, if at all, the courts should concern themselves with the actual competence and qualifications of the

90. *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 239; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, précité, note 18, 261; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 281; *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 116; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1007; *West-coast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, précité, note 20, 355.

91. *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, précité, note 19, 356.

92. R.F. REID, « Hot Buttons: An Overview of Recent Developments in Administrative Law », dans P. ANISMAN et R.F. REID, *Administrative Law Issues and Practice*, Scarborough, Carswell, 1995, p. 1, à la page 4. Voir également, au même effet : M.A. CHAPLIN, « Who is Best Suited to Decide? The Recent Trend in Standards of Judicial Review », (1993) 26 *Ott. L.R.* 321, 354.

particular tribunal or panel of a tribunal that decided the matter. To the extent that in bias cases courts are willing to look at the actual history of particular tribunal members, it might be argued that there is nothing wrong with this. However, it also has to be admitted that performance evaluation and rating may not be the court's long suit, and it certainly would lead to more complex litigation⁹³.

À notre avis, il demeure essentiel que le tribunal supérieur qui procède à l'exercice de détermination du degré d'expertise d'un décideur administratif examine la nature et l'étendue de sa formation scolaire et professionnelle, à titre de paramètre pouvant servir d'indice qui témoignerait de son degré d'expertise avéré. Il serait vain, voire carrément absurde, de se former une opinion quant au degré d'expertise d'une personne ou d'un décideur administratif, sans avoir pris la peine d'examiner au préalable la mesure dans laquelle ce dernier a effectivement été formé en vue de pouvoir remplir de manière utile, efficace et responsable la mission qui lui a été confiée.

Malgré les difficultés inhérentes à l'examen de la qualification du degré de compétence professionnelle d'un décideur administratif, la Cour suprême déclare néanmoins qu'il s'agit d'un critère dont il faut tenir compte⁹⁴. Autrement dit, le paramètre de la formation professionnelle demeure un indice essentiel qui peut permettre au tribunal supérieur, lorsque ce paramètre est examiné de façon commune avec d'autres paramètres, de se former une opinion quant au degré réel d'expertise du décideur administratif dont les conclusions sont étudiées. Comme le dit le professeur MacLauchlan, la prise en considération de la formation scolaire et professionnelle est des plus importantes lorsqu'il s'agit de se demander si un décideur administratif est un expert ou non :

Questions like "Who are these people?" "How did they qualify for the job?" and "What in-service experience do they have?" are likely to continue to be exceptional in the exercise of judicial review. Short of reviewing the curriculum vitae of decision-makers, a reviewing court can look at the statute to discover the powers of the tribunal, the term of service of members, the appointment process (if any), and the relevant qualifications. Beyond that, they can look at the practice of the decision-maker. At some point it may even be necessary to look at C.V.'s⁹⁵.

93. D.J. MULLAN, « The Supreme Court of Canada and Jurisdictional Error : Compromising New Brunswick Liquor ? », *loc. cit.*, note 52, 100.

94. *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 239; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, précité, note 18, 261; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 281; *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 116; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1007; *West-coast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, précité, note 20, 355.

95. H.W. MACLAUHLAN, « Judicial Review of Administrative Interpretations of Law : How Much Formalism can We Reasonably Bear ? », (1986) 36 *U.T.L.J.* 343, 380.

2.2 L'expérience professionnelle du décideur administratif concernant la question examinée

L'expérience professionnelle du décideur administratif consiste en la connaissance, l'habileté ou le savoir-faire acquis par la pratique répétée et continue au regard de l'examen et de l'analyse d'une question ou d'un problème donné. Au contraire des connaissances acquises par la formation scolaire ou professionnelle, ou les deux à la fois, donc de façon *a priori*, l'expérience du décideur administratif témoigne du fait que ce dernier a acquis son savoir-faire *a posteriori*, c'est-à-dire en examinant à plusieurs reprises, dans différentes contestations, le même problème. L'expérience professionnelle, dit la Cour suprême, constitue un excellent indice du degré d'expertise avéré du décideur administratif dont les conclusions sont soumises à l'examen⁹⁶. Le juge Gonthier précisait ceci à propos du degré d'expertise effectif de la Commission d'accès à l'information du Québec tel qu'il découlait de l'expérience acquise par l'administration continue de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*⁹⁷ : « En interprétant toujours la même loi et en le faisant régulièrement, le Commissaire québécois développe une expertise générale dans le domaine de l'accès à l'information. Cette expertise générale de la Commission invite notre Cour à faire preuve d'une certaine retenue⁹⁸. »

Le juge Cory, quant à lui, indiquait ceci dans des motifs concordants, à propos du degré de retenue qui doit être de mise, lorsqu'un tribunal supérieur examine les conclusions rendues par des décideurs administratifs dans le domaine des relations de travail et qui ont acquis un degré d'expertise

96. *Starson c. Swayze*, précité, note 12, 764-765 ; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 239 ; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, précité, note 18, 261 ; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 281 ; *Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, précité, note 6, 670-671 ; *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 116-117 ; *Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500*, précité, note 6, 590-591 ; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, précité, note 19, 356-357 ; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, précité, note 18, 810-811 ; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, précité, note 17, 401-404 ; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations de travail)*, précité, note 18, 193-194 ; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, précité, note 6, 310-311 ; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada (n° 2)*, précité, note 4, 968 ; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada (n° 1)*, précité, note 4, 660 ; *National Corn Growers Association c. Canada (Tribunal des importations)*, précité, note 30, 1348-1349.

97. *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1.

98. *Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, précité, note 6, 671.

certain par la pratique : « Dans ce domaine explosif et délicat, la décision d'un arbitre choisi par les parties ou celle d'une commission des relations de travail qui est souvent composée de représentants du syndicat et de l'employeur qui ont une vaste expérience dans le domaine, devrait être finale et exécutoire à moins d'être vraiment manifestement déraisonnable⁹⁹. »

La juge Arbour, au nom de la majorité, exprime comme suit la mesure dans laquelle l'examen répété et continu de litiges relevant du *Code du travail*¹⁰⁰ par les commissaires du travail a fait naître, chez ces derniers, une expertise en matière d'interprétation des dispositions du *Code du travail*¹⁰¹ :

De plus, bien que la détermination des conditions requises pour conclure à une aliénation ou à une concession d'entreprise puisse relever du droit civil autant que du droit du travail, les commissaires du travail ont développé, à la suite d'une application constante des dispositions du *Code du travail* en cas de transmission d'entreprise, une expertise particulière en la matière, adaptée au contexte spécifique des relations de travail, qui n'est pas partagée par les cours de justice¹⁰².

De manière plus directe encore, le juge Iacobucci expose ainsi la façon par laquelle l'expérience acquise par le comité de discipline du Barreau du Nouveau-Brunswick est de nature à constituer un indice de son degré d'expertise :

[Le] comité de discipline a une expertise relative découlant de l'application répétée des objectifs de la réglementation professionnelle énoncés dans la Loi aux cas particuliers d'allégations de faute professionnelle. Dans chaque cas, le comité est appelé à interpréter ces objectifs dans un contexte factuel [...] L'expertise relative du comité de discipline ne se situe pas dans un domaine spécialisé sortant des connaissances générales de la plupart des juges (comme la réglementation des valeurs mobilières dans *Pezim*, précité, ou la réglementation de la concurrence dans *Southam*, précité). Toutefois, en raison de sa composition et de son expérience dans le domaine particulier des sanctions pour faute professionnelle dans des contextes divers, il est permis de penser que le comité de discipline possède une expertise plus grande que les cours dans le choix de la sanction à imposer¹⁰³.

Par conséquent, le fait pour un décideur administratif de disposer d'une vaste expérience au regard de l'administration de contestations et de l'examen de questions relatives à un domaine d'activité donné peut autoriser un tribunal supérieur à conclure que le même décideur dispose d'une plus grande expertise concernant l'examen du problème particulier

99. *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, précité, note 6, 311.

100. *Code du travail*, précité, note 56.

101. *Ibid.*

102. *Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500*, précité, note 6, 590-591.

103. *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, précité, note 18, 262.

qui lui est soumis¹⁰⁴. Qui plus est, le fait pour le décideur administratif de ne pas disposer d'habilités intrinsèques, comme le lui permettrait par exemple le fait d'avoir suivi une formation scolaire particulière, ne saurait être un obstacle automatique à la reconnaissance d'un degré d'expertise certain en sa faveur¹⁰⁵. En effet, ce dernier pourrait très bien, à une époque donnée, ne pas être considéré comme un décideur administratif expert en raison de son manque de connaissances ou d'habilités particulières concernant l'examen des questions qu'il aurait à trancher. Toutefois, le même décideur pourrait toujours, à une époque ultérieure, avoir développé une certaine expertise par suite et en conséquence de l'examen soutenu, constant et répété de certaines questions particulières. C'est l'idée qu'exprime le juge Major lorsqu'il examine la nature et l'étendue de l'expertise de la Commission du consentement et de la capacité de l'Ontario :

La Loi ne précise pas la qualification minimale requise des membres de la Commission, sauf dans les cas où un membre siège seul : par. 71(3) et 73(2). La Loi indique simplement que les membres sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil : par. 70(2). Toutefois, à la différence des tribunaux de révision ordinaires, les membres de la Commission sont susceptibles d'avoir acquis, durant leur mandat, de l'expérience en matière d'évaluation de la capacité¹⁰⁶.

Dans l'arrêt *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*¹⁰⁷, le juge Major, au nom de la Cour suprême également, indique la mesure dans laquelle les membres du Tribunal canadien du commerce extérieur seront appelés, durant leur mandat, à développer un degré d'expertise :

La *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985, ch. 47 (4^e suppl.), n'exige pas que les membres du tribunal soient experts dans un domaine particulier ni que des experts en commerce international conseillent le ministre à l'égard des nominations au tribunal [...] À ce sujet, le juge Wilson a fait remarquer, dans l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1336, qu'une « gestion prudente » de secteurs comme « les relations économiques internationales » « nécessite souvent le recours à des experts ayant à leur actif des années d'expérience et une connaissance spécialisée des activités qu'ils sont chargés de surveiller ». Aux termes du par. 3(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le gouverneur en conseil doit

104. *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 116-117; *Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500*, précité, note 6, 590-591; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, précité, note 19, 356-357; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, précité, note 18, 810-811; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, précité, note 17, 401-404; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations de travail)*, précité, note 18, 193-194; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, précité, note 6, 310-311.

105. *Ibid.*

106. *Starson c. Swayze*, précité, note 12, 764.

107. *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11.

nommer un président, deux vice-présidents et au plus six autres titulaires. La durée maximale du mandat des titulaires est de cinq ans (par. 3(3)). Étant des titulaires, les membres du TCCE acquièrent de l'expérience relativement aux questions qu'ils examinent pendant la durée de leur mandat. Selon la nature de la question en cause, les membres du TCCE acquièrent de l'expérience et de l'expertise que les tribunaux judiciaires ne possèdent pas¹⁰⁸.

Par conséquent, le décideur administratif qui ne dispose pas d'une qualification précise et minimale en matière d'administration d'un type particulier de questions, et qui ne pourrait autrement être qualifié de décideur expert, peut le devenir par la pratique et l'expérience acquise en examinant de manière répétée certaines questions particulières. Rappelons toutefois que le facteur de l'expérience ne constitue qu'un indice qui vient témoigner du degré d'expertise du décideur administratif et permet au tribunal de révision de conclure qu'un décideur particulier dispose véritablement d'un degré d'expertise.

2.3 La participation du décideur administratif à l'élaboration de politiques et de programmes

Le facteur de la participation à l'élaboration de politiques et de programmes constitue un indice qui peut autoriser un tribunal supérieur à conclure, au regard d'un décideur administratif donné, qu'il dispose d'un certain niveau d'expertise¹⁰⁹. Le tribunal supérieur appelé à déterminer du degré d'expertise avéré du décideur administratif doit examiner la question de savoir si ce dernier a pour fonction, entre autres choses, de participer à l'élaboration et à l'établissement de programmes, de politiques ou de lignes directrices devant permettre une meilleure administration du secteur d'activité qu'il a pour mission de gérer. C'est l'idée qu'exprimait le juge Sopinka lorsqu'il utilisait le facteur de la participation à l'élaboration de

108. *Id.*, 116.

109. *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, 161; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, précité, note 5, 606; *Barrie Public Utilities c. Association canadienne de télévision par câble*, précité, note 59, 491-492; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 239-240; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, précité, note 27, 726-727; *Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, précité, note 6, 670; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 803; *Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500*, précité, note 6, 592-593; *Sept-îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, précité, note 22, 684-685; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of brokers)*, précité, note 6, 596; *Fraternité des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 337; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada (n° 2)*, précité, note 4, 953; *National Corn Growers Association c. Canada (Tribunal des importations)*, précité, note 30, 1349.

politiques pour différencier l'arbitre de griefs d'une commission des relations de travail au regard de leur degré d'expertise respectif :

À cet égard, on peut faire une distinction entre les arbitres *ad hoc* nommés pour régler un différend particulier découlant d'une convention collective et les commissions des relations de travail chargées de surveiller l'interprétation permanente de textes législatifs et d'établir des politiques et précédents en matière de relations du travail dans un ressort donné¹¹⁰.

De son côté, le juge La Forest énonçait sensiblement la même distinction à partir du facteur de la participation à l'établissement de programmes administratifs :

Quel est donc le domaine d'expertise d'un arbitre en matière de relations du travail ? Sans aucun doute, c'est l'interprétation de conventions collectives et le règlement de conflits factuels y relatifs. L'expertise d'un arbitre se rapporte, dans un sens limité, à la politique des relations du travail, mais il faut reconnaître qu'elle est plus circonscrite que la fonction de grande envergure, en matière d'élaboration de politiques, qui est parfois déléguée aux commissions des relations du travail, comme dans l'arrêt *Paccar*, précité¹¹¹.

Le juge Major rappelle, au nom de la Cour suprême, la pertinence du facteur de la participation à l'élaboration de politiques au chapitre de la détermination du degré d'expertise certain du décideur administratif :

Comme je l'ai mentionné précédemment, la participation du tribunal à l'élaboration de politiques constitue un autre facteur pertinent relativement à la question de l'expertise (*Pezim*, précité, p. 596 ; *Bradco*, précité, p. 336-337). Une disposition qui présente une certaine importance en l'espèce est l'art. 18 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, qui précise que le TCCE, « sur saisine par le gouverneur en conseil, enquête et lui fait rapport sur toute question touchant, en matière de marchandises ou de services — considérés individuellement ou collectivement —, les intérêts économiques ou commerciaux du Canada. » Bien que cette disposition ne soit pas en cause dans le présent pourvoi, elle indique que le législateur considère de façon générale le TCCE comme un organisme expert dans certaines questions économiques et commerciales¹¹².

Le facteur de la participation à l'élaboration de programmes ou de politiques demeure donc un indice qui peut autoriser le tribunal supérieur à conclure, lorsqu'il constate sa présence et que sont réunis les autres facteurs pertinents, qu'un décideur administratif dispose d'un degré d'expertise certain. Bien que les recommandations formulées en matière de politique par le décideur administratif n'aient pas nécessairement force de

110. *Fraternité des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 337.

111. *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, précité, note 6, 266.

112. *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 117.

loi, il faut néanmoins accorder à ce facteur une importance particulière en ce qu'il constitue un indice de l'expertise du décideur en question¹¹³.

2.4 La position privilégiée du décideur administratif par rapport à l'examen du litige

L'expertise d'un décideur administratif donné ne signifie pas, lorsqu'elle est reconnue par un tribunal supérieur, qu'elle a une valeur universelle et intemporelle. Au contraire, l'expertise est une notion qui renvoie à un état de fait qui n'a rien d'absolu et qui a une valeur comparative¹¹⁴. Comme l'a récemment affirmé la Cour suprême il faut s'intéresser « [...] non pas à l'expertise générale de l'instance administrative, mais à son expertise quant à la question précise dont elle est saisie¹¹⁵ ». L'aspect comparatif de la notion d'expertise s'exprime à deux niveaux. Premièrement, l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle exige du tribunal supérieur qu'il tienne compte, notamment, du degré d'expertise du décideur administratif, en vue de la détermination de la norme de contrôle qui sera applicable au moment de l'examen des conclusions qu'il a rendues. À ce titre, indique la Cour suprême, il y a lieu de faire preuve de déférence au regard des conclusions rendues par le décideur administratif lorsqu'elles mettent en cause son expertise ou ont été rendues dans son domaine d'expertise :

Même lorsque la loi habilitante du tribunal prévoit expressément l'examen par voie d'appel, comme c'était le cas dans l'affaire *Bell Canada*, précitée, on a souligné qu'il y avait lieu pour le tribunal d'appel de faire preuve de retenue envers les opinions que le tribunal spécialisé de juridiction inférieure avait exprimées sur des questions relevant directement de sa compétence.

Par contre, lorsque, comparativement au tribunal d'examen, le tribunal administratif manque d'expertise relative en ce qui concerne la question dont il a été saisi, cela justifie de ne pas faire preuve de retenue¹¹⁶.

113. *Ibid.*; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of brokers)*, précité, note 6, 596.

114. *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, précité, note 18, 261; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 278-279; *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 115-118; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1007; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, 849; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, 369. Voir également *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, et *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des Relations de Travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5.

115. *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, précité, note 8, par. 27.

116. *Fraternité des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 335.

Il s'agit ainsi pour le tribunal supérieur de déterminer dans quelle mesure le décideur administratif dispose d'un degré d'expertise plus élevé que le sien par rapport au problème qu'il doit trancher. À ce titre, précise la Cour suprême, la détermination du degré d'expertise du décideur administratif demeure d'abord et avant tout tributaire de la nature et du type de problème à examiner¹¹⁷. Un décideur administratif ne saurait être présumé disposer d'une expertise au regard de l'examen de n'importe quelle question, de n'importe quel type de problème, nonobstant la matière dont il relève et malgré la nature des considérations factuelles et juridiques qu'il met en jeu. Le décideur administratif qui s'est vu conférer une compétence à caractère spécifique et à caractère exclusif, au regard de l'administration d'un régime législatif à caractère sectoriel, doit pouvoir être en mesure d'apporter un élément de plus-value à l'examen d'une question donnée. La dimension comparative de l'expertise du décideur administratif veut justement faire ressortir l'importance, voire le caractère nécessaire et essentiel, de son concours et de sa contribution à l'exercice de résolution d'un problème donné : « L'évaluation de l'expertise relative comporte trois dimensions : la cour doit qualifier l'expertise du tribunal en question ; elle doit examiner sa propre expertise par rapport à celle du tribunal ; et elle doit identifier la nature de la question précise dont était saisi le tribunal administratif par rapport à cette expertise¹¹⁸ ».

À ce stade-ci, le tribunal de révision doit se demander si le décideur administratif est en mesure de mettre à profit une habileté ou un savoir-faire particulier qui le distingue du tribunal supérieur au regard de la résolution du litige spécifique qui lui est soumis. Premièrement, en fonction de la nature du problème qui est soumis au décideur administratif pour examen, qu'il s'agisse d'une question de droit, d'une question de fait ou d'une question mixte de droit et de fait, le tribunal supérieur doit décider si le décideur

117. *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, précité, note 18, 261 ; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 278-279 ; *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 115-118 ; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1007 ; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, précité, note 114, 849 ; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, précité, note 114, 369.

118. *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1007. Voir également : *Zenner c. Prince Edward Island College of Optometrists*, 2005 CSC 77 par. 22 ; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 541 ; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, précité, note 109, 160 ; *Barrie Public Utilities c. Association canadienne de télévision par câble*, précité, note 59, 490 ; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 239 ; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, précité, note 27, 725 ; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, précité, note 109, 803-804.

administratif est en meilleure position pour réaliser l'intention du législateur. À cet égard, enseigne la Cour suprême, la question de l'expertise et celle de la nature du problème soumis sont intimement liées¹¹⁹ :

Le deuxième facteur, l'expertise relative, reconnaît que les législatures confient parfois une question à un organisme décisionnel possédant une expertise spécialisée ou apte à trancher des questions particulières. Lorsque c'est le cas, les cours s'efforcent de respecter ce choix législatif dans le cadre du contrôle judiciaire. L'expertise est cependant un concept relatif, et non absolu. Un plus haut degré de déférence est dû uniquement lorsque l'organisme décisionnel possède, de quelque façon, une *plus grande expertise que les cours* et que la question visée relève de *cette plus grande expertise*¹²⁰.

Deuxièmement, l'expertise relative du décideur administratif témoigne également de la position privilégiée occupée par ce dernier au regard de l'administration des faits particuliers à un litige et de la détermination des enjeux factuels relatifs à une question ou à un problème donné¹²¹. À cet effet, l'expertise du décideur est directement tributaire de la place occupée par ce dernier par rapport à l'instruction d'une contestation donnée. En raison du fait qu'il constitue l'instance décisionnelle de première ligne pour l'audition d'une cause, le décideur administratif est mieux en mesure que le tribunal supérieur de déterminer le cadre de cette contestation : l'expertise du décideur administratif tient au fait qu'il a eu l'exclusivité de l'appréciation et de l'évaluation des faits. C'est de cette façon qu'exposait le juge Iacobucci la notion d'expertise relative au regard de la position privilégiée par le décideur administratif :

Ma collègue le juge L'Heureux-Dubé s'appuie fortement sur l'expertise du conseil d'arbitrage quant à la recherche des faits. Dans la mesure où la retenue qu'elle préconise est fondée sur l'expertise du tribunal, dans les circonstances de l'espèce, j'ajouterais, incidemment, l'observation suivante. Les cours de justice usent habituellement de retenue envers les tribunaux administratifs, y compris les tribunaux des droits de la personne, sur des questions de fait, parce qu'ils sont bien placés et bien équipés pour tirer de telles conclusions¹²².

119. *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 278.

120. *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 15, 239.

121. *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, précité, note 18, 261 ; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 278-279 ; *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, précité, note 11, 115-118 ; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 1007 ; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, précité, note 114, 849 ; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, précité, note 114, 369.

122. *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, 584-585.

Donc, dans la mesure où la question examinée par le décideur administratif est de nature factuelle ou est une question mixte de droit et de fait à dominante factuelle¹²³, le tribunal supérieur pourra y voir l'indice d'un degré d'expertise certain en faveur du décideur administratif, et déduire de la sorte que ce dernier dispose d'une expertise plus grande au regard de l'examen de ce type de question, en raison de la position privilégiée qu'il occupe.

2.5 L'exigence d'une disposition d'esprit favorable (field-sensitivity) du décideur administratif

Le fait pour un décideur administratif de se voir confier en exclusivité l'administration d'un régime législatif à caractère sectoriel suppose que le législateur a jugé utile de pourvoir à la création d'une instance décisionnelle, qui aurait pour seule et unique responsabilité de participer à l'atteinte des objectifs politiques, sociaux ou économiques qui l'animaient lorsqu'a été prise la décision d'investir un secteur d'activité donné. De manière à être en mesure de donner corps et d'impulser une direction à ce régime législatif nouvellement établi, il est primordial que le décideur administratif, à qui incombera la tâche de voir à la matérialisation de l'intention du législateur, soit en mesure de faire preuve d'un degré suffisant de sensibilité au regard des normes implicites ou explicites qui disposent d'un certain caractère obligatoire au sein d'un domaine d'activité donné¹²⁴. Il faut donc que le décideur administratif puisse démontrer une certaine aptitude à faire

123. *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 240.

124. *Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500*, précité, note 6, 592-593; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, précité, note 18, 810-812; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, précité, note 10, 774-775; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada* (n° 1), précité, note 4, 659-661; *National Corn Growers Association c. Canada (Tribunal des importations)*, précité, note 30, 1348-1349; G.W. ADAMS, «Bell Canada and the Older Worker: Who Will Review the Judges», (1974) 12 *Osgoode Hall L.J.* 389, 395; H.W. ARTHURS, *loc. cit.*, note 52, 289-290; M.A. CHAPLIN, *loc. cit.*, note 92, 346; D. DYZENHAUS, «Constituting the Rule of Law: Fundamental Values in Administrative Law», (2002) 27 *Queen's L.J.* 445, 500-501; D. DYZENHAUS, *loc. cit.*, note 52, 303-305; P. GARANT et S. NORMAND, «Le contrôle judiciaire des erreurs de droit en présence d'une clause privative», (1982) 23 *C. de D.* 5, 18-19; B. LANGILLE, «Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility», (1986) 17 *R.G.D.* 169, 206-207; D.K. LOVETT, «That Curious Curial Deference: Ascertaining the Appropriate Standing of Review of a Tribunal's Decision», (1994-1995) 8 *C.J.A.L.P.* 193, 205-206; R.A. MACDONALD, «On the Administration of Statutes», (1987) 12 *Queen's L.J.* 488, 492 et 496-502; H.W. MACLAUCHLAN, «Approaches to Interpretation in Administrative Law», (1987) 1 *C.J.A.L.P.* 293, 313-315; H.W. MACLAUCHLAN, «Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the Supreme Court of Canada», (2001) 80 *R. du B.*

montre de réceptivité à intégrer, dans son appréciation et son interprétation des dispositions d'un régime législatif à caractère sectoriel, des éléments de compréhension de nature contextuelle qui permettront au cadre législatif de venir compléter les us et coutumes habituellement respectées par les acteurs au sein d'un domaine d'activité.

La spécialisation des fonctions exige que le tribunal supérieur tienne compte, certes, du caractère légalement approprié de la décision rendue par le décideur administratif, mais exige également que ledit tribunal reconnaisse que le même décideur dispose de pouvoirs qui lui ont été conférés non pas nécessairement pour se substituer à l'appareil judiciaire, mais plutôt pour participer à la matérialisation de la volonté politique exprimée par le législateur. L'analyse d'un régime législatif à caractère sectoriel doit être envisagé et abordé selon les règles usuelles d'interprétation statutaire, mais elle doit aussi être effectuée en tenant compte du contexte pratique, c'est-à-dire la réalité particulière et quotidienne qui est celle du domaine d'activité que vient régir le cadre législatif soumis à l'analyse¹²⁵. Le professeur MacLauchlan exprime l'idée de la façon suivante :

It has to be appreciated that statutory interpretation is an exercise in administrative government, that the interpreter is involved in a much more complex process than the simple divining of the intent of the legislature. Statutory interpretation is a process requiring fidelity to the text, familiarity with the context, both historical and contemporary, and a purposeful sense of how to get the job done. Judicial review, whether for error of law or for jurisdictional error, must be an open search for the best interpreter, with normal presumptions favouring the administrative decision-maker¹²⁶.

Par conséquent, il faut retenir que la spécialisation des fonctions témoigne du fait que le législateur a jugé utile, pour des motifs d'opportunité sociale, politique et économique, de conférer une compétence spécialisée à un décideur administratif au regard de l'administration et de la surveillance d'un régime législatif à caractère sectoriel.

De manière correspondante et parallèle à cette prise de conscience du caractère prépondérant de la volonté exprimée par le législateur, s'est opérée au sein des tribunaux supérieurs une modification progressive de la conception entretenue par ces derniers de leur rôle en matière de contrôle de la légalité des décisions des tribunaux administratifs. Alors que les

can. 281, 290-291 ; N. LYON, « Reforming Administrative Law », (1989) 2 *C.J.A.L.P.* 315, 330-331 ; J. WILLIS, « Three Approaches to Canadian Administrative Law : The Judicial, the Conceptual and the Functional », (1935) *U.T.L.J.* 53, 60-61.

125. *Ibid.* ; J.A. CORRY, « Administrative Law and the Interpretation of Statutes », (1935) 1 *U.T.L.J.* 286, 290-291.

126. H.W. MACLAUCHLAN, *loc. cit.*, note 95, 386.

pouvoirs législatifs et exécutifs interviennent de plus en plus pour participer à l'organisation et à la réglementation de nouvelles sphères d'activité de la société, le pouvoir judiciaire défère au choix du législateur et reconnaît que l'interprétation et l'examen d'un régime législatif à caractère sectoriel doivent s'effectuer en tenant compte du contexte particulier¹²⁷. En effet, cet exercice d'exégèse peut conduire à des interprétations tout aussi satisfaisantes les unes que les autres¹²⁸, en conséquence de quoi le pouvoir de déterminer les droits et obligations de parties, de circonscrire la compétence d'un décideur administratif, bref, celui de *dire le droit*, doit être partagé avec des organes décisionnels qui ont pour mission première de participer à la réalisation de la volonté du législateur¹²⁹.

À cet effet, l'objectif du législateur, lorsqu'il décide d'investir un secteur d'activité de la société, est de réglementer ledit secteur, en imprimant une certaine direction à la dynamique des rapports de force qui unissent les acteurs à l'œuvre au sein du secteur d'activité. Pour permettre cette harmonisation entre les objectifs du législateur et les contraintes inhérentes à un domaine d'activité donné, il est essentiel que le décideur administratif chargé de l'administration d'un cadre législatif à caractère sectoriel soit en mesure de témoigner d'une disposition d'esprit qui sera de nature à lui permettre de tenir compte des enjeux et des intérêts propres à ce même secteur d'activité :

A tribunal member will have a conception of the role of the tribunal as an institution within the social order, of its mandate to pursue certain social goals and more immediate policy objectives, of the procedures its members regard as acceptable, and of the expressed viewpoints of its clientele. In the case of legally trained tribunal members, that conception will be guided by the immediately relevant statutory provisions governing the operation of the tribunal and the benefits or burdens they allocate. As well, a legally trained member will incorporate within that conception of the *raison d'être* of the tribunal, and his or her role within it, more general legal norms internalized through professional training, including evidentiary norms of relevance, the duty to afford a fair hearing and a broad structural approach to reading an empowering statute. A tribunal member's working conception is particular to the operation of one tribunal within one area

127. G.W. ADAMS, *loc. cit.*, note 124, 395 ; H.W. ARTHURS, *loc. cit.*, note 52, 289-290 ; M.A. CHAPLIN, *loc. cit.*, note 92, 346 ; D. DYZENHAUS, *loc. cit.*, note 124, 500-501 ; D. DYZENHAUS, *loc. cit.*, note 52, 303-305 ; P. GARANT et S. NORMAND, *loc. cit.*, note 124, 18-19 ; B. LANGILLE, *loc. cit.*, note 124, p. 206-207 ; D.K. LOVETT, *loc. cit.*, note 124, 205-206 ; R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 124, 492 et 496-502 ; H.W. MACLAUCHLAN, « Approaches to Interpretation in Administrative Law », *loc. cit.*, note 124, 313-315 ; H.W. MACLAUCHLAN, « Transforming Administrative Law : The Didactic Role of the Supreme Court of Canada », *loc. cit.*, note 124, 290-291 ; N. LYON, *loc. cit.*, note 124, 330-331 ; J. WILLIS, *loc. cit.*, note 124, 60-61.

128. *Ibid.*

129. *Ibid.*

of benefit or burden allocation, with little or no regard to the wider concerns of other departments of the law. This is a working conception which incorporates an understanding of, and sensitivity to, the practical operation of the law in a closely defined sub-speciality of a department of law.

Such a working conception incorporates non-legal norms of an organizational, economic and political nature¹³⁰.

Le processus d'incorporation de principes, de règles et de normes qui n'ont pas, à proprement parler, de caractère légal ou juridique, dans le contexte d'une démarche interprétative, constitue un des éléments fondamentaux qui permet de différencier le décideur administratif du juge de révision. À cet égard, une dimension de l'expertise du décideur administratif réside dans sa faculté de pouvoir formuler une interprétation des dispositions d'une loi à caractère sectoriel, qui tienne compte du contexte dans lequel elle s'inscrit. À la différence du décideur administratif, le juge de révision ne peut s'autoriser, en raison de la position institutionnelle qu'il occupe et de son rôle de gardien de la légalité de l'action administrative, à procéder à une interprétation d'une loi en faisant appel à des notions qui n'ont pas de correspondance en droit ou à des considérations extérieures au cadre strictement légal d'un litige donné :

The legal and non-legal norms comprising the tribunal member's working conception are clearly very different from those comprising a judge's working conception of law as integrity. The judge's working conception is comprised of legal principles fanning across all departments of the law, although one or a limited number of areas may loom large in the context of each hard case. By contrast, the member of a labour tribunal is likely to perceive herself as having a more limited and more complex task of trying to make labour laws, including the informal norms governing their implementation in particular labour contexts, the best they can be¹³¹.

Un aspect caractéristique de l'apport du décideur administratif au processus d'interprétation d'une loi de nature sectorielle est justement de pouvoir tenir compte des intérêts des acteurs en présence, des enjeux particuliers au domaine d'activité réglementé, des pratiques généralement suivies et respectées, de manière à s'assurer que le régime législatif nouvellement élaboré puisse trouver une certaine légitimité auprès des membres de l'industrie ou du secteur visé. Comme le dit le professeur MacLauchlan, au sujet du rôle occupé par les conseils des relations de travail et les arbitres de griefs en matière d'interprétation des dispositions relatives à l'exclusion

130. M. ALLARS, « On Deference to Tribunals, with Deference to Dworkin », (1994) 20 *Queen's L.J.* 163, 206-207.

131. *Id.*, 208.

de l'unité de négociation des personnes disposant d'un pouvoir de gestion au sein d'une compagnie :

The resulting interpretive process is an outstanding example of administrative decision-making which respects the text, which moves from the text to the context in an articulate and fully informed fashion, and which enunciate a particular result and a policy in a language and a format which is acceptable to and understood by the relevant community.

The other principal actor in the industrial relations field, the grievance arbitrator, can also be seen to engage in an interpretive process which is field-sensitive, which is responsive to the interests and the experiences of the parties, and which acknowledges textual contingency and attempts to deal with it through a purposive approach¹³².

Par conséquent, le facteur de la « sensibilité au contexte », (*field-sensitivity*) constitue un élément dont le tribunal supérieur doit tenir compte lorsqu'il est appelé à déterminer du degré d'expertise d'un décideur administratif donné.

2.6 L'expertise institutionnelle de l'organisme au sein duquel le décideur administratif exerce ses fonctions

Un dernier facteur dont le tribunal de révision peut tenir compte lorsqu'il doit procéder à la détermination du degré d'expertise du décideur administratif est celui de l'expertise institutionnelle du tribunal. La notion d'expertise institutionnelle comporte deux dimensions. La première renvoie à la notion de spécialisation des fonctions du décideur administratif. La seconde témoigne du fait qu'un organisme décisionnel, qui agit et prend des décisions sur un mode collégial, est fort probablement plus en mesure qu'un juge unique, siégeant seul en révision, de procéder à un examen complet et approprié des enjeux relatifs à un litige donné¹³³.

De manière traditionnelle, l'examen et la détermination du degré d'expertise d'une personne procèdent selon une base différente autre qu'une base individuelle. Par exemple, dans une poursuite en responsabilité civile délictuelle, il sera normalement exigé de la personne appelée à témoigner à titre d'expert qu'elle puisse démontrer à la satisfaction du tribunal qu'elle dispose de certains attributs ou qualités qui permettent de la distinguer du témoin ordinaire. Toutefois, au regard de l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle, une cour de justice procédera d'abord à l'examen des divers critères que sont l'objet de la loi, la présence d'une

132. H.W. MacLAUCHLAN, *loc. cit.*, note 95, 358.

133. R.E. HAWKINS, « Reputational Review I: Expertise, Bias and Delay », (1998) 21 *Dalhousie L.J.* 5, 120-125.

clause privative ou d'un droit d'appel de même que le critère de la nature du problème soumis, pour en arriver à une conclusion au regard du degré de spécialisation des fonctions du décideur administratif. Une fois établi que le décideur administratif dispose d'une spécialisation de ses fonctions, la Cour fera bénéficier le même décideur d'une présomption d'expertise au regard de l'examen de certains problèmes :

In ordinary parlance expertise attaches to the person. Well known to the law is the "expert witness", an individual who by training, specialized knowledge and qualification is deemed competent to give opinion evidence so as to assist the trier of fact, whether judge or jury, in the assessment of the evidence before them. The qualifications of an expert witness are subject to proof, and where challenged, it is for the judge to determine whether the witness is qualified to give expert testimony. Mere membership in the 'guild' of those considered in general to possess expertise eg physicians, engineers, historians, etc., does not *per se* qualify one as an expert witness, for the law does not recognize expertise on a corporate or class basis for the purpose of giving testimony at trial.

By way of contrast, expertise in the standard of review jurisprudence has traditionally been tested on an institutional basis : what is the relative expertise as between tribunal and court to make the determination which is the subject of review. Although the specialized knowledge, expertise, experience, training and formation of those who comprise the tribunal are critical elements in determining the relative expertise of the tribunal itself, traditionally courts have not required proof that the individuals comprising the tribunal actually possess the expertise asserted. In that sense expertise is determined in a notional rather than an actual sense¹³⁴.

L'expertise institutionnelle du décideur administratif, ou de l'organe décisionnel administratif, constitue l'expression de la spécialisation des fonctions de cet organe. Autrement dit, l'expertise de ce dernier, considérée à un niveau global, ne constitue pas autre chose que la spécialisation de ses fonctions. Les attributs de cette spécialisation, à savoir la spécificité juridictionnelle et l'exclusivité juridictionnelle, sont rattachés à l'institution et non à la personne. De manière analogique, l'expertise du décideur administratif, c'est-à-dire l'aptitude ou l'habilité à trancher convenablement un problème donné, constitue une qualité inhérente à sa personne, considérée individuellement. Donc, si la spécialisation des fonctions a pour objet de décrire la nature et l'étendue de la juridiction du décideur administratif, l'expertise de ce dernier renvoie à une caractéristique intrinsèque de sa personne, à savoir son talent ou ses habilités particulières.

Au niveau institutionnel, l'expertise du décideur administratif constitue alors un attribut lié à l'institution où il exerce ses fonctions. L'expertise

134. L. JACOBS et T. KUTTNER, *The Expert Tribunal*, Ottawa, Institut canadien d'administration de la justice, 2003, p. 11, [En ligne], [www.ciaj-icaj.ca/francais/tribunauxadministratifs/papiersarticles/theexperttribunalpaper.pdf] (24 mars 2006).

institutionnelle, à savoir le fait pour un décideur administratif donné de disposer d'une spécificité juridictionnelle et d'une exclusivité juridictionnelle au regard de l'administration d'un régime législatif à caractère sectoriel, peut constituer un indice qui permette au tribunal supérieur de conclure que ce décideur dispose d'un réel degré d'expertise au regard de la question qu'il doit examiner¹³⁵. La démarche retenue par la Cour suprême est, comme nous l'avons exposé plus haut, de faire bénéficier le décideur administratif d'une présomption d'expertise, au niveau personnel, lorsqu'est établie la spécialisation de ses fonctions, ou son expertise au niveau institutionnel. Cependant, l'expertise institutionnelle ou la spécialisation des fonctions n'équivaut pas à l'expertise individuelle ou personnelle du décideur administratif. Il s'agit d'attributs autonomes et distincts. Néanmoins, le facteur de l'expertise institutionnelle demeure un élément qui peut témoigner, lorsque les autres facteurs constitutifs de l'expertise personnelle sont présents, du réel degré d'expertise du décideur administratif.

Dans sa seconde dimension, l'expertise institutionnelle témoigne du fait qu'une instance décisionnelle qui opère suivant le principe de la collégialité est certainement en meilleure position et mieux outillée, lorsque les membres qui composent l'instance décisionnelle disposent par ailleurs des autres attributs constitutifs de l'expertise personnelle, qu'un juge qui siège seul en révision, pour trancher convenablement une question donnée. La juge Arbour disait ceci à propos de l'avantage dont disposait le Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick par rapport à un juge siégeant seul en son tribunal pour trancher une question en matière de déontologie judiciaire :

Le Conseil de la magistrature de cette province est formé d'au moins sept juges, dont deux au moins sont de la Cour d'appel. Il n'est pas exagéré de dire qu'en l'espèce, le Conseil est un tribunal disposant d'un éventail riche et large de connaissances judiciaires. Le Conseil est éminemment qualifié pour rendre une décision collégiale au sujet de la conduite d'un juge, notamment dans les cas où des questions de crainte de partialité et d'indépendance judiciaires se posent. Rien ne

135. *Starson c. Swayze*, précité, note 12, 764; *Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, précité, note 6, 670; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, précité, note 14, 774-775; *Procureur général du Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada* (n° 2), précité, note 4, 952; *Fraternité des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité, note 5, 343-344; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, note 18, 416-417; H.W. ARTHURS, *loc. cit.*, note 66, 39; P. GARANT, «L'introuvable notion de «juridiction»: les derniers efforts de clarification du juge Beetz», (1989) 2 C.J.A.L.P. 337, 339; P. GARANT, *op. cit.*, note 36, p. 120-121; P.W. HOGG, *loc. cit.*, note 66, 214; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 32, p. 371-378; H.W. MACLAUCHLAN, «Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the Supreme Court of Canada», *loc. cit.*, note 124, 285; Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 32, p. 91-95.

permet de prétendre qu'un juge siégeant seul en révision judiciaire d'une décision du Conseil jouirait d'un avantage sur le plan juridique ou judiciaire¹³⁶.

Plus loin, la juge Arbour ajoute, au sujet de la composition du Conseil :

Il est évident que, dans la plupart des cas, il faut posséder une vaste formation juridique pour être membre de ce tribunal. Il faut tenir pour acquis que le Conseil est au moins aussi qualifié, et probablement plus qualifié vu sa composition collégiale, qu'un juge de la Cour du Banc de la Reine siégeant seul pour tirer des conclusions relatives à des questions d'indépendance judiciaire, d'inamovibilité et de crainte de partialité¹³⁷.

Par conséquent, l'instance décisionnelle qui agit selon un mode collégial sera considérée comme disposant, au niveau institutionnel, d'un degré d'expertise plus important qu'un tribunal supérieur, en raison du fait que l'on considère que plus le nombre de personnes devant examiner un problème est important, plus les chances augmentent que ce problème soit résolu de façon satisfaisante et appropriée.

Conclusion

Le contrôle de la légalité de l'action gouvernementale a pour fondement le principe de la primauté du droit et pour objet de s'assurer que toute autorité administrative légalement habilitée à prendre une décision, que ce soit en vertu d'une loi ou d'une prérogative, n'outrepasse pas cette juridiction qui a été limitativement circonscrite. D'abord annoncée en 1979¹³⁸ sous la plume du juge Dickson, la politique de déférence judiciaire élaborée par la Cour suprême se trouve finalement consacrée en 1988 lorsqu'elle propose, dans l'arrêt *Bibeault*¹³⁹, la grille d'analyse de la légalité des décisions rendues dans le contexte d'une fonction juridictionnelle par un décideur administratif connue sous le nom d'«approche pragmatique et fonctionnelle». Aujourd'hui, la méthode pragmatique et fonctionnelle a vu son application étendue au contrôle de la légalité d'une décision rendue dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire¹⁴⁰. Par conséquent, elle demeure l'instrument que doit utiliser le tribunal supérieur qui procède à l'examen

136. *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, précité, note 10, 280.

137. *Id.*, 281.

138. *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, note 1.

139. *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, précité, note 5.

140. *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 854-855; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 235-238.

de la légalité de toute décision de fond à portée individuelle rendue par un décideur administratif¹⁴¹.

À cet égard, l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle exige la prise en considération de quatre facteurs : 1) la nature du problème que le décideur doit trancher ; 2) l'objet de la loi en général et de la disposition en particulier ; 3) la présence ou l'absence d'une clause privative et l'existence d'un droit d'appel ; et 4) le degré d'expertise relative du décideur administratif. À ce sujet, l'examen du discours formulé par la Cour suprême et celui de la démarche analytique retenue par cette dernière dans le cas de l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle nous amènent à formuler un certain nombre de commentaires. L'application de cette méthode requiert l'examen successif de quatre critères autonomes, pour déterminer s'il était de l'intention du législateur que les conclusions du décideur administratif au regard d'une question donnée aient préséance sur celles que pourrait formuler un tribunal supérieur qui aurait à examiner la même question. Autrement dit, chacun des critères mis en évidence et retenus par la Cour suprême doit permettre au tribunal supérieur, qui doit les examiner de façon cumulative, de se former une opinion afin de déterminer s'il devra faire preuve de déférence envers la décision du décideur administratif.

À plusieurs reprises, la Cour suprême énonce que le degré de déférence judiciaire de mise à l'endroit des conclusions d'un décideur administratif donné demeure tributaire du degré, selon l'expression consacrée, de *spécialisation de ses fonctions*¹⁴². En d'autres circonstances, la Cour suprême précise que le critère du degré d'expertise du décideur administratif reste le facteur le plus important en vue de déterminer s'il y a lieu ou non, et dans quelle mesure, de faire preuve de retenue à l'endroit de ses conclusions. Sans définir de manière exhaustive, systématique et cohérente les notions de spécialisation et d'expertise, la Cour suprême laisse entendre en certaines occasions que la spécialisation des fonctions constitue le produit de la conjugaison des facteurs de l'expertise du décideur, de l'objet de la loi

141. D.J. MULLAN, *op.cit.*, note 7, p. 108 ; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 238 ; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 7, 26 ; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, précité, note 7, 314 ; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 5, 854-855.

142. *Zenner c. Prince Edward Island College of Optometrists*, précité, note 118, par. 21 ; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, note 5, 261 ; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of brokers)*, précité, note 6, 591 ; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, précité, note 19, 338 ; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, précité, note 28, 1746.

à l'examen ainsi que de la présence ou de l'absence d'une clause privative et de l'existence d'un droit d'appel. En d'autres occasions, la Cour suprême établit plutôt une adéquation entre les notions de spécialisation des fonctions et d'expertise relative, adéquation qui résulte de la confusion au sein d'un seul et unique ensemble conceptuel de la notion de spécialisation des fonctions et de celle de l'expertise.

Cette confusion pose problème à plusieurs niveaux. D'abord à un niveau conceptuel, la notion de spécialisation et celle d'expertise renvoient à des concepts qui, bien qu'ils soient parallèles, n'en demeurent pas moins autonomes et indépendants. Au niveau matériel, la notion de spécialisation vient désigner le caractère spécifique et le caractère exclusif de la compétence d'attribution qui a été conférée à l'institution du décideur administratif. L'expertise, quant à elle, permet plutôt de décrire l'aptitude ou l'habileté technique à résoudre convenablement un problème donné qui est caractéristique de la personne du décideur administratif, considéré individuellement. Enfin, au regard de la politique judiciaire qu'a établie la Cour suprême concernant la détermination du degré de déférence dont il faut faire preuve à l'endroit des conclusions rendues par un décideur par suite de la prise d'une décision de fond à portée individuelle, il faut se demander si l'intention du législateur est de consacrer la préséance des conclusions rendues par le décideur spécialisé, par opposition à celles qui l'ont été par un décideur expert, ou si le législateur exige plutôt des tribunaux supérieurs qu'ils s'en remettent aux conclusions rendues par un décideur à la fois expert et spécialisé.

À notre avis, le législateur tient à ce que la retenue que doivent appliquer les tribunaux supérieurs soit dirigée à l'endroit de la volonté qu'il a exprimée, soit de confier en exclusivité à un organisme décisionnel, disposant d'une juridiction spécifique, l'administration de la totalité ou d'une partie de sa loi habilitante. Dans une société fortement industrialisée caractérisée par un accroissement, en nature et en intensité, des rapports qu'entretiennent les individus entre eux, il va de soi que l'État cherche à investir certains domaines d'activité de manière à procéder à une juste et saine régulation des nouveaux rapports qui unissent les acteurs au sein d'un domaine d'activité particulier. Le pouvoir judiciaire doit prendre acte de cette expression d'intention et apprendre à composer avec l'existence de l'État administratif, qui, à travers la promulgation de lois à caractère sectoriel, n'est qu'une émanation de la souveraineté parlementaire. Par ailleurs, le législateur ne peut avoir eu l'intention que l'administration, la surveillance et la gestion de la totalité ou d'une partie d'un régime législatif à caractère sectoriel soient conférées en exclusivité à un décideur

administratif qui, d'un point de vue matériel, ne disposerait pas d'un degré d'expertise certain au regard des questions soumises à son examen.

De manière correspondante, il serait illogique, voir carrément absurde, que le pouvoir judiciaire exprime de la déférence, et donc abdique une partie de ses responsabilités et des attributs qui lui échoient en vertu de la Constitution, à l'endroit des conclusions que pourrait formuler une institution dont les titulaires ne disposent pas d'un degré d'expertise avéré qui serait supérieur au sien à l'endroit de la matière faisant l'objet de sa juridiction. Traditionnellement, le pouvoir de trancher des questions de droit a toujours été réservé aux tribunaux supérieurs qui, en vertu du principe de la *rule of law*, se sont vus imposer la responsabilité, de façon particulière, de contrôler la légalité de l'action administrative, ainsi que celle de voir, plus généralement, à l'interprétation des lois et à la détermination du contenu et du sens à donner aux règles de droit¹⁴³. À ce titre, l'administration des lois, et du droit en général, relève encore aujourd'hui de la prérogative quasi exclusive des tribunaux judiciaires¹⁴⁴. C'est au pouvoir judiciaire que revient la tâche de déterminer le sens et la portée des lois et de maintenir une certaine cohérence au sein de l'architecture juridique composée des lois, du droit jurisprudentiel et du droit non écrit¹⁴⁵. Le principe de la primauté du droit impose l'existence d'un pouvoir judiciaire au sein de la structure institutionnelle étatique qui a pour fonction et responsabilité de voir à la préservation de l'ordre et de la stabilité juridique dans le cas des litiges entre les justiciables¹⁴⁶. S'en remettre aux conclusions retenues par un décideur administratif au regard de l'interprétation de lois équivaldrait à une abdication, par le pouvoir judiciaire, de sa responsabilité première, qui est de maintenir la stabilité et la cohésion au sein de l'ordre juridique¹⁴⁷. À notre avis, le principe de la primauté du droit exige que la responsabilité et la faculté de la détermination du contenu et de la portée des normes juridiques auxquelles doivent se soumettre les citoyens soient attribuées aux titulaires de charge qui peuvent témoigner d'un degré d'expertise suffisant au regard de l'exercice de la compétence d'attribution qui leur a été accordée. La stabilité et la permanence de l'ordre juridique interne n'exigent rien de moins. À cet égard, la Cour suprême aurait intérêt à exiger

143. *Terre-Neuve (Conseil du trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381, 424.

144. *Ibid.*

145. *Id.*, 424-429.

146. *Ibid.*

147. *Ibid.*; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Carswell (feuilles mobiles), p. 1-1 – 1-5; G.A. BEAUDOIN, *Le fédéralisme au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 10-15; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 9-11.

de tout décideur administratif qu'il fasse la preuve d'un niveau suffisant d'habileté technique concernant la matière qui fait l'objet de sa juridiction, et à saisir l'occasion offerte par un litige pour établir une grille d'analyse qui permettrait aux tribunaux supérieurs de départager de façon cohérente et systématique le décideur administratif expert de celui qui ne l'est pas.