

Les controverses jurisprudentielles administratives et la persistance de l'arrêt *Domtar* : quelle suite ?

Marc-Alexandre Croteau-Thomassin

Volume 53, Number 2, 2024

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1114912ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1114912ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Croteau-Thomassin, M.-A. (2024). Les controverses jurisprudentielles administratives et la persistance de l'arrêt *Domtar* : quelle suite ? *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 53(2), 215–258.
<https://doi.org/10.7202/1114912ar>

Article abstract

Thirty years after the Supreme Court of Canada's decision in Domtar, the principles established by the Court in that ruling as regards jurisprudential controversies within the Administration have withstood multiple reforms of judicial review, including the one operated in the Vavilov decision. Using the example of decisions rendered following access to information requests, the author suggests that the normative framework applicable to these controversies presents certain shortcomings. However, rather than calling into question the implications of the ruling in Domtar, he proposes to continue in the direction set by the decision, that is recognizing the decision-making autonomy of the Administration.

Les controverses jurisprudentielles administratives et la persistance de l'arrêt *Domtar*: quelle suite?

par Marc-Alexandre CROTEAU-THOMASSIN*

Trente ans après l'arrêt Domtar, les principes qui y ont été établis par la Cour suprême du Canada en matière de controverses jurisprudentielles au sein de l'Administration ont survécu aux diverses réformes du contrôle judiciaire, dont celle opérée par l'arrêt Vavilov. En utilisant l'exemple de décisions rendues à la suite de demandes d'accès à l'information, l'auteur suggère que le cadre normatif applicable à ces controverses présente certaines lacunes. Néanmoins, plutôt que de revenir sur les enseignements de l'arrêt Domtar, il propose de poursuivre sur la voie tracée par cet arrêt, à savoir la reconnaissance de l'autonomie décisionnelle de l'Administration.

Thirty years after the Supreme Court of Canada's decision in Domtar, the principles established by the Court in that ruling as regards jurisprudential controversies within the Administration have withstood multiple reforms of judicial review, including the one operated in the Vavilov decision. Using the example of decisions rendered following access to information requests, the author suggests that the normative framework applicable to these controversies presents certain shortcomings. However, rather than calling into question the implications of the ruling in Domtar, he proposes to continue in the direction set by the decision, that is recognizing the decision-making autonomy of the Administration.

* LL. M. (Université Laval) et candidat au doctorat à l'Université de Sherbrooke. Les propos contenus dans ce texte sont personnels à l'auteur et n'engagent pas son employeur. L'auteur remercie la professeure Geneviève Cartier pour ses précieux conseils et ses judicieux commentaires sur une version antérieure de ce texte.

Treinta años después del caso Domtar, los principios plasmados en este por la Corte Suprema de Canadá en materia de controversias jurisprudenciales en el seno de la Administración han sobrevivido a las diversas reformas del control judicial, incluida la efectuada en la decisión Vavilov. Poniendo como ejemplo las decisiones tomadas tras las solicitudes de acceso a la información, el autor da a entender que el marco normativo aplicable a estas controversias presenta ciertas deficiencias. Sin embargo, en lugar de volver a abordar las lecciones sacadas de la sentencia Domtar, se propone seguir el camino trazado por esta sentencia, es decir, el reconocimiento de la autonomía de decisión de la Administración.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.....	219
I. Le traitement des controverses jurisprudentielles de l'Administration par la Cour suprême du Canada	222
II. L'exemple de l'accès aux documents des organismes publics	232
A) Le traitement des demandes	234
B) Les décisions	236
III. Les failles du cadre normatif actuel	240
IV. Analyse critique : la déjudiciarisation de la primauté du droit	247
Conclusion	257

Introduction

Le texte qui suit étaye l'hypothèse selon laquelle le cadre normatif actuel en matière de controverses jurisprudentielles au sein de l'Administration demeure lacunaire aux yeux de la primauté du droit, et ce, malgré les nombreux changements aux règles du contrôle judiciaire opérés à l'occasion de l'arrêt *Vavilov*¹.

Le milieu juridique et la doctrine ont annoncé, présenté et, dans une large mesure, reconnu l'arrêt *Vavilov* comme un moment charnière pour le droit administratif². La majorité de la Cour suprême l'indique d'emblée : cet arrêt trace une « nouvelle voie à suivre pour déterminer la norme de contrôle applicable » et donne « des indications additionnelles aux cours de révision qui procèdent au contrôle selon la norme de la décision raisonnable³ ».

Plusieurs notions jadis importantes ont alors été abandonnées, parmi lesquelles le rôle de l'expertise dans la détermination de la norme de contrôle⁴, l'analyse contextuelle⁵, l'application de la norme de la décision raisonnable à un appel⁶ et l'influence des clauses privatives sur la détermination des normes de contrôle⁷.

Néanmoins, dans ce que les juges Abella et Karakatsanis qualifient de « décision de modifier tout le “fondement conceptuel” du contrôle judiciaire⁸ », certains éléments sont restés intouchés. Parmi ces éléments, on peut penser à la définition des cas où des motifs sont exigés du décideur administratif⁹ ou

¹ *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (ci-après « *Vavilov* »).

² À titre d'exemple : Louis GUIBAULT, « *Vavilov*, Reasonableness Review and Logic », (2022) 35 *C.J.A.L.P.* 287, 288; Paul DALY, « Unresolved Issues after *Vavilov* », (2022) 85 *Sask.L.Rev.* 89.

³ *Vavilov*, préc., note 1, par. 2.

⁴ *Id.*, par. 31.

⁵ *Id.*, par. 47.

⁶ *Id.*, par. 37.

⁷ *Id.*, par. 49.

⁸ *Id.*, par. 264.

⁹ *Id.*, par. 76-81.

aux principes établis dans l'arrêt *Doré*¹⁰ en ce qui concerne les cas où il est allégué qu'une décision administrative restreint de façon injustifiable les droits consacrés par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹.

C'est également le cas en matière de controverses jurisprudentielles au sein de l'Administration. À ce sujet, la majorité des juges de la Cour suprême du Canada cite avec approbation les motifs de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Domtar*¹² selon lesquels « l'absence d'unanimité [parmi les membres d'un tribunal administratif] est [...] le prix à payer pour la liberté et l'indépendance décisionnelle accordées aux membres de ces mêmes tribunaux¹³ ».

En réaffirmant cette position, la Cour suprême renouvelle également le compromis que proposait l'arrêt *Domtar* aux dépens du principe de l'égalité devant le droit¹⁴. Par « égalité devant le droit », nous référons ici à cette idée selon laquelle la primauté du droit prémunit contre un traitement arbitraire et, ce faisant, crée l'attente chez les justiciables d'être traités par le droit au même titre que son prochain¹⁵. En somme, suivant ce principe, le droit se devrait d'être prévisible pour les individus qui y sont soumis, évitant ainsi

¹⁰ *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12.

¹¹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]. Voir : *Vavilov*, préc., note 1, par. 57.

¹² *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756 (ci-après « *Domtar* »).

¹³ *Vavilov*, préc., note 1, par. 72 et 129, citant *id.*, 800.

¹⁴ Dans les milieux francophones, l'expression « égalité devant la loi » est fréquemment utilisée pour désigner cette idée. Or, cette expression paraît incomplète : contrairement au mot « loi », le mot « law », en anglais, désigne tout le droit, et non seulement le droit statutaire. Afin d'éviter cet écueil, l'expression « égalité devant le droit » sera utilisée pour les fins du présent article.

¹⁵ T. R. S. ALLAN, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 14-20; Tom BINGHAM, *The Rule of Law*, Londres, Allen Lane, 2010, p. 55-59; Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd., Londres, Macmillan, 1915, p. 120; Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, éd. rév., New Haven, Yale University Press, 1969, p. 209 et 210; Mark D. WALTERS, *A.V. Dicey and the Common Law Constitutional Tradition: A Legal Turn of Mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 158 et 159.

que, dans les mêmes circonstances, le droit varie en fonction du décideur ou de considérations non pertinentes.

Or nous proposerons ici que le compromis issu de l'arrêt *Domtar*, resté virtuellement inchangé après l'arrêt *Vavilov*, arrive à court des promesses de la primauté du droit envers les administrés. Pour ce faire, nous exposerons dans un premier temps l'historique du traitement des controverses jurisprudentielles administratives par la Cour suprême. Au fil de cette première partie, nous tâcherons incidemment de démontrer la persistance impressionnante du compromis proposé dans l'arrêt *Domtar*, et ce, malgré le malaise que suscite, dans le discours de la Cour suprême, l'existence de controverses jurisprudentielles au sein de l'Administration.

Dans un deuxième temps, nous procéderons à l'étude d'un cas d'espèce constitué de six décisions rendues à la suite de demandes d'accès à l'information formulées en vertu de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹⁶. Nous porterons alors une attention particulière aux incohérences qui existent entre ces décisions rendues de mars à août 2021¹⁷, soit un peu plus d'un an après l'arrêt *Vavilov*.

Dans un troisième temps, nous tenterons de déterminer les faiblesses du cadre normatif actuel qui permettent de telles incohérences.

Enfin, fort des constats des premières parties, nous effectuerons une analyse critique du droit applicable en matière de controverses jurisprudentielles administratives, abordé sous l'angle de la primauté du droit. Nous proposerons alors qu'une meilleure prise en charge des controverses jurisprudentielles au sein de l'Administration ne requière pas nécessairement de revenir sur les fondements de l'arrêt *Domtar*, mais plutôt, dans une certaine mesure, de pousser plus loin la logique sur laquelle s'appuyait cet arrêt.

¹⁶ RLRQ, c. A-2.1 (ci-après «*Loi sur l'accès*» ou «*LAI*»).

¹⁷ Sauf mention à l'effet contraire, les références à la *Loi sur l'accès* dans le présent texte sont des références à cette loi telle qu'elle se lisait durant cette période.

I. Le traitement des controverses jurisprudentielles de l'Administration par la Cour suprême du Canada

Nous proposons d'amorcer l'étude du cheminement de la Cour suprême du Canada en matière de controverses jurisprudentielles administratives en 1979, soit au moment de l'arrêt *SCFP*. Appelée à se prononcer sur une décision de la Commission des relations de travail dans les services publics du Nouveau-Brunswick, la Cour a adopté à cette occasion une conception large à la fois de l'expertise administrative¹⁸ et de la compétence administrative¹⁹. Du même coup, elle reconnaissait à l'Administration la responsabilité d'interpréter le droit et de l'appliquer dans certains domaines qui lui sont confiés par le législateur et où elle jouit d'une expertise²⁰. En conséquence, les cours de justice perdaient, dans ces domaines, tant le monopole que le dernier mot en matière d'interprétation du droit. Dans l'exercice de sa compétence, l'Administration pouvait dès lors en arriver à une conclusion de droit qui était erronée aux yeux des cours de justice, pour autant que cette conclusion était raisonnable²¹.

La décision de limiter l'intervention des cours supérieures aux cas où une interprétation de l'Administration est déraisonnable avait notamment pour conséquence de permettre à l'Administration d'interpréter le droit de façon raisonnable, mais inconstante, sans que l'une ou l'autre de ses interprétations soit sujette à censure judiciaire. Une telle éventualité étant apparemment inconciliable avec l'égalité devant le droit²², un certain malaise se manifesterait éventuellement dans la jurisprudence de la Cour suprême.

¹⁸ *S.C.F.P. c. Société des Alcools du N.-B.*, [1979] 2 R.C.S. 227, 235 et 236 (ci-après «*SCFP*»).

¹⁹ *Id.*, 233 et 234.

²⁰ *Id.*, 237.

²¹ *Id.*

²² À propos de l'interaction entre cohérence et déférence dans ce contexte, voir notamment : Suzanne COMTOIS, « Le contrôle de la cohérence décisionnelle au sein des tribunaux administratifs », (1990) 21-1 *RDUS* 77, 81; David DYZENHAUS, « CUPE's Spirit? Case Comment: Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles) », (1994) 15 *Admin. L.R.* 73; Iryna PONOMARENKO, « The More the Merrier?: Revisiting Interpretative Pluralism in Canadian Administrative Law », (2018) 31 *C.J.A.L.P.* 253.

Les premières manifestations de ce malaise sont toutefois relativement timides. Par exemple, l'arrêt *Bibeault*²³, rendu en 1988, illustre la réticence d'origine à accepter que l'absence d'égalité devant le droit ne soit pas sanctionnée par les tribunaux. La Cour suprême était alors invitée à se prononcer sur une demande de bref d'évocation à l'encontre d'une décision d'un commissaire du travail. Le juge Beetz, écrivant les motifs unanimes de la Cour, insiste sur la controverse dont fait l'objet la question dont était saisi le commissaire²⁴.

Or, surprenamment, l'arrêt *Bibeault* ne traite pas, à proprement parler, du contrôle judiciaire des controverses jurisprudentielles au sein de l'Administration. Le juge Beetz entame plutôt sa réflexion par une critique de la notion de «condition préalable²⁵» et il propose de remplacer cette notion par l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Procédant ensuite à cette analyse, il en vient à exclure la question en litige de la compétence du commissaire pour deux motifs.

Le premier motif est essentiellement basé sur des arguments de texte similaires à ceux qu'encourageait l'application de la notion de condition préalable. Par l'analyse des dispositions législatives, le juge Beetz conclut que le rôle du commissaire du travail se limite à *constater* l'application de plein droit des dispositions pertinentes; son intervention n'étant pas requise lorsque les parties sont d'accord, sa compétence ne consisterait donc pas à *appliquer* ces dispositions²⁶. Ce premier motif peut paraître étonnant dans la mesure où, sauf exception, un effet de droit est toujours susceptible d'exécution sans l'intervention des tribunaux lorsque les parties sont d'accord. Conséquemment, l'application uniforme de la logique proposée serait susceptible de priver toute instance juridictionnelle d'une grande partie de sa compétence. Qui plus est, cette approche se distingue grandement de la conception de la compétence administrative qui avait été adoptée dans l'arrêt *SCFP*, en ce sens qu'elle a pour effet de restreindre la marge de déférence qu'avait alors aménagée la Cour suprême au bénéfice de l'Administration.

²³ U.E.S., *Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048 (ci-après «*Bibeault*»).

²⁴ *Id.*, 1056, 1059-1065 et 1067.

²⁵ *Id.*, 1087.

²⁶ *Id.*, 1091-1094.

Comme deuxième motif, le juge Beetz conclut que la question en litige ne relève pas de l'expertise du commissaire puisqu'elle fait appel à des notions de droit civil²⁷, optant cette fois pour une conception de l'expertise administrative plus limitée que celle que proposait la Cour suprême dans l'arrêt *SCFP*.

En somme, dans l'arrêt *Bibeault*, le juge Beetz mobilise une conception conservatrice du droit de manière à s'arroger *de facto* la responsabilité de mettre fin à la controverse jurisprudentielle. Ainsi, même si cet arrêt ne fournit aucun enseignement de principe sur le traitement des controverses jurisprudentielles au sein de l'Administration, il s'agit néanmoins d'un cas où, appelée à choisir entre la déférence et l'égalité devant le droit, la Cour suprême priorise clairement cette dernière au risque de revenir sur ses enseignements passés²⁸.

Une priorisation du même ordre se manifeste à nouveau dans l'arrêt *SITBA*²⁹, deux ans plus tard. La Cour suprême devait alors déterminer si la tenue d'une réunion plénière de la Commission des relations de travail de l'Ontario, visant à discuter d'un avant-projet de décision, constituait une violation des règles de justice naturelle. Écrivant pour la majorité, le juge Gonthier énonce à cette occasion que les règles de justice naturelle doivent tenir compte des contraintes institutionnelles auxquelles les tribunaux administratifs sont soumis³⁰.

La Cour se porte donc à la défense de l'égalité devant le droit, mais cette fois à l'aide d'un raisonnement se fondant davantage sur des considérations de principe. En effet, le juge Gonthier propose de soupeser, d'une part, les avantages des réunions plénières et, d'autre part, les inconvénients que comporte la tenue de débats en l'absence des parties, le tout considérant notamment «la nécessité de maintenir un niveau élevé de qualité et de cohérence dans

²⁷ *Id.*, 1097 et 1098.

²⁸ À ce propos, voir : D. DYZENHAUS, préc., note 22; Yves-Marie MORISSETTE, «Rétrospective et prospective sur le contentieux administratif», (2008-09) 39-1-2 *RDUS* 1, 35 et 36; Yves-Marie MORISSETTE, «Appellate Standards of Review Then and Now», (2017) 18-1 *J. App. Prac. & Process* 55, 67 et 68.

²⁹ *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282 (ci-après «*SITBA*»).

³⁰ *Id.*, 323 et 340.

les décisions de la Commission³¹ ». Évaluant les considérations pertinentes à la lumière de ce principe, il en vient à la conclusion que les règles de justice naturelle n'empêchent pas la tenue d'une réunion plénière.

La majorité de la Cour suprême préfère une nouvelle fois l'égalité devant le droit à la déférence dans l'arrêt *Lester (W.W.)*³², rendu la même année. Au terme de son analyse extensive de la législation et des précédents, elle conclut au caractère déraisonnable d'une décision de la Commission des relations de travail de Terre-Neuve, au motif notamment qu'elle s'écarte de sa propre jurisprudence³³. Dissidente, la juge Wilson ne manque pas de souligner qu'il s'agit là encore d'un recul par rapport aux enseignements de l'arrêt *SCFP*³⁴.

La Cour suprême entame cependant un changement de cap en 1992 à l'occasion de l'arrêt *Tremblay c. Québec*³⁵. Il s'agissait alors de déterminer si les principes de justice naturelle permettaient la tenue systématique de réunions plénières lorsque le conseiller juridique de la Commission des affaires sociales était d'avis qu'une décision s'apprêtait à contredire la jurisprudence antérieure de la Commission. Comme dans les précédents dossiers, la Cour suprême, toujours sous la plume du juge Gonthier, reconnaît que l'« objectif de cohérence répond à un besoin de sécurité des justiciables, mais également à un impératif de justice³⁶ ».

Malgré la conclusion à laquelle il en était arrivé dans l'arrêt *SITBA*, le juge Gonthier décide toutefois dans l'arrêt *Tremblay* que le processus appliqué par la Commission contrevient aux exigences de justice naturelle, la situation se distinguant par le caractère systématique de la réunion³⁷. Il appuie son raisonnement sur une hiérarchisation des principes différente de celle proposée

³¹ *Id.*, 324. Voir également : *id.*, 327.

³² *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.

³³ *Id.*, 682-684 et 693.

³⁴ *Id.*, 651 et 655.

³⁵ *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952 (ci-après « *Tremblay* »).

³⁶ *Id.*, 968.

³⁷ *Id.*, 973 et 974.

dans l'arrêt *SITBA* : la justice naturelle ne doit pas s'adapter aux contraintes institutionnelles, ce sont plutôt les structures décisionnelles qui doivent se conformer à la justice naturelle³⁸. Dans un commentaire précurseur à l'arrêt *Domtar*, il précise à l'occasion de l'arrêt *Tremblay* qu'à moins que le législateur n'en décide autrement, le processus d'élaboration d'un courant jurisprudentiel est nécessairement un processus long qui peut comporter un certain nombre de décisions contradictoires³⁹.

Cette atténuation apparente de l'égalité devant le droit se déploie complètement quelques mois plus tard dans le cadre de l'arrêt *Domtar*⁴⁰. La question des controverses jurisprudentielles y est alors abordée de front puisque la Cour doit déterminer si l'existence d'une controverse jurisprudentielle au sein de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles constitue à elle seule un motif d'intervention lors du contrôle judiciaire.

À l'époque, la Cour suprême bénéficie déjà d'une panoplie de contributions pour nourrir sa réflexion, tant en jurisprudence qu'en doctrine. En effet, la question de la cohérence décisionnelle de l'Administration avait été un sujet prisé dans les années précédentes⁴¹. Certains auteurs considèrent alors que l'incohérence décisionnelle de l'Administration doit être contrôlée par des processus administratifs internes et par la législation. Au contraire, d'autres militent en faveur d'un plus grand interventionnisme judiciaire. La Cour d'appel du Québec avait fait sienne cette dernière proposition dans les arrêts *Moalli*⁴² et *Domtar*⁴³.

Tranchant le débat au nom de la Cour suprême dans *Domtar*, la juge L'Heureux-Dubé affirme sans ambages que la sécurité juridique et la cohérence décisionnelle sont des concepts relatifs et que la primauté du droit doit être nuancée afin de tenir compte des valeurs que représentent l'indépendance

³⁸ *Id.*, 968.

³⁹ *Id.*, 974.

⁴⁰ *Domtar*, préc., note 12.

⁴¹ À ce propos, voir notamment la revue proposée par la professeure Comtois dans : S. COMTOIS, préc., note 22, 81-88.

⁴² *Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261 (C.A.).

⁴³ *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1991] R.J.Q. 2438 (C.A.).

et l'autonomie décisionnelle des décideurs administratifs⁴⁴. Elle ajoute plus loin que « l'absence d'unanimité est, de même, le prix à payer pour la liberté et l'indépendance décisionnelle accordées aux membres de ces mêmes tribunaux⁴⁵ ». La Cour suprême confirme ainsi que l'existence d'une controverse sur l'interprétation d'une disposition au sein de l'appareil administratif n'est pas, en soi, un motif de contrôle judiciaire en droit administratif canadien. Ce faisant, elle rétablit une certaine cohérence dans la théorie du contrôle judiciaire : il ne revient pas aux tribunaux d'intervenir sur les déterminations de droit raisonnables faites par l'Administration à l'intérieur de sa compétence ni directement ni sous prétexte d'en assurer la cohérence.

Du même souffle, la juge L'Heureux-Dubé semble suggérer que la reconnaissance du rôle d'interprète de l'Administration occasionne nécessairement une atteinte à la primauté du droit. On en comprend donc qu'on ne pourrait pas avoir à la fois la déférence et l'égalité devant le droit. Cette proposition selon laquelle l'un des aspects centraux de la primauté du droit devrait être sacrifié sur l'autel de la compétence administrative ne fera toutefois pas l'unanimité.

Seulement deux ans après avoir rendu l'arrêt *Domtar*, la juge L'Heureux-Dubé elle-même paraît nuancer ses conclusions dans l'arrêt *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable System (B.C.) Ltd.*⁴⁶ rendu en 1995. Elle y précise que le conflit allégué dans l'arrêt *Domtar* était « relativement mineur » et que ce conflit n'était pas « direct⁴⁷ ». Elle semble envisager que la conclusion aurait été différente dans un cas où le conflit entre les décisions de tribunaux administratifs aurait été plus marqué. Elle précise enfin que le caractère « marqué » d'un conflit ne s'évalue pas en fonction de l'intensité du désaccord, de sa durée ou de sa constance. Plutôt, un conflit est considéré comme important et mérite l'intervention des cours supérieures s'il saute aux yeux parce qu'il ordonne à un administré de faire une chose et son contraire⁴⁸.

⁴⁴ *Domtar*, préc., note 12, 799 et 800.

⁴⁵ *Id.*, 800.

⁴⁶ [1995] 2 R.C.S. 739 (ci-après « *Shaw Cable* »). Voir aussi : I. PONOMARENKO, préc., note 22, 257 et 258.

⁴⁷ *Shaw Cable*, préc., note 46, par. 47.

⁴⁸ *Id.*

Loin d'un désaveu de la conclusion de l'arrêt *Domtar*, il ne s'agissait pas moins d'une première réserve à son égard.

À quelques reprises au cours des années suivantes, différents juges de la Cour suprême ont insisté sur l'importance de la cohérence des décisions administratives tout en évitant de remettre directement en question le principe établi dans *Domtar*⁴⁹. Tel fut notamment le cas de la juge Deschamps à l'occasion de l'arrêt *Dunsmuir*⁵⁰ et du juge Rothstein dans l'affaire *Khosa*, où il écrit :

Le manque de cohérence dans l'application des règles de droit mine l'intégrité de la primauté du droit. Depuis la formulation par Dicey de sa théorie du constitutionnalisme britannique, la quasi-totalité des théories de la primauté du droit exigent que tous les membres d'une collectivité politique soient régis ou guidés par les mêmes lois générales⁵¹.

Les critiques en ce sens se font d'autant plus explicites après la nomination à la Cour suprême de la juge Côté en décembre 2014. Dès 2016, les juges Côté et Brown donnent le ton dans une dissidence à l'occasion de l'arrêt *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*⁵² à laquelle souscrit le juge Moldaver. Dans des motifs qui ne font cependant aucune référence à l'arrêt *Domtar*, les juges Côté et Brown en viennent à une conclusion diamétralement opposée à celle de la juge L'Heureux-Dubé alors qu'ils considèrent que le maintien de la déférence envers l'Administration dans un cas où subsiste un désaccord au sein d'un tribunal administratif «revient à abandonner la primauté du droit au bénéfice d'une déférence aveugle à l'Administration⁵³».

⁴⁹ Voir : *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, 2001 CSC 47, par. 59 et 60; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, par. 28; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, par. 80 (j. Karakatsanis, motifs conc.) (ci-après «*McLean*»).

⁵⁰ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, par. 163 (j. Deschamps, motifs conc.) (ci-après «*Dunsmuir*»).

⁵¹ *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, par. 90 (j. Rothstein, motifs min.) (ci-après «*Khosa*»).

⁵² 2016 CSC 29 (ci-après «*Wilson*»). À ce propos, voir aussi : Y.-M. MORISSETTE, «Appellate Standards of Review Then and Now», préc., note 28, 69.

⁵³ *Wilson*, préc., note 52, par. 79.

Faisant appel au principe de la primauté du droit pour soutenir l'impératif de cohérence⁵⁴, ils écrivent :

Encore plus troublant, une telle situation remet en cause le principe fondamental de notre système juridique suivant lequel il y a « une seule loi pour tous » [référence omise], étant donné que, concrètement, le sens de la loi dépend du décideur appelé à trancher le différend. Il va sans dire que le principe de la primauté du droit, sur lequel notre Constitution est expressément fondée, exige que l'on applique une norme plus universelle⁵⁵.

En 2017, la juge Côté, dissidente, réitère sa critique dans l'arrêt *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*⁵⁶. Puis, l'année suivante, les juges Côté et Rowe proposent une nouvelle fois, dans l'arrêt *Canada c. Canada*⁵⁷, de rétablir l'interventionnisme judiciaire pour assurer l'égalité devant le droit, cette fois dans le contexte de compétences concurrentes. Après avoir concédé que l'éventualité de courants jurisprudentiels contradictoires ne justifie pas, *à elle seule*, l'application de la norme de contrôle la moins déférente⁵⁸, ils écrivent :

La principale préoccupation concernant cette juridiction concurrente est donc que ces décideurs parviendront à des conclusions divergentes quant à la portée d'une seule et même protection en matière de droits de la personne ou, plus généralement, que la réponse à une question de droit donnée dépendra du décideur qui l'étudie. Cette préoccupation est fondamentalement liée à la primauté du droit⁵⁹.

Loin d'être isolés, ces différents juges de la Cour suprême exprimaient des critiques aussi présentes dans la doctrine. Par exemple, dans les mois suivant l'arrêt *Dunsmuir*, Yves-Marie Morissette, juge à la Cour d'appel du Québec, réitérait la position qu'il avait déjà énoncée en 1986⁶⁰ et selon laquelle

⁵⁴ *Id.*, par. 83-86.

⁵⁵ *Id.*, par. 85.

⁵⁶ 2017 CSC 56, par. 53-63.

⁵⁷ *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31 (ci-après « *Canada* »).

⁵⁸ *Id.*, par. 90.

⁵⁹ *Id.*, par. 86.

⁶⁰ Yves-Marie MORISSETTE, « Le contrôle de la compétence d'attribution : thèse, antithèse et synthèse », (1986) 16-2 *RDUS* 591, 632-634.

l'intervention judiciaire était indiquée lorsque des décideurs administratifs «ne parviennent pas à instaurer un degré acceptable de stabilité dans les interprétations *raisonnables* qu'ils proposent⁶¹».

De même, dans une publication de 2018, l'auteure Iryna Ponomarenko propose, pour pallier les interprétations incohérentes de l'Administration, de revenir sur les enseignements clés des arrêts *SCFP* et *Domtar*⁶². Dans un plaidoyer fort étayé, elle tente de démontrer le caractère fondamentalement problématique du pluralisme juridique que proposait la Cour suprême dans l'arrêt *SCFP*⁶³. En s'appuyant notamment sur les travaux de Ronald Dworkin, elle en vient à la conclusion que reconnaître que des décisions opposées sont toutes deux raisonnables entraîne de nombreux inconvénients qui, tout compte fait, surpassent largement les bénéfices escomptés⁶⁴. En conséquence, l'abandon du pluralisme juridique s'imposerait afin notamment d'éviter l'effritement de la primauté du droit et des sources de légitimité de l'Administration⁶⁵.

La pression en faveur d'un plus grand interventionnisme judiciaire pour contrer les controverses jurisprudentielles administratives semblait avoir atteint son comble à l'orée de l'arrêt *Vavilov*, alors que plusieurs intervenants au dossier⁶⁶, dont les *amici curiae*, demandaient aux juges de la Cour suprême de revenir sur le principe établi par l'arrêt *Domtar*. Pour ce faire, les *amici curiae* s'appuyaient sur une conception formelle de la primauté du droit. Insistant sur les impératifs de clarté, de prévisibilité et de stabilité, ils proposaient de faire de

⁶¹ Y.-M. MORISSETTE, «Rétrospective et prospective sur le contentieux administratif», préc., note 28, 32 et 33.

⁶² I. PONOMARENKO, préc., note 22, 275.

⁶³ Soutenant une thèse comparable, voir : Luc B. TREMBLAY, «La norme de retenue judiciaire et les “erreurs de droit” en droit administratif : une erreur de droit? Au-delà du fondationalisme et du scepticisme», (1996) 56-2 *R. du B.* 141.

⁶⁴ I. PONOMARENKO, préc., note 22, 273 et 282.

⁶⁵ *Id.*, 278-280.

⁶⁶ *Vavilov*, préc., note 1 (mémoire des *amici curiae*, par. 85 et suiv.). Voir aussi, dans le même dossier : Memorandum of facts and law of intervener, Parkdale Community Legal Services, par. 30 et suiv.; Factum of the intervener Ecojustice Canada Society, par. 16 et suiv.; Factum of the intervener The Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic (CIPPIC), par. 16 et 17.

l'existence d'une « contradiction véritablement persistante », un motif justifiant l'intervention judiciaire.

Malgré tout, dans l'arrêt *Vavilov*, les juges majoritaires (dont la juge Côté) refusent expressément de donner suite à ces représentations⁶⁷. Ils optent plutôt pour le maintien du droit en vigueur, n'y ajoutant que l'éventualité d'une intervention exceptionnelle des cours supérieures dans les cas où elles considéreraient comme déraisonnable une décision administrative perpétuant une controverse jurisprudentielle⁶⁸. À ce propos, ils écrivent :

Lorsqu'elle dispose d'une preuve concernant l'existence d'un désaccord au sein d'un organisme administratif sur la façon de trancher des questions de droit, une cour de révision *pourrait estimer opportun d'en faire mention dans ses motifs et d'encourager le recours aux mécanismes internes pour résoudre le désaccord*. Et si le désaccord interne persiste, il *pourrait devenir de plus en plus difficile pour l'organisme administratif de justifier des décisions qui ne serviraient qu'à perpétuer la discorde*⁶⁹.

Une fois de plus, le principe établi dans l'arrêt *Domtar*, prônant la non-intervention des cours supérieures en cas de controverse jurisprudentielle administrative, a résisté⁷⁰. À la lumière de ce qui précède, force est de constater que, même si les arguments pour que l'égalité devant le droit prévale sur la déférence ont été présentés à plusieurs reprises et de multiples façons au fil des ans, la Cour suprême du Canada maintient à chaque occasion le compromis établi par l'arrêt *Domtar* il y a trois décennies. Il devient donc aujourd'hui raisonnable de constater la persistance de ce compromis et de chercher à le faire progresser plutôt que de tenter de le renverser.

⁶⁷ *Vavilov*, préc., note 1, par. 71 et 72.

⁶⁸ *Id.*, par. 131 et 132.

⁶⁹ *Id.*, par. 132 (l'italique est de nous). Voir également: *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Entertainment Software Association*, 2022 CSC 30, par. 35-37 (ci-après «*Entertainment Software*»).

⁷⁰ *Procureur général du Québec c. Boudreau*, 2023 QCCA 864, par. 8 (ci-après «*Boudreau*»).

II. L'exemple de l'accès aux documents des organismes publics

Afin de faire progresser le cadre normatif applicable en matière de controverses jurisprudentielles administratives, il est essentiel de porter le regard sur le résultat auquel il mène du point de vue des administrés. Pour ce faire, nous utiliserons l'expérience de demandes d'accès à l'information formulées à l'occasion d'un projet de recherche. Bien qu'il ne s'agissait pas de l'objectif poursuivi, les réponses obtenues⁷¹ à la suite de ces demandes fournissent incidemment une perspective intéressante sur la cohérence décisionnelle dans l'application de la *Loi sur l'accès*.

Dans le cadre de ce projet de recherche, six demandes d'accès à l'information ont été transmises par un même demandeur à six organismes publics : la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail, Investissement Québec, le ministère de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques, le ministère de l'Énergie et des Ressources naturelles, la Régie de l'assurance maladie du Québec et la Société de l'assurance automobile du Québec. Ces demandes avaient pour fin de documenter le contexte d'exercice de différentes fonctions administratives au sein de l'appareil administratif québécois. Elles visaient chaque fois deux pouvoirs décisionnels exercés par ces organismes. Pour chacun de ces pouvoirs, les données suivantes étaient demandées :

1. le volume annuel de dossiers traités dans le cadre de ces pouvoirs décisionnels;
2. le temps de traitement moyen requis par dossier;
3. une présentation des catégories ou de la typologie des dossiers traités;

⁷¹ Les réponses sont publiées sur le site Internet de chaque organisme : (1) *Demande d'accès du 21 avril 2021*, dossier 216486DAJ, 14 juin 2021 (CNESST); (2) *Demande d'accès à l'information reçue le 10 février 2021*, dossier 1-210-613, 12 mars 2021 (IQ); (3) *Demande d'accès n° 2021-04-085 – Lettre de réponse*, dossier 2021-04-085, 3 août 2021 (MELCC); (4) *Décision – Demande d'accès à l'information*, dossier 21-02/027-CA, 12 mars 2021 (MERN); (5) *Demande d'accès*, dossier 7212-2021-1045525, mai 2021 (RAMQ); (6) *Demande de documents*, dossier 03.06.31896, 12 mars 2021 (SAAQ).

4. le nombre de ressources assignées au traitement de ces dossiers (si possible, en équivalent temps complet);
5. l'expérience moyenne (en années et jours) à ce poste du personnel chargé du traitement de ces dossiers;
6. un exemple d'appel de candidatures visant à pourvoir le poste d'un employé chargé du traitement de ces dossiers; et
7. des documents présentant ou illustrant le processus administratif applicable au traitement de ces dossiers.

Sauf des ajustements mineurs, toutes les demandes utilisaient exactement la même formulation. Or il appert que même si ces demandes étaient, à toutes fins pertinentes, soumises aux mêmes normes, elles ont mené à des résultats variables tant sur le plan du traitement des demandes que sur celui de la teneur des décisions reçues.

Avant d'aller plus loin, il est bon de souligner que l'organisation administrative particulière que prévoit la *Loi sur l'accès* a certainement contribué à l'obtention fortuite des données exposées ci-après. Dans plusieurs régimes administratifs, l'ensemble des demandes concernant un sujet donné est traité par une même équipe. Ainsi, bien que cette équipe puisse compter des dizaines de décideurs, l'ensemble des demandes provenant d'un même administré sera généralement traité par un même décideur, lequel verra à assurer la cohérence de sa réponse. Un même administré constatera donc rarement les variations d'interprétation entre les différents décideurs exerçant les mêmes fonctions.

En matière d'accès à l'information, les différents décideurs exerçant les fonctions dévolues par la *Loi sur l'accès* sont répartis dans chacun des organismes soumis à cette loi. Puisque les décideurs exercent les mêmes fonctions et agissent en vertu des mêmes dispositions, mais à partir d'organismes distincts, les demandes d'un même administré sont traitées par différents décideurs. Un contexte analogue peut également exister ailleurs dans l'Administration, par exemple lorsque les décideurs sont répartis dans plusieurs bureaux régionaux ou, plus simplement, lorsque la distribution des fonctions entre les équipes d'une organisation crée des «compétences concurrentes» en son sein.

En l'espèce, la décentralisation opérée par la *Loi sur l'accès* a permis d'apprécier l'incohérence et l'imprévisibilité des décisions qui peuvent être rendues par plusieurs décideurs administratifs traitant des demandes similaires dans l'exercice des mêmes fonctions et en vertu des mêmes dispositions. Toutefois, les données obtenues ne mettent pas uniquement en lumière les particularités découlant de la décentralisation des fonctions administratives : elles fournissent également un portrait susceptible de s'appliquer plus largement à la pratique administrative. En effet, si la décentralisation rend les variations entre les décisions plus facilement perceptibles, rien n'indique que ces variations n'existent pas aussi entre les différents décideurs traitant les dossiers d'administrés distincts.

A) Le traitement des demandes

Un premier élément du traitement des demandes qui illustre la diversité des interprétations des dispositions de la *Loi sur l'accès* est certainement celui de la gestion du temps. L'article 47 de la *Loi sur l'accès* prévoit qu'une réponse à une demande d'accès devrait être obtenue dans un délai de vingt jours, à moins que ce délai ne soit prolongé de dix jours afin d'éviter de «nuire au déroulement normal des activités de l'organisme public». En l'espèce, l'ensemble des organismes publics interpellés s'est prévalu de la possibilité de prolonger de dix jours le délai de réponse.

Or, bien que tous les organismes concernés par le cas à étude soient soumis à la même règle, la pratique révèle d'importantes variations dans son application :

1. Délai de réponse : Trois organismes publics sur six ont fourni une réponse dans les délais prescrits par la loi. Parmi les retardataires, le délai de traitement a atteint plus du quintuple du délai normal prévu par la loi⁷²;
2. Moment de se prévaloir de la prolongation de dix jours : Trois organismes publics sur six ont prolongé le délai dès la réception de la demande d'accès, alors que les autres n'ont demandé la

⁷²

Ces délais étaient respectivement de trente-quatre, cinquante-quatre et cent quatre jours.

prolongation que lorsque l'impossibilité de répondre dans un délai de vingt jours était avérée;

3. Prolongation implicite du délai de vingt jours: Deux organismes publics sur six ne se sont pas expressément prévalus du délai additionnel de dix jours. Dans le premier cas, l'organisme a simplement annoncé ne pas être en mesure de répondre dans le délai de vingt jours et, dans le second cas, il annonçait dès l'accusé de réception qu'il serait peut-être impossible de répondre dans le délai de *trente jours* que prévoit la loi; et
4. Prolongation au-delà de trente jours: Trois organismes publics sur six ont profité de l'annonce de la prolongation du délai de vingt à trente jours pour annoncer qu'ils pourraient ne pas être en mesure de répondre dans le délai imposé par la loi, même une fois prolongé.

Hormis la gestion du temps, le traitement des demandes d'accès s'est également distingué d'un organisme à l'autre par l'accueil réservé à ces demandes :

1. Qualification de la demande: Un organisme public sur six a demandé de confirmer que la demande constituait une demande d'accès visée à la LAI, plutôt qu'une simple demande d'information.
2. Demande de précisions: Trois organismes publics sur six ont demandé des précisions sur la demande d'accès à l'information, l'autre moitié étant en mesure d'y répondre d'emblée.
3. Caractère abusif de la demande: Un organisme public sur six a indiqué qu'il évaluait la possibilité d'obtenir l'autorisation de la Commission d'accès à l'information (CAI) de ne pas tenir compte de la demande puisqu'il la considérait comme abusive⁷³. Par opposition, un autre organisme public a proposé d'aller au-delà de la demande telle que formulée en offrant spontanément de ventiler l'information demandée par catégorie de dossiers.

Ces variations dans le traitement des demandes représentent autant de variantes dans l'application par les organismes publics de la *Loi sur l'accès*.

⁷³

L'organisme n'a finalement pas demandé une telle autorisation à la CAI.

Le sérieux des motifs justifiant d'avoir recours au délai additionnel de dix jours, le délai dans lequel il est prévisible d'obtenir une décision de même que l'évaluation de la raisonnable d'une demande se sont révélés variables en fonction du décideur saisi de la demande. Bien que ces incohérences n'influencent pas directement la nature de l'information qui sera ultimement fournie, elles érigent néanmoins des obstacles entre l'administré et l'information que cette loi vise à rendre accessible au bénéfice de la démocratie⁷⁴.

B) Les décisions

L'interprétation des règles de fond par les organismes publics n'est pas davantage exempte de discordances. L'objectif poursuivi ici n'est pas d'évaluer le bien-fondé des décisions rendues. Les prochaines lignes se limiteront à mettre en relief les incohérences dans les réponses de six organismes publics à des demandes d'accès à l'information analogues.

Le premier élément de variation, et peut-être le principal, est bien entendu la transmission, ou non, de l'information demandée. La moitié des organismes publics n'a invoqué aucun motif d'ordre juridique à l'encontre des demandes qui leur étaient adressées. L'un d'eux a transmis l'ensemble de l'information demandée, alors que les autres ont acheminé l'ensemble de l'information disponible.

L'autre moitié des organismes publics a considéré que des exceptions prévues par la *Loi sur l'accès* lui permettaient de refuser de fournir une partie de l'information demandée. Or, pour les mêmes demandes, les exceptions invoquées varient.

Le cas du premier organisme ayant refusé de fournir une partie de l'information demandée est particulier. Celui-ci réfère aux articles 53 et 54 de la *Loi sur l'accès* pour refuser de fournir l'expérience, à son poste, de la seule personne exerçant les pouvoirs décisionnels ciblés. Il précise que cette information constitue, dans le contexte, un renseignement personnel.

Le deuxième organisme invoque pour sa part les articles 1 et 15 de la *Loi sur l'accès* pour refuser de fournir l'expérience des ressources exerçant les

⁷⁴

MacDonell c. Québec (Procureur général), [2000] R.J.Q. 1674, par. 43 (C.A.).

pouvoirs décisionnels ciblés, puisque cette information ne serait pas disponible dans un document préexistant et requerrait des calculs.

Enfin, le troisième organisme refuse de fournir les informations demandées qui ne sont pas déjà publiques⁷⁵ en s'appuyant sur les articles 15, 21, 22 et 27 de la *Loi sur l'accès*. Ainsi, outre l'article 15 de la *Loi sur l'accès* aussi invoqué par le deuxième organisme (documents non préexistants), le refus de fournir les données de gestion demandées est fondé sur les motifs suivants :

1. la divulgation de certaines des informations demandées (1) aurait pour effet de révéler un emprunt, un projet d'emprunt, une transaction ou un projet de transaction, un projet de tarification, un projet d'imposition d'une taxe ou d'une redevance ou de modification d'une taxe ou d'une redevance et (2) soit procurerait un avantage indu à une personne ou lui causerait un préjudice sérieux, soit porterait sérieusement atteinte aux intérêts économiques de l'organisme public ou de la collectivité à l'égard de laquelle il est compétent (article 21 LAI);
2. les informations demandées constituent un secret industriel qui lui appartient ou un renseignement industriel, financier, commercial, scientifique ou technique qui lui appartient et dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver une négociation, de causer une perte à l'organisme ou de procurer un avantage appréciable à une personne (article 22 LAI); et
3. la divulgation des informations demandées aurait vraisemblablement pour effet de révéler un mandat ou une stratégie de négociation de convention collective ou de contrat (article 27 LAI).

Il est intéressant de noter ici que, contrairement aux deux premiers organismes, les exceptions invoquées par le troisième organisme ne sont pas associées à un élément particulier de la demande. Les passages pertinents de la décision se lisent ainsi :

D'emblée à notre réponse, il importe de vous mentionner que plusieurs données de gestion visées par votre demande d'accès ne sont

⁷⁵

Il a fourni les appels de candidatures qui, par nature, sont destinés à être diffusés.

pas disponibles à même des documents détenus par [l'organisme]. Il y a lieu de vous rappeler qu'en vertu de l'article 15 de [la] *Loi sur l'accès*, le droit d'accès porte notamment sur des documents dont la communication ne requiert aucun calcul ou comparaison de renseignements. [...] Quant aux documents de gestion non remis, nous invoquons au soutien de notre décision, comme applicables en l'espèce, les articles 21, 22, 27 de la *Loi sur l'accès*⁷⁶.

En conséquence, il est impossible de déterminer à quel élément de la demande d'accès s'appliquent les différentes exceptions invoquées par ce troisième organisme.

Prises ensemble, les décisions rendues par les divers organismes sèment le doute quant à la capacité du cadre normatif actuel à prévenir les incohérences. En effet, il semble que des demandes de même nature et soumises au même droit soient traitées de manière différente. La comparaison de certaines décisions illustre de façon éloquente cet état de fait, alors que des demandes d'accès analogues ont mené à des décisions qui, sur l'essentiel, sont l'opposé l'une de l'autre.

On pourrait être tenté de mitiger la portée de cette conclusion en soutenant que le manque d'uniformité n'est pas nécessairement problématique en l'espèce et qu'il s'agit d'une saine manifestation de la capacité de chaque organisme de l'Administration de retenir l'interprétation d'une règle de droit qui correspond le mieux à la réalité de sa pratique. Selon cet argument, il serait donc normal que différents organismes retiennent des interprétations différentes, mais raisonnables, des mêmes dispositions; chaque interprétation tenant compte de son domaine spécifique d'expertise.

Cet argument semble toutefois fragile pour trois raisons. D'abord, le régime d'accès à l'information est établi par une loi quasi constitutionnelle qui met en place un cadre général devant assurer la transparence de tous les

⁷⁶

L'extrait reproduit provient de l'une des demandes d'accès à l'information mentionnées à la note 71. Cependant, afin d'éviter d'indiquer directement l'organisme visé par cet exemple – comme pour tous les autres exemples – la référence de laquelle la citation est tirée a été omise.

organismes publics⁷⁷. Outre certaines exceptions qui sont plus susceptibles d'application dans certains organismes, rien n'indique que des variations des normes d'un organisme à l'autre sont envisagées par le législateur, ou même souhaitables. Quoi qu'il en soit, en l'occurrence, aucun des motifs formulés par les décideurs n'énonce de particularité qui justifierait de telles interprétations divergentes.

Aussi, il semble pertinent de souligner que la *Loi sur l'accès* prévoit déjà des cas où la norme varie en fonction de la réalité de chaque organisme. C'est notamment le cas en matière de prolongation de délai ou en matière d'autorisation de ne pas tenir compte d'une demande abusive⁷⁸.

Enfin, toute décision relative à une demande d'accès à l'information peut être contestée devant la CAI⁷⁹, laquelle se substitue au décideur d'origine pour l'application des dispositions impératives⁸⁰ et doit se doter de mécanismes internes pour assurer la cohérence des décisions qu'elle rend en révision de celles des décideurs agissant au sein de quelques centaines d'organismes différents⁸¹. Une telle structure décisionnelle paraît mal adaptée à une éventuelle volonté de voir la norme varier d'un organisme à l'autre.

Qui plus est, même si l'on devait admettre le bien-fondé de variations dans l'application de la *Loi sur l'accès*, la nature des variations constatées en l'espèce laisse perplexe. En ce qui concerne d'abord l'application des articles 1 et 15 (documents non préexistants), la lecture des différentes réponses permet de constater que certains organismes ont inclus les données concernant l'expérience de leurs ressources directement dans le texte de leur décision ou à même des tableaux préparés spécifiquement en réponse à la demande d'accès⁸². On peut raisonnablement en déduire qu'il ne s'agissait pas, dans ces cas, d'un document préexistant. Plus encore, on peut tout aussi raisonnablement

⁷⁷ *Conseil de la magistrature du Québec c. Commission d'accès à l'information*, [2000] R.J.Q. 638, par. 47-50 (C.A.).

⁷⁸ Art. 47 et 137.1 *Loi sur l'accès*.

⁷⁹ Art. 135 *Loi sur l'accès*.

⁸⁰ *Pratte c. Université de Montréal*, [2001] C.A.I. 487, par. 14 (C.Q.).

⁸¹ *Vavilov*, préc., note 1, par. 129 et 130.

⁸² Les documents transmis portent en en-tête le numéro de la demande d'accès.

présumer que des manipulations, voire des calculs, ont été nécessaires pour isoler des données correspondant spécifiquement aux demandes formulées.

S’attardant aux autres exceptions invoquées, on peut difficilement prétendre que la rationalité des variations constatées apparaît à la lecture même des motifs fournis. Par exemple, d’aucuns pourraient chercher en quoi les données concernant le volume de dossiers traités par un organisme sont plus propices à révéler une transaction, un secret industriel ou une stratégie de négociation que les mêmes données dans un autre organisme. Cette question paraît tout aussi pertinente en ce qui concerne le temps de traitement de ces dossiers, le nombre de ressources assignées ou l’expérience de ces ressources.

Aussi, on trouvera un certain défi dans la recherche des distinctions par lesquelles les dispositions des articles 21, 22 et 27 de la *Loi sur l’accès* permettraient de refuser la communication d’un processus de traitement, alors que l’information équivalente a été fournie par les autres organismes. Ce défi est d’autant plus important pour celui ou celle qui chercherait à identifier les raisons rendant plus confidentiels les processus de traitement des demandes d’appui financier par un organisme, alors que le processus équivalent en matière d’appui à la recherche et à l’innovation a été fourni par un autre. Les motifs des décisions concernées ne fournissent aucun éclairage à cet égard. Au surplus, un troisième organisme qui était également d’avis que les processus de traitement demandés comportaient des secrets industriels, ainsi que des opinions juridiques, a néanmoins communiqué lesdits processus en caviardant uniquement les passages jugés sensibles.

Compte tenu de ce qui précède, rien dans les décisions elles-mêmes ni dans les motifs fournis par les organismes ne semble expliquer les variations dans l’application de la *Loi sur l’accès*. Ajoutant à cette conclusion que l’existence même de telles variations paraît problématique, nous constatons que la cohérence, la prévisibilité et l’application de normes stables ne semblent pas avoir été atteintes dans le cas à l’étude, et ce, trente ans après l’arrêt *Domtar*.

III. Les failles du cadre normatif actuel

Il ressort de la première partie que le cadre normatif actuel en matière de controverses jurisprudentielles met en place trois principaux remparts pour

assurer l'égalité des administrés devant le droit : (1) le contrôle judiciaire, mais uniquement dans les rares circonstances permettant de faire exception au principe de non-intervention des cours supérieures en cette matière, (2) la responsabilité des tribunaux administratifs de veiller à la cohérence de leurs décisions et (3) le recours aux processus internes pour favoriser la cohérence des décisions administratives. En vue de mieux comprendre comment des incohérences de l'ordre de celles constatées dans le cas à l'étude peuvent persister, nous tenterons de démontrer en quoi chacun de ces remparts faillit à protéger l'administré de telles incohérences.

D'ores et déjà, il y a lieu d'établir que le pourvoi en contrôle judiciaire n'aurait été d'aucun secours pour éviter les variations dans l'interprétation et l'application de la *Loi sur l'accès* qui ont été décrites dans la seconde partie. Premièrement, les décisions reçues sont toutes sujettes à un recours en révision devant la CAI⁸³, agissant comme tribunal administratif. Elles ne peuvent donc pas faire directement l'objet d'un pourvoi en contrôle judiciaire puisqu'elles ne sont pas finales⁸⁴. Deuxièmement, même si ces décisions étaient sujettes au contrôle judiciaire, il n'y a pas ici d'ordonnances contradictoires, de compétences concurrentes, ni de questions constitutionnelles ou autrement importantes. À moins de mettre en doute la raisonnabilité des décisions rendues, il faut donc en conclure qu'avant l'arrêt *Vavilov*, aucune de ces décisions n'aurait été sujette à la censure judiciaire et, en conséquence, que le contrôle judiciaire n'aurait pas été un moyen utile afin d'atteindre une plus grande uniformité du droit. En soi, cette conclusion n'a cependant rien d'étonnant dans la mesure où elle est délibérée et réaffirmée avec assiduité par la Cour suprême depuis l'arrêt *Domtar*.

Demeure toutefois la précision apportée par la majorité dans l'arrêt *Vavilov*, selon laquelle les cours de justice doivent être soucieuses « de l'uniformité générale des décisions administratives⁸⁵ » et qu'elles « ont un rôle à jouer lorsqu'il s'agit de réduire le risque d'interprétations juridiques constamment discordantes ou contradictoires⁸⁶ ». Selon la majorité, les cours

⁸³ Art. 135 *Loi sur l'accès*.

⁸⁴ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 529.

⁸⁵ *Vavilov*, préc., note 1, par. 129.

⁸⁶ *Id.*, par. 132.

de justice pourraient éventuellement, après avoir encouragé l'Administration à corriger le problème, considérer qu'un désaccord interne persistant est de plus en plus difficile à justifier⁸⁷. Même si l'on fait fi de son caractère hypothétique⁸⁸, l'intervention éventuelle des cours supérieures qu'annonce la Cour suprême promet d'être bien peu efficace, en ce qu'elle requiert qu'une même question de droit dont l'application est confiée à l'Administration soit soumise à plusieurs reprises aux tribunaux judiciaires, permettant à la cour de révision de formuler son encouragement à l'Administration, de constater ensuite la persistance du désaccord et d'intervenir⁸⁹. Mis à part les questions de droit affectant grandement les intérêts d'une clientèle disposant de ressources importantes, on envisage difficilement comment ce moyen permettrait de corriger un désaccord sur l'une des multiples questions de droit tranchées quotidiennement par l'Administration lorsqu'elle rend une décision affectant modérément les droits d'administrés n'ayant pas les moyens de s'adresser aux cours supérieures.

Comme deuxième rempart potentiel, il existe le recours en révision devant la CAI. Notons d'abord que s'en remettre au recours en révision présuppose que la CAI dispose elle-même de mécanismes internes suffisants pour assurer la cohérence des décisions rendues par ses membres, même si elle est soustraite au *stare decisis*⁹⁰. À défaut, une décision antérieure de la CAI ne serait pas garante de l'interprétation qui sera appliquée en révision. L'incohérence pourrait alors subsister même devant ce tribunal administratif

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ À ce jour, les tribunaux interviennent dans le cas d'une décision s'écartant d'une pratique établie (*Canada (Procureur général) c. Honey Fashions Ltd.*, 2020 CAF 64, par. 39 et 40; *Turner c. Canada (Procureur général)*, 2022 CAF 192, par. 8 et 9; *Bureau de la sécurité privée c. Aurélien*, 2022 QCCA 239, par. 98-105), mais pas dans celui d'une controverse jurisprudentielle (*Aheer Transportation Ltd. v. British Columbia Container Trucking Commissioner*, 2022 BCSC 1779, par. 95; *Association patronale nationale des centres de la petite enfance c. Hamelin*, 2022 QCCS 4510, par. 28; *Maax Bath inc. c. Syndicat des salariés d'acrylique de Beauce (CSD)*, 2023 QCCA 102, par. 15; *Boudreau*, préc., note 70, par. 8 et 9).

⁸⁹ La nature de l'intervention demeure quelque peu nébuleuse. Il est permis de se questionner à savoir si la cour de révision s'octroierait la compétence de trancher la question de droit.

⁹⁰ *Vavilov*, préc., note 1, par. 129.

et l'administré devrait alors s'en remettre au droit d'appel devant la Cour du Québec⁹¹ afin d'obtenir, peut-être, une application uniforme du droit.

Par ailleurs, quel que soit le recours dont dispose l'administré pour obtenir la sanction d'une incohérence administrative, son efficacité dépend nécessairement de la capacité de l'administré à constater cette incohérence. Or, en matière d'accès, l'administré soucieux de vérifier la cohérence de la décision reçue avec les précédents en la matière ne peut le faire qu'en parcourant les décisions publiées sur le site Internet de cet organisme. Il s'agit d'une ressource précieuse⁹², mais dont la consultation est souvent peu conviviale, faute d'outil de recherche efficace. En conséquence, la contestation systématique de la décision s'en trouve généralement moins exigeante pour l'administré. Il va sans dire que l'éventualité d'une contestation systématique peine toutefois à coexister avec les impératifs de célérité et d'accessibilité qui devraient caractériser la justice administrative⁹³.

Enfin, qu'il s'agisse du recours en révision ou de l'appel devant la Cour du Québec, on constate que ces moyens d'assurer l'application cohérente d'une règle de droit sont *indirects*. Ils permettent de pallier l'incohérence du décideur initial en s'adressant à un décideur tiers lui-même tenu à un plus grand niveau d'uniformité; ils n'imposent pas la cohérence au décideur initial.

Cela nous mène à une autre omission du cadre actuel, à savoir que sa portée se limite généralement aux tribunaux administratifs exerçant une fonction juridictionnelle⁹⁴ et fait abstraction de la plus grande partie des

⁹¹ Art. 147 *Loi sur l'accès*.

⁹² Cette possibilité n'existe en l'espèce que dans la mesure où le paragraphe 8 de l'article 4 du *Règlement sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ, c. A-2.1, r. 2 prévoit l'obligation de diffuser une version anonymisée des décisions rendues. De nombreux régimes administratifs ne prévoient pas une telle diffusion.

⁹³ *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, art. 1.

⁹⁴ L'opposition entre les fonctions administratives et juridictionnelles réfère aux dispositions du Titre I de la *Loi sur la justice administrative*.

décisions affectant les droits des administrés⁹⁵, soit les décisions strictement administratives⁹⁶.

Comme il appert de l'exposé du droit dans la première partie, c'est largement envers ces tribunaux administratifs que la Cour suprême du Canada exprime l'attente d'une certaine uniformité du droit qu'ils appliquent. N'étant eux-mêmes pas tenus au *stare decisis* (ce qui relativise grandement les attentes en matière de cohérence), ils n'ont pas non plus la responsabilité de s'assurer d'une certaine uniformité des décisions administratives visées par les contestations dont ils sont saisis. En conséquence, les décideurs de première ligne se retrouvent souvent hors de portée des normes établies par la Cour suprême en vue de promouvoir l'égalité devant le droit.

Demeurent alors les processus internes susceptibles d'être établis par l'Administration pour favoriser la cohérence de ses décisions. Au paragraphe 130 des motifs de l'arrêt *Vavilov*, la majorité énumère quelques-uns des outils disponibles, *pourvu que ces méthodes n'entravent pas le processus décisionnel* : la consultation des motifs antérieurs, les directives stratégiques, les avis juridiques internes, les réunions plénières, les outils de formation, les listes de vérification et les modèles⁹⁷.

L'application de ces moyens au cas à l'étude révèle d'abord une difficulté particulière à ce cas : en l'espèce, rien ne démontre que les organismes concernés n'appliquent pas individuellement un droit stable. En effet, il n'existe aucune preuve de l'incohérence de chacun des organismes dans l'exercice de ses pouvoirs. La SAAQ applique peut-être la *Loi sur l'accès* de façon constante

⁹⁵ À titre d'illustration, la section juridictionnelle de la CAI a reçu, durant l'exercice 2019-2020, 2 664 demandes de révision et elle a rendu 2 556 décisions (COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, *Rapport annuel de gestion 2019-2020*, septembre 2020, Québec, Gouvernement du Québec, p. 36). Durant le même exercice, le MELCC a reçu, à lui seul, 12 443 demandes d'accès et a rendu 12 076 décisions administratives, dont seulement 17 ont fait l'objet d'une demande de révision (MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES DU QUÉBEC, *Rapport annuel de gestion 2019-2020*, septembre 2020, Québec, Gouvernement du Québec, p. 80 et 81).

⁹⁶ Le juge Binnie formule une critique analogue dans ses motifs concordants rendus à l'occasion de l'arrêt *Dunsmuir*, préc., note 50, par. 121-123.

⁹⁷ *Vavilov*, préc., note 1, par. 130.

dans le traitement des demandes qui lui sont adressées, tout comme IQ en réponse aux demandes qu'elle reçoit. Ainsi, non seulement il n'y a pas ici de compétence concurrente, mais il n'y a aucune démonstration, en l'espèce, d'une controverse jurisprudentielle *au sein* de chacun des organismes. Néanmoins, du point de vue de l'administré, le droit qui lui est applicable varie en fonction de l'organisme auquel il adresse sa demande; l'égalité devant le droit n'est pas avérée.

Afin de pousser la réflexion, supposons malgré tout que ces organismes collaborent dans la mise en place des processus internes que propose la Cour suprême pour assurer la cohérence des décisions qu'ils rendent l'un et l'autre. Les obstacles à l'efficacité de ces processus internes s'additionnent alors, révélant notamment en quoi ces outils s'adressent d'abord aux tribunaux administratifs.

D'une part, il existe plusieurs centaines d'organismes visés par la *Loi sur l'accès*. La majorité d'entre eux ne partagent pas les services des mêmes avocats⁹⁸ et aucun outil n'est efficace pour rechercher parmi les motifs des décisions initiales de tous ces organismes. Par ailleurs, le recours à une directive paraît peu pratique puisqu'elle devrait être prise de façon coordonnée par chaque organisme, chacun d'eux n'ayant de pouvoir hiérarchique que sur son organisation.

D'autre part, chaque organisme visé par la *Loi sur l'accès* doit nommer un responsable de l'accès distinct, lequel est parfois appuyé d'une équipe qui l'assiste dans la prise de décision. Dans ces circonstances, on conçoit difficilement le recours à tout moyen consistant en une plénière ou à une réunion de l'ensemble des décideurs (soit plusieurs dizaines de personnes) afin de convenir d'une application cohérente de la loi.

⁹⁸

Seuls les ministres et leurs ministères sont conseillés et représentés par les juristes du ministère de la Justice, suivant les dispositions du paragraphe d) du deuxième alinéa de l'article 3 de la *Loi sur le ministère de la Justice*, RLRQ, c. M-19 et de l'article 96 du *Code de procédure civile*, préc., note 84. Par opposition, les autres organismes visés par la *Loi sur l'accès* (organismes publics, centres de services scolaires, municipalités, ordres professionnels, universités, etc.) sont chacun conseillés et représentés par des avocats à leur emploi ou dont ils sollicitent les services.

Certes, des échanges intersectoriels permettant le partage de pratiques contribuent vraisemblablement à la cohérence des décisions. Toutefois, dans un contexte où le nombre de décideurs est élevé et qu'il existe un certain roulement parmi le personnel qui exerce ces fonctions, de tels échanges sont non seulement dépourvus de force normative, mais ils ont généralement un effet limité dans sa portée comme dans sa durée.

Au surplus, tout processus interne, même lorsque sa mise en place est possible, est nécessairement limité dans son efficacité puisqu'il ne doit pas entraver le processus décisionnel⁹⁹. Comme l'écrivait le juge Sopinka dans ses motifs dissidents à l'occasion de l'arrêt *SITBA* :

Premièrement, il m'est difficile de comprendre comment la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières peut permettre d'atteindre son objectif de réaliser l'uniformité sans influencer la décision des bancs particuliers. L'uniformité ne peut se réaliser que si on fait concorder certaines décisions par l'application constante d'une politique¹⁰⁰.

Plus spécifiquement, dans le cas d'un décideur exerçant une fonction administrative, des processus internes trop efficaces fragiliseraient vraisemblablement ses décisions, lesquelles prêteraient le flanc à ce qu'un administré leur reproche, à tort ou à raison, d'avoir été prises sous la dictée d'un tiers, avec un esprit fermé ou conformément à une directive contraignante.

Somme toute, les processus internes étudiés par la Cour suprême, les recours administratifs ou le contrôle judiciaire ne semblent pas offrir de solutions suffisamment efficaces¹⁰¹. Bien que les limites du cadre normatif constatées dans le contexte du cas à l'étude ne soient pas universellement applicables à tous les régimes administratifs, on retrouve plusieurs d'entre elles (et parfois d'autres) au sein de plusieurs régimes administratifs comportant un volume important de décisions. Ainsi, en désignant les tribunaux administratifs comme seuls responsables de la cohérence de *leurs* décisions, la Cour suprême

⁹⁹ Vavilov, préc., note 1, par. 130.

¹⁰⁰ *SITBA*, préc., note 29, 296.

¹⁰¹ Au même propos, voir : *Wilson*, préc., note 52, par. 81 et 82 (jj. Côté et Brown, motifs diss.).

aurait désengagé les cours supérieures de leur rôle de gardiennes de la primauté du droit¹⁰² en ce qui concerne le droit issu des décideurs initiaux, et ce, sans nécessairement avoir mis en place les moyens requis pour s'assurer que l'égalité devant le droit conserve un sens pour l'administré visé par la décision administrative initiale.

IV. Analyse critique: la déjudiciarisation de la primauté du droit

Dans l'arrêt *Vavilov*, la majorité de la Cour suprême a positionné l'égalité devant le droit au centre de sa réflexion. À chacun de ses pas, elle évalue le bien-fondé de ses propositions en fonction de considérations de prévisibilité, de certitude et de cohérence. Tel est le cas notamment lorsqu'elle justifie de revenir sur ses enseignements passés¹⁰³, lorsqu'elle s'intéresse à la détermination de la norme de contrôle¹⁰⁴ et lorsqu'elle s'attarde à définir la norme de la décision raisonnable¹⁰⁵. L'analyse critique du cadre normatif applicable aux controverses jurisprudentielles administratives en fonction d'objectifs de cohérence et de prévisibilité reprend donc les objectifs que la Cour s'est elle-même fixés dans l'arrêt *Vavilov*¹⁰⁶.

Il ne s'agit toutefois pas d'un choix inusité : le principe d'égalité devant le droit occupe, sous une forme ou une autre, une place importante dans la notion de primauté du droit, laquelle demeure, pour le reste, largement indéfinie (ou « surdéfinie »)¹⁰⁷. En effet, l'idée qu'un seul « ordre de droit » doive trouver application pour l'ensemble de la population intervient généralement à un stade ou l'autre de l'analyse de la primauté du droit¹⁰⁸. Le rejet d'un régime de

¹⁰² À titre d'illustration, voir : *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, par. 39 (ci-après « *Trial Lawyers* »).

¹⁰³ *Vavilov*, préc., note 1, par. 5, 18, 20 et 22.

¹⁰⁴ *Id.*, par. 7, 9, 10, 21, 39, 62, 64 et 67.

¹⁰⁵ *Id.*, par. 11, 71, 72 et 129-132.

¹⁰⁶ Voir également : *Entertainment Software*, préc., note 69, par. 33.

¹⁰⁷ À ce propos : *Trial Lawyers*, préc., note 102, par. 102 (j. Rothstein, motifs diss.); Peter W. HOGG et Cara F. ZWIBEL, « The Rule of Law in the Supreme Court of Canada », (2005) 55-3 *U.T.L.J.* 715, 717 et 718; T. BINGHAM, préc., note 15, p. 5.

¹⁰⁸ *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, 1366; *Khosa*, préc., note 51, par. 90 (j. Rothstein, motifs conc.); Jeremy WALDRON, « The Concept and the Rule of Law », (2008) 43-1 *Ga. L. Rev.* 1, 6, 55 et 56; Jeremy WALDRON, « The rule of law in public law », dans Mark ELLIOTT et David FELDMAN (dir.), *The Cambridge*

droit appliqué purement au « cas par cas » assure une prévisibilité minimale et protège la liberté d'action du justiciable en lui permettant de connaître, *a priori* et de façon autonome, les limites que les normes juridiques dressent sur son chemin¹⁰⁹. Poussée à l'extrême, l'absence d'égalité devant le droit crée une telle imprévisibilité qu'il en devient impossible pour le justiciable d'identifier la « zone de liberté » où il est à l'abri de la sanction de la loi; cette zone devient alors, en application, inexistante¹¹⁰. Suivant ce raisonnement, plusieurs auteurs reconnaissent que la prévisibilité d'un ordre de droit stable est, tout compte fait, la principale contribution qu'apporte la primauté du droit à un système juridique¹¹¹. « En bref, il y a une seule loi pour tous¹¹². »

À la lumière des précédentes parties, on peut cependant retenir les constats suivants : (1) le compromis de l'arrêt *Domtar* est persistant et semble là pour rester; (2) l'objectif de cohérence, de prévisibilité et d'application de normes stables n'a pas été atteint dans le cas à l'étude; et (3) le cadre normatif actuel n'offre pas de solution au cas à l'étude. Or, on comprendrait difficilement que l'importance qu'accorde la Cour à la cohérence et à la prévisibilité en matière de normes de contrôle¹¹³ ne s'étende pas aussi aux règles de fond que l'Administration applique aux administrés.

Companion to Public Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 56, aux p. 66 et 67.

¹⁰⁹ Brian Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 34.

¹¹⁰ À ce propos, voir notamment : T. R. S. ALLAN, « Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism », (1985) 44 *C.L.J.* 111, 117; L. B. TREMBLAY, préc., note 63, 209-212; Jeremy WALDRON, « Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach », (2012) 111 *Mich. L. Rev.* 1, 9.

¹¹¹ T. BINGHAM, préc., note 15, p. 46; L. L. FULLER, préc., note 15, p. 209 et 210; B. Z. TAMANAHA, préc., note 109, p. 72; L. B. TREMBLAY, préc., note 63, 211; J. WALDRON, « The rule of law in public law », préc., note 108, aux p. 66 et 67; M. D. WALTERS, préc., note 15, p. 157 et 158.

¹¹² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 71 (ci-après « *Sécession* »).

¹¹³ *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 490; *Bibeault*, préc., note 23, 1083, 1084, 1087 et 1088; *Dunsmuir*, préc., note 50, par. 1; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, par. 36-38; *Wilson*, préc., note 52, par. 19, 20 et 24-27; *McLean*, préc., note 49, par. 20; *Canada*, préc., note 57, par. 27, 34 et 35.

L'éventualité de l'insuffisance des processus internes pour prévenir les controverses jurisprudentielles administratives avait été envisagée par la juge L'Heureux-Dubé dès l'arrêt *Domtar*. Advenant une telle situation, il reviendrait au législateur d'intervenir pour y remédier¹¹⁴. En pratique, il est ardu de concevoir comment le législateur pourrait raisonnablement intervenir à la pièce pour clarifier chaque élément faisant l'objet d'une interprétation inconstante. Il lui serait évidemment possible d'intervenir afin de prévoir législativement les processus internes assurant la cohérence des décisions dans les cas où l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹¹⁵ et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'y font pas obstacle. Cependant, l'expérience des dernières décennies ne semble pas montrer un grand intérêt pour un tel projet¹¹⁶.

Pourtant, même si maintes conceptions de la primauté du droit ont été évoquées au soutien du recours à l'interventionnisme judiciaire pour corriger la situation, la position de la Cour suprême paraît ferme : le contrôle judiciaire n'est pas le moyen d'assurer le respect de l'égalité devant le droit à l'occasion de décisions administratives. À compter du moment où le pouvoir judiciaire n'est plus responsable d'établir la *bonne* interprétation de la loi, il n'a pas non plus à assurer la cohérence des interprétations retenues. Que doit-on en conclure quant à la signification de la notion de primauté du droit en droit administratif canadien?

La juge L'Heureux-Dubé formule la proposition suivante dans l'arrêt *Domtar* : la primauté du droit doit être nuancée et l'absence d'unanimité est le prix à payer pour la liberté et l'indépendance décisionnelle accordées aux membres des tribunaux administratifs¹¹⁷. Ainsi, la Cour suprême aurait atténué la primauté du droit au bénéfice de la déférence envers l'Administration.

¹¹⁴ *Domtar*, préc., note 12, 801.

¹¹⁵ RLRQ, c. C-12.

¹¹⁶ Notons, parmi les rares initiatives en ce sens, l'article 45 de la *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*, L.Q. 2021, c. 25 qui a confié à la section de surveillance de la CAI la fonction « d'élaborer des lignes directrices pour faciliter l'application » de la *Loi sur l'accès*.

¹¹⁷ *Domtar*, préc., note 12, 800 et 801. Voir également : *Vavilov*, préc., note 1, par. 72 et 129.

Cette proposition est loin de faire consensus chez les juges de la Cour suprême et, de fait, elle paraît s'inscrire difficilement dans le paysage juridique en matière de primauté du droit. À plusieurs occasions, la Cour suprême du Canada a insisté sur le caractère fondamental de la notion de primauté du droit¹¹⁸, légitimant notamment ses interventions à l'occasion du contrôle judiciaire¹¹⁹, dont l'invalidation de dispositions réglementaires imposant des frais judiciaires qu'elle estimait prohibitifs¹²⁰. Attribuant aux cours supérieures le rôle de gardiennes de la primauté du droit¹²¹, la Cour a défendu l'accès aux tribunaux¹²², elle leur a réservé l'interprétation des questions importantes pour le système juridique¹²³ et, à une certaine époque, elle a fait des questions de compétence de l'Administration un bastion dont il était impossible d'exclure les cours supérieures par voie législative¹²⁴. Dans l'arrêt *Vavilov* lui-même, elle réfère largement à la notion de primauté du droit pour étayer ses propositions en matière de contrôle judiciaire¹²⁵. La proposition selon laquelle l'importance de la primauté du droit serait atténuée dans le système juridique canadien ne semble donc pas s'inscrire harmonieusement dans le discours que tient généralement la Cour suprême à propos de la primauté du droit.

Tenant de proposer une lecture cohérente des enseignements de la Cour suprême, il est aussi possible de poser l'hypothèse que ce ne serait peut-être pas *toute* la primauté du droit qui serait sujette à nuance. Selon cette hypothèse, seule l'égalité devant le droit aurait été reléguée à titre de principe *mineur* de la primauté du droit et, à ce titre, elle deviendrait modulable en fonction d'autres considérations.

¹¹⁸ *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, 142; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, 250; *Sécession*, préc., note 112, par. 70; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, par. 57; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, par. 19.

¹¹⁹ *Dunsmuir*, préc., note 50, par. 27; *Vavilov*, préc., note 1, par. 53 et suiv.

¹²⁰ *Trial Lawyers*, préc., note 102, par. 39 et 43.

¹²¹ À titre d'illustration, voir : *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, par. 3 et 22; *id.*, par. 39.

¹²² *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, 230.

¹²³ *Vavilov*, préc., note 1, par. 58.

¹²⁴ *Dunsmuir*, préc., note 50, par. 30.

¹²⁵ *Vavilov*, préc., note 1, par. 53-72. Voir aussi : Paul DALY, « The *Vavilov* Framework and the Future of Canadian Administrative Law », (2020) *C.J.A.L.P.* 111, 121.

Toutefois, accepter un tel ordonnancement des principes que soutient la primauté du droit susciterait à son tour plusieurs interrogations. D'abord, on conçoit difficilement que, parmi les principes de la primauté du droit, l'égalité devant le droit soit marginalisée. Comme indiqué plus haut, ce principe est généralement considéré comme un aspect central de la primauté du droit : dans la mesure où la règle de droit varie d'une décision à l'autre, sans raison ni sanction, doit-on en déduire qu'il n'y a pas de droit préétabli? À terme, n'est-ce pas là l'atteinte par excellence à la primauté du droit, soit l'absence d'ordre normatif¹²⁶?

Aussi, cet ordonnancement sous-entendrait qu'il serait plus important d'avoir accès à un tribunal que d'avoir accès à une décision conforme au droit tel qu'il s'applique à tous. L'essentiel de la primauté du droit ne serait alors pas l'existence d'un ordre normatif défini, mais plutôt l'existence de moyens permettant de résoudre les litiges, sans égard au bien-fondé de l'issue. En somme, la primauté du droit protégerait d'abord l'autorité des décideurs et, au premier chef, celle des tribunaux. Il est possible que ce soit là le résultat recherché, mais d'aucuns pourraient mettre en doute qu'il s'agisse de l'avenue permettant de présenter le droit sous son jour le meilleur.

Qui plus est, cette deuxième hypothèse s'inscrit difficilement dans le discours de la Cour suprême, lequel ne semble pas proposer de hiérarchisation des principes associés à la primauté du droit. L'enchevêtrement des enseignements émanant des arrêts étudiés précédemment peut servir d'illustration à ce propos :

1. dans l'arrêt *SITBA*, la Cour priorise l'égalité devant le droit face aux règles de justice naturelle¹²⁷;
2. dans l'arrêt *Vavilov*, elle priorise la justice naturelle face à la déférence¹²⁸; et
3. dans l'arrêt *Domtar*, elle priorise la déférence face à l'égalité devant le droit¹²⁹.

¹²⁶ Renvoi : *Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 749.

¹²⁷ *SITBA*, préc., note 29, 340.

¹²⁸ *Vavilov*, préc., note 1, par. 23.

¹²⁹ *Domtar*, préc., note 12, 800.

Cet agencement à géométrie variable des principes découlant de la primauté du droit ne laisse pas transparaître une vision claire de l'organisation de ceux-ci par la Cour suprême.

Une troisième hypothèse mérite d'être étudiée : l'effet de l'arrêt *Domtar* pourrait être non pas de nuancer la primauté du droit ou d'établir un ordonnancement des principes de la primauté du droit, mais plutôt de nuancer le monopole des tribunaux en matière de défense de la primauté du droit. Selon cette proposition, la non-intervention des cours supérieures en ce qui concerne l'égalité devant le droit en matière de décision administrative consisterait en la reconnaissance du rôle que doit jouer l'Administration elle-même comme gardienne de la primauté du droit. Il ne s'agit alors pas d'abandonner la primauté du droit ou, plus spécifiquement, l'égalité devant le droit, mais bien de reconnaître à l'Administration sa part de responsabilité à l'égard de la primauté du droit dans les domaines relevant de sa compétence¹³⁰. On ouvre ainsi la porte à une conciliation de la primauté du droit avec la déférence envers l'Administration.

Une telle proposition trouve notamment appui sur la conception de la primauté du droit proposée par le professeur David Dyzenhaus, plus particulièrement dans ce qu'il appelle le « rule-of-law project¹³¹ ». Suivant la thèse de Dyzenhaus, la responsabilité de veiller à la primauté du droit doit être partagée entre les trois composantes de l'État. Il écrit à ce propos : « However, as already indicated, the realization of the principles of the rule of law is as dependent, if not more, on legislative and executive commitment as it is on judicial guardianship¹³². » L'une des conséquences de ce partage est d'ouvrir

¹³⁰ Une option analogue semble être envisagée par la professeure Comtois : S. COMTOIS, préc., note 22, 95.

¹³¹ David DYZENHAUS, *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 3. Voir aussi : David DYZENHAUS, « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », dans Michael TAGGART (dir.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 279; David DYZENHAUS, « Constituting the Rule of Law: Fundamental Values in Administrative Law », (2002) 27-2 *Queen's L.J.* 445.

¹³² D. DYZENHAUS, *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, préc., note 131, p. 10 et 11. Voir aussi : D. DYZENHAUS, « Constituting the Rule of Law: Fundamental Values in Administrative Law », préc., note 131, 452; D. DYZENHAUS, préc., note 22.

la porte à la constitution d'instances administratives responsables de veiller au respect de la primauté du droit, rompant ainsi avec le monopole judiciaire en la matière. Il soutient qu'un tel partage serait également de nature à permettre la légitimation à la fois de l'action administrative et du contrôle judiciaire sous l'égide du principe de *deference as respect*¹³³.

Or, comme le *rule-of-law project* demeure relativement imprécis quant au rôle que chaque composante de l'État est appelée à jouer¹³⁴, nous nous aventurerons dans les prochaines lignes à proposer quelques pistes de réflexion sur la façon dont il pourrait se manifester en matière de controverses jurisprudentielles administratives, et ce, à trois niveaux : (1) les décideurs initiaux, (2) les tribunaux administratifs et (3) les cours supérieures.

La première piste de réflexion vise à tenir compte de la situation dans laquelle se retrouve l'Administration lorsqu'on considère la délégation sectorielle du rôle de défense de la primauté du droit qu'aurait opéré l'arrêt *Domtar* : l'Administration doit désormais assumer d'importantes responsabilités envers la primauté du droit, mais elle demeure fortement contrainte par les limites établies par les tribunaux judiciaires quant aux moyens dont elle dispose pour ce faire. L'Administration est alors laissée dans une situation périlleuse puisqu'elle doit voir à l'uniformité de ses décisions tout en négociant avec les diverses exigences du cadre normatif actuel en matière, notamment, d'équité procédurale et d'exercice de sa discrétion.

Pour pallier cette situation, le cadre normatif proposé par la Cour suprême du Canada gagnerait à être ajusté afin de tenir compte du caractère distinctif du contexte dans lequel exercent les décideurs de première ligne¹³⁵.

¹³³ Ce dernier aspect de la thèse de Dyzenhaus a particulièrement attiré l'attention de la Cour suprême du Canada, qui y réfère à près d'une vingtaine de reprises de 1998 jusqu'en 2019, au moment de l'arrêt *Vavilov*. Concernant l'intérêt de la Cour suprême pour la thèse de Dyzenhaus, voir notamment : Geneviève CARTIER, «Procedural Fairness in Legislative Functions: The End of Judicial Abstinence?», (2003) 53-3 *U.T.L.J.* 217, 257.

¹³⁴ Alison L. YOUNG, «The Rule of Law in the United Kingdom: Formal or Substantive?», (2012) 6-2 *ICL Journal* 259, 280.

¹³⁵ Au même effet, voir : Christopher D. BREDT et Mannu CHOWDHURY, «Peer Review and Adjudicative Independence: Finding the Right Balance in Administrative Justice», (2021) 34 *C.J.A.L.P.* 55, 63-65.

Au premier niveau décisionnel, de nombreux décideurs administratifs sont appelés à se prononcer à plusieurs reprises sur des questions très similaires. Les processus internes assurant la cohérence des décisions prennent donc, au sein du pouvoir exécutif, une importance sans commune mesure avec celle qu'on leur accorde au sein des systèmes judiciaires ou quasi judiciaires, où la variété des dossiers est plus grande¹³⁶. Si l'égalité devant le droit a l'importance qu'on lui attribue généralement, la délégation de la responsabilité d'assurer l'uniformité de ses propres décisions devrait donc être accompagnée des moyens pour y arriver¹³⁷, à l'instar de ce que semblait rechercher le juge Gonthier dans l'arrêt *SITBA*¹³⁸. À titre d'illustration, il pourrait être à-propos de rendre le recours aux directives plus attrayant et d'éviter d'en faire inutilement une source de risques juridiques pour l'Administration, favorisant ainsi à la fois la cohérence décisionnelle et la publicité des positions juridiques de l'Administration.

Les deuxième et troisième pistes de réflexion visent quant à elles à s'assurer que l'administré dispose d'un recours advenant l'incapacité de l'Administration d'assurer l'uniformité de ses interprétations malgré les processus internes qu'elle met en place. Un tel résultat serait peu constructif : après avoir reconnu la capacité de l'Administration d'interpréter et d'appliquer le droit dans son champ de compétence, il n'y aurait aucun moyen de se prémunir contre un éventuel effritement de cette partie du droit à force de contradictions.

Si un tel scénario paraît catastrophique au premier abord, il faut toutefois y apporter une nuance importante afin de bien cerner le véritable enjeu : un certain niveau d'incohérence ne signifie pas la fin du droit, et, surtout, de telles incohérences ne sont pas l'apanage de l'Administration. En effet, ce

¹³⁶ À titre d'illustration, la Direction générale de la révision administrative de la CNESST a traité, uniquement pour un motif d'admissibilité, 27 827 demandes de révision en 2020 (*Demande d'accès du 21 avril 2021*, préc., note 71). À titre de comparaison, 8 222 décisions ou jugements mettant fin au dossier ont été rendus par la Chambre civile de la Cour du Québec pour l'ensemble du Québec pour cette même année. Ce chiffre s'élève à 23 879 dans le cas des affaires civiles devant la Cour supérieure du Québec (*Demande d'accès aux documents – Décision*, dossier BSM-2022-000204, 1^{er} avril 2022 (MJQ)).

¹³⁷ Au même effet, voir : C. D. BREDT et M. CHOWDHURY, préc., note 135, 56-58.

¹³⁸ Voir : S. COMTOIS, préc., note 22, 90.

serait à tort qu'on dissocierait complètement les pouvoirs judiciaire et législatif de l'incohérence en droit. À titre d'exemple, aucun rempart ne protège le justiciable contre un juge qui perpétuerait une controverse jurisprudentielle. Au surplus, bien que le juge soit contraint par le *stare decisis*, nul n'est habilité à s'interposer pour l'empêcher d'en faire fi¹³⁹. Le justiciable s'en trouve alors avec, comme seul recours, l'appel à l'instance suivante.

La distinction pertinente entre les contextes administratif et judiciaire ne réside donc pas en la possibilité d'être visé par une décision incohérente avec les précédents. Depuis l'arrêt *Domtar*, cette distinction tient plutôt au fait qu'il existe désormais des décisions administratives où aucun recours n'est susceptible d'assurer une certaine uniformité du droit appliqué. Les deuxième et troisième pistes de réflexion constituent deux correctifs pouvant être envisagés à cet égard.

La deuxième piste de réflexion consiste à établir clairement le rôle des tribunaux administratifs dans l'uniformisation des décisions dont ils entendent les contestations. Dans plusieurs cas, la décision que prend l'Administration consiste non pas à exercer une pure discrétion, mais bien à individualiser une règle de droit. Dans ces cas, un tribunal administratif qui entend un recours en contestation de la décision de première instance, même *de novo*, ne devrait pas détourner le regard des applications apparemment incohérentes de la loi par le premier décideur sous prétexte que, une fois saisi de la question, il pourra rendre *la* bonne décision. Tout comme l'Administration possède une expertise particulière par rapport aux tribunaux judiciaires, le premier décideur dispose, lui aussi, d'une plus grande expertise que le tribunal administratif. La quête d'une justice administrative de qualité gagnerait donc à ce que le premier décideur soit confronté à ses interprétations antérieures et invité à expliquer les distinctions. À défaut d'explications rationnelles, le tribunal administratif pourrait alors déterminer l'interprétation à retenir parmi les interprétations entre lesquelles la première instance oscille.

139

Voir : Dwight NEWMAN, «The State of *Stare Decisis* and the Rule of Law», (2019) 92 *S.C. Law Rev.* 107. L'arrêt *Vavilov* lui-même illustre ce point, selon les motifs concordants des juges Abella et Karakatsanis : *Vavilov*, préc., note 1, par. 254-266.

Pour qu'une telle proposition ait un effet pratique, il y aurait également lieu de s'assurer que le décideur de première instance soit par la suite lié par l'interprétation retenue par le tribunal administratif, introduisant ainsi une version administrative du *stare decisis*. En somme, confier à l'Administration la responsabilité de veiller au respect de la primauté du droit devrait impliquer qu'on lui reconnaisse l'autorité de se réguler. Conséquemment, les instances administratives «supérieures» ne doivent pas être uniquement une nouvelle chance de présenter les mêmes arguments¹⁴⁰; elles doivent avoir un rôle constructif à jouer, notamment pour «raffiner les règles de droit et veiller à leur application universelle¹⁴¹».

Enfin, la troisième piste de réflexion créerait une brèche dans la règle de non-intervention des cours supérieures en matière de controverses jurisprudentielles qui a été établie dans l'arrêt *Domtar*. Il s'agit de reconnaître un rôle profitable, quoique particulièrement restreint, pour les cours supérieures. En effet, la cohérence avec le propos général de la Cour suprême voudrait que les cours supérieures demeurent habilitées à intervenir exceptionnellement dans certaines situations où des interprétations incohérentes du droit persistent parmi les décisions administratives. Ces interventions devraient toutefois être limitées de deux façons.

D'abord, en toute logique, les situations d'incohérences persistantes se feront plus rares dès lors que l'Administration disposera de la marge de manœuvre requise pour mettre en place des processus internes efficaces pour assurer la cohérence de ses décisions.

Ensuite, l'interventionnisme judiciaire devrait demeurer une solution de dernier recours réservée aux situations où il n'existe aucune procédure au sein du système administratif permettant à l'administré de remédier à la situation. Par exemple, l'intervention de la Cour supérieure ne semble pas à-propos lorsqu'une décision initiale a déjà fait l'objet d'un recours en révision et d'une contestation devant un tribunal administratif. Comme la Cour suprême à l'égard des cours supérieures, le tribunal administratif est alors la troisième

¹⁴⁰ Voir : *M.O. c. Société de l'assurance automobile du Québec*, 2021 QCCA 177, par. 60-70.

¹⁴¹ *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, par. 9.

instance à se prononcer sur la question de droit en litige. Sauf du fait qu'elle ait le dernier mot, rien ne permet de croire qu'une quatrième, cinquième ou sixième instance, chaque fois un peu moins spécialisée, apportera une solution plus appropriée à une question déjà si complexe qu'elle sème la controverse même parmi des décideurs experts.

C'est donc dans les seuls cas où l'Administration échouerait à assurer la cohérence de ses déterminations de droit, alors qu'elle dispose des moyens pour ce faire, qu'un administré pourrait, en l'absence d'une procédure administrative adéquate, appeler la Cour supérieure à résoudre la controverse. Cette entorse aux enseignements de l'arrêt *Domtar* permettrait d'harmoniser davantage le discours de la Cour suprême en matière de primauté du droit, tout en mettant en valeur le rôle de l'Administration et en sauvegardant, dans une très large mesure, la politique de déférence des cours supérieures établie par la Cour suprême.

Conclusion

Le droit administratif a connu une évolution importante depuis la conception classique selon laquelle la discrétion administrative était systématiquement considérée comme du «non-droit». Le rôle de l'Administration comme interprète de la loi a depuis été largement reconnu, de même que les bénéfices qu'apporte son expertise. Toutefois, il semble que ce cheminement se soit arrêté avant d'arriver à véritablement concilier l'égalité devant le droit et le droit administratif.

D'une part, il appert que l'égalité devant le droit occupe une position centrale dans les principales conceptions de la primauté du droit, y compris dans le discours que tient la Cour suprême du Canada en matière de primauté du droit. D'autre part, le principe de non-intervention des tribunaux judiciaires en matière de controverses jurisprudentielles administratives, établi dans l'arrêt *Domtar*, a été souvent confirmé par la Cour suprême et semble là pour rester. Néanmoins, les décisions obtenues dans le cadre de demandes d'accès tendent à illustrer que trente ans après l'arrêt *Domtar*, le cadre normatif proposé est toujours insuffisant pour assurer la cohérence des décisions rendues par le décideur initial et qu'il ne favorise pas la mise en place des processus internes nécessaires.

Sans revenir sur les enseignements de l'arrêt *Domtar*, des mesures additionnelles paraissent nécessaires pour rétablir une certaine cohérence dans le discours relatif à la primauté du droit. Le temps pourrait alors être venu de quitter les débats concernant le contrôle judiciaire et d'envisager la libéralisation des moyens à la disposition de l'Administration afin de lui permettre d'assurer elle-même la cohérence de ses décisions en fonction des particularités du contexte dans lequel elle les rend. Comme l'écrivait le professeur MacLauchlan en 1984 :

In the end the answer is to strive for an administrative apparatus which will guarantee the greatest degree of rationality. The matter is above all one of institutional design and of the competence of agency personnel. If there is no apparent consistency on the front lines, supervisory courts can sit around the clock only to exacerbate the problem¹⁴².

¹⁴²

H. Wade MACLAUHLAN, «Some Problems with Judicial Review of Administrative Inconsistency», (1984) 8-2 *Dalhousie L.J.* 435, 473.