

# L'effet des politiques réglementaires sur l'existence d'attentes légitimes d'être consulté lors du processus réglementaire : commentaire de jurisprudence

(1<sup>er</sup> jet. Prière de ne pas citer sans la permission de l'auteur)

Par France HOULE\*

## Résumé

Durant les années 1980, de nombreux acteurs ont remis en cause le bien-fondé des systèmes réglementaires, stimulant ainsi une profonde réflexion sur les conditions de création de règlements légitimes, réflexion qui a porté sur deux questions fondamentales : (1) les raisons justifiant la prise ou la modification de règlements et (2) la consultation des parties prenantes et du public lors de l'élaboration des projets de règlement. Ces deux conditions de légitimité ont mené à la modification administrative du processus réglementaire par le moyen de politiques et directives fédérales et provinciales. Au fil du temps, ces politiques et directives se sont précisées et raffermissées en force obligatoire tant et si bien que la question se pose aujourd'hui de savoir si elles produisent des effets juridiques. Le cas échéant, le non-respect de ces conditions par les autorités réglementaires peut-il constituer un motif d'invalidité du règlement adopté en contravention de celles-ci ? Dans cet article, l'émergence d'un devoir de consulter est examinée sous la seule optique jurisprudentielle. Nous posons un regard sur les effets juridiques de ces politiques et directives et plus précisément sur l'appropriation qu'en font les juges des cours de justice<sup>1</sup>.

## 1. Contexte général

Au Canada, seul le Québec a intégré une obligation légale de consultation lors du processus réglementaire. C'est à l'art. 10 de la *Loi sur les règlements* qu'une telle obligation est prescrite et les juges sont explicitement autorisés par l'art. 25 de cette loi à déclarer invalide tout règlement pris en contravention de cette obligation<sup>2</sup>. Dans les autres juridictions canadiennes, les gouvernements qui se sont saisis de cette question ont choisi de suivre la voie administrative plutôt que législative. Ils ont donc émis des politiques et directives obligeant les autorités réglementaires à procéder à des consultations auprès des parties prenantes et du public, et ce, avant que le règlement ne soit approuvé par leur Cabinet ou Conseil exécutif.

Le gouvernement fédéral a été le premier à agir en ce sens. Dès la fin des années 1970, il diffuse des lignes directrices applicables à quelques ministères. En 1986, une première politique d'application générale voit le jour et intitulée *Politique réglementaire*

---

\* France HOULE est professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. [france.houle@umontreal.ca](mailto:france.houle@umontreal.ca)

<sup>1</sup> Pour une description de l'évolution administrative du processus fédéral réglementaire entre 1970 et 2007, voir FRANCE HOULE, *Analyses d'impact et consultations réglementaires au Canada : étude sur les transformations du processus réglementaire fédéral : de la réglementation pathogène à la réglementation intelligente*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2012. 604 p.

<sup>2</sup> *Loi sur les règlements*, RLRQ c R-18.1

*fédérale*<sup>3</sup>. Entre 1986 et 2007, cette politique est modifiée à quelques reprises, mais toujours dans le sens d'en solidifier les assises, notamment eu égard au devoir de consulter. En 2007, elle est remplacée par la *Directive du Cabinet sur la rationalisation de la réglementation*<sup>4</sup>. Dès lors, les normes qui y sont contenues, incluant celles relatives au devoir de consulter revêtent un caractère impératif. En 2012, cette directive est renommée *Directive du Cabinet sur la gestion de la réglementation*<sup>5</sup>.

Ces initiatives fédérales ont été remarquées par les praticiens. Dès la fin des années 1980, on peut repérer des jugements dans lesquels ces derniers contestent la validité d'un règlement basé sur la violation du devoir de consulter<sup>6</sup>. Plus tard, les provinces et territoires prirent également diverses initiatives structurant le processus réglementaire et intégrant des prescriptions relatives à la consultation des parties prenantes et du public<sup>7</sup>. Signalons ici celle de 2006 du gouvernement ontarien puisqu'il en est question dans la jurisprudence discutée dans cet article. En effet, le gouvernement adopta la *Politique réglementaire de l'Ontario* prévoyant, à l'instar de la Directive du Cabinet, l'obligation de consulter<sup>8</sup>.

## 2. Problématique jurisprudentielle

Depuis la fin des années 1980, les cours fédérales ont été appelées à se pencher sur la validité de règlements qui auraient été adoptés alors que des protections procédurales relatives à ce devoir administratif de consulter n'auraient pas été respectées par les autorités responsables du projet de règlement<sup>9</sup>. Par exemple, dans *Teal Cedar Products*<sup>10</sup>, le juge Muldoon a accepté l'argument des parties et selon lequel le gouverneur en conseil avait adopté le règlement contesté en se fondant sur des renseignements trompeurs sur l'objet et l'effet du règlement proposé et contenus dans le *Résumé d'étude d'impact de la réglementation*. Le juge Muldoon souscrivit à cet

---

<sup>3</sup> CANADA, BUREAU DE PRIVATISATION ET AFFAIRES RÉGLEMENTAIRES, *Stratégie de réforme de la réglementation*, Ottawa, Bureau de Privatisation et Affaires réglementaires, 1986.

<sup>4</sup> CANADA, Gouvernement du Canada, *Directive du Cabinet sur la rationalisation de la réglementation*, Ottawa, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 16 p. 2007, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/Collection/BT22-110-2007F.pdf>

<sup>5</sup> CANADA, Secrétariat du Conseil du trésor, *Directive du Cabinet sur la gestion de la réglementation*, Ottawa, Conseil du Trésor, 2012, en ligne : <http://www.tbs-sct.gc.ca/rtrap-parfa/cdrm-dcgr/cdrm-dcgrtb-fra.asp>

<sup>6</sup> France HOULE, «Regulatory History Material as an Extrinsic Aid to Interpretation: An Empirical Study on the Use of RIAS by the Federal Court of Canada», (2006) 19 *Canadian Journal of Administrative Law and Practice* 151

<sup>7</sup> David REDMOND and Associates, *Regulatory Reform - A Review of Provincial Government Approaches and Initiatives*, Preliminary Report, January 28, 2011, en ligne :

[http://www.chba.ca/uploads/Urban\\_Council/Feb2011/Tab%209%20-%20Preliminary%20Report%20on%20Provincial%20Regulatory%20Reform%20Initiatives.pdf](http://www.chba.ca/uploads/Urban_Council/Feb2011/Tab%209%20-%20Preliminary%20Report%20on%20Provincial%20Regulatory%20Reform%20Initiatives.pdf)

<sup>8</sup> ONTARIO, Gouvernement de l'Ontario, *Politique réglementaire de l'Ontario*, 2010, en ligne : <http://www.ontariocanada.com/registry/downloads/Ontario%20Regulatory%20Policy.pdf>

<sup>9</sup> Voir F. HOULE, *supra* note 6.

<sup>10</sup> Voir *Teal Cedar Products (1977) Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1989] 2 C.F. 135, aux paras 10, 11 et 24 à 26 (juge Muldoon) et [1989] 2 C.F. 158 (C.A.F.), aux paras 10 à 16 (juges Pratte, Heald et Mahoney).

argument et ajouta que ces mauvais renseignements avaient été recueillis au cours d'un processus de consultation mal mené. En l'espèce, la consultation qui avait permis de recueillir ces renseignements avait été déficiente parce qu'elle avait été tenue sans la participation d'une partie prenante, Teal Cedar, directement affectée par le projet de règlement proposé. En l'occurrence, cette entreprise a dû fermer ses portes parce que l'exploitation du bois y était devenue trop coûteuse : 150 emplois furent perdus.

Même si les juges de la Cour d'appel fédérale rejetèrent unanimement l'argument du juge Muldoon<sup>11</sup>, une question importante venait d'être posée sur le devoir de consulter des autorités réglementaires. Bien qu'en 1989 les juges de la Cour d'appel ne fussent pas encore prêts à entendre cet argument procédural et à y faire droit, nul doute qu'il allait refaire surface compte tenu de l'importance des enjeux pour les parties prenantes. En l'an 2000, une brèche s'ouvre. Dans la décision *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*<sup>12</sup>, la validité d'un règlement est contestée pour le motif qu'il a été promulgué sans consultation préalable, contrairement à une promesse faite par l'autorité réglementaire responsable du projet de règlement. Apotex plaide qu'elle a une attente légitime d'être consultée qui n'a pas été honorée, ce qui, par conséquent, vicie la validité du processus d'adoption du règlement<sup>13</sup>.

Les juges de la Cour d'appel fédérale sont divisés sur la question de l'application de cette doctrine au processus réglementaire. Dans son opinion, le juge Evans a rédigé une longue opinion étayant plusieurs arguments et commentaires en faveur de l'application de la doctrine des attentes légitimes dans le cadre du processus réglementaire. L'un de ceux-là avait trait aux politiques et directives.

Les droits sous-tendant la théorie de l'expectative légitime se rapportent à l'application non discriminatoire, au sein de l'administration publique, des normes procédurales établies par la pratique passée ou par des lignes directrices publiées, et à la protection de l'individu contre l'abus de pouvoir résultant de la violation d'un engagement. Telles sont les préoccupations traditionnelles fondamentales qui existent en droit public. Ce sont également les éléments essentiels d'une administration publique saine. Dans ces conditions, la consultation cesse d'être uniquement une question de processus politique ne relevant donc pas du droit, et entre dans la sphère du contrôle judiciaire.<sup>14</sup>

De cette opinion, on pouvait penser que des attentes légitimes peuvent naître de politiques et directives, et en particulier d'une attente chez les parties intéressées à être consultés.

En revanche, l'opinion rédigée par le juge Décary à laquelle le juge Sexton souscrit est laconique. Il hésite « à faire intervenir l'appareil judiciaire de façon qu'il impose ses propres restrictions procédurales à l'égard du processus de réglementation du

---

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2000] 4 F.C. 264 (C.A.F.).

<sup>13</sup> *Ibid.*, au par. 27.

<sup>14</sup> *Ibid.*, au par. 123.

gouverneur en conseil.»<sup>15</sup>, car il entretient «de sérieuses réserves» à l'égard de l'application de la doctrine au processus réglementaire. Il ne répond toutefois pas aux arguments de son collègue Evans<sup>16</sup>. L'opinion du juge Décary est conforme à la jurisprudence de la Cour suprême antérieure au jugement *Apotex*. Celle-ci rejette catégoriquement l'idée qu'il puisse exister une obligation procédurale de consulter, issue de la *common law*, et incombant aux autorités gouvernementales et parlementaires lors de l'élaboration de normes de nature législative<sup>17</sup>. Le lecteur aura donc deviné que c'est l'opinion du juge Evans qui est intéressante pour la discussion qui suit.

Afin d'écarter l'application de la jurisprudence de la Cour suprême, le juge Evans distingue entre la situation où le devoir de consulter, fondé sur la doctrine des attentes légitimes, est argumenté dans le but d'imposer des exigences procédurales au Parlement lorsque ce dernier édicte une loi, et la situation où la doctrine est invoquée dans le cadre de l'exercice de pouvoirs réglementaires. Dans la première situation, le juge est d'accord avec la Cour suprême dans *Régime d'assistance publique* : la doctrine des attentes légitimes ne saurait imposer une restriction à l'exercice d'une compétence législative exclusive du Parlement, sans affecter un trait essentiel de la démocratie parlementaire<sup>18</sup>. Il ajoute que «des considérations similaires ne s'appliquent pas à l'exercice de *pouvoirs délégués qui ne sont pas sujets au même niveau d'examen que la législation qui doit passer au travers du processus législatif complet.*»<sup>19</sup>

Un an plus tard, l'argument développé par le juge Evans dans *Apotex* est plaidé devant la Cour suprême dans l'affaire *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*<sup>20</sup>. Dans les motifs concordants du juge Binnie (auxquels la juge en chef McLachlin souscrit), on peut lire l'*obiter* suivant :

La seconde restriction veut qu'« on ne [puisse] soumettre à la surveillance judiciaire les organismes publics qui exercent des fonctions de nature législative » [...]. Le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada* portait sur l'application de la théorie de l'expectative légitime au législateur dans les cas où la retenue judiciaire s'impose clairement. *Il peut être difficile, dans d'autres contextes, de déterminer quand l'exception législative s'applique et quand elle ne s'applique pas, comme cela a été débattu en Cour d'appel fédérale dans l'affaire Apotex Inc. c. Canada (Procureur général), [2000] 4 C.F. 264, notamment dans les motifs du juge Evans, aux par. 105 et suiv. Cette question reste à trancher.*<sup>21</sup> (nos italiques)

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, au par. 22.

<sup>16</sup> *Ibid.*, aux paras 1 à 26.

<sup>17</sup> *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735 ; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525.

<sup>18</sup> *Apotex*, *supra* note 12, au par. 109.

<sup>19</sup> *Ibid.*, aux paras 110.

<sup>20</sup> *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281.

<sup>21</sup> *Ibid.*, par. 34.

Or, dans l'affaire *Apotex*, c'est précisément au paragraphe 105 que le juge Evans amorce la discussion sur le devoir de consulter lors du processus réglementaire<sup>22</sup>. En conséquence de cet *obiter* du juge Binnie, la question de savoir si la doctrine des attentes légitimes s'applique dans le cadre d'un processus réglementaire était encore loin d'être close.

Que s'est-il passé sur le plan jurisprudentiel depuis lors ? Jusqu'en 2013, peu de choses. Dans la plupart des jugements où la validité d'un règlement est contestée en raison du fait que les consultations promises n'ont pas eu lieu, donnant ainsi ouverture à une violation procédurale fondée sur les attentes légitimes, les juges respecteront la lettre et l'esprit des opinions antérieures exprimées dans *Apotex* (opinion majoritaire) et *Mont-Sinaï* (opinion concordante). Ils ne trancheront tout simplement pas sur la question, soit en refusant d'y répondre<sup>23</sup>, soit en exprimant des réserves et en précisant que même si la doctrine des attentes légitimes pouvait être invoquée, la preuve de son application n'avait pas été faite en l'espèce, mais sans plus de précision<sup>24</sup>. Du coup, les débats sur l'application de la doctrine des attentes légitimes au processus réglementaire n'ont pas progressé durant une période d'environ une douzaine d'années.

L'ambiguïté créée par *Apotex* et *Mont-Sinaï* a engendré un malaise chez les juges. Est-il possible d'appliquer la doctrine des attentes légitimes lors d'un processus réglementaire *gouvernemental* ? Depuis 2006, la Cour suprême l'a fait dans le cadre d'un litige portant sur un règlement *municipal* dans *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*<sup>25</sup>. Même si des nuances devraient être apportées sur l'application de cette doctrine dans le cadre des processus réglementaires à ces deux niveaux de gouvernement (la justification reste à développer), une réflexion de fond est en train de germer parmi certains juges, dont le juge Lederer de la Cour divisionnaire de l'Ontario.

En 2013, le débat s'amorce dans l'affaire *Amalorpavanathan #1*<sup>26</sup>. Dans les motifs de son ordonnance intérimaire, le juge Lederer se montre disposé à accepter l'application de la doctrine dans le cadre du processus réglementaire ontarien. En revanche, les juges siégeant au fond dans *Amalorpavanathan #2*<sup>27</sup> seront plus circonspects à cet égard. Selon eux, les deux conditions d'application de la doctrine posés par le juge Binnie dans *Mavi* ne sont pas remplies en l'espèce<sup>28</sup> : (1) l'autorité gouvernementale n'a pas fait à un individu ou un groupe clairement identifié une

---

<sup>22</sup> *Apotex*, *supra* note 12, au par. 105.

<sup>23</sup> Voir par exemple : *Le Conseil du Patronat du Québec Inc. c. Québec (Procureur Général)*, 2003 CanLII 33352 (QC CS) aux paras 87-88 ; *Association des Pilotes de Lignes Internationales c. Urbino*, 2004 CF 1387 (CanLII), aux paras 21 à 24 ; *Aviation Portneuf Ltée. c. Canada (Procureur Général)*, 2001 CFPI 1299 (CanLII) au par. 25 à 27.

<sup>24</sup> Voir par exemple : *Société canadienne de consultants en immigration c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1435 (CanLII) au par. 150-151 ; *The Cash Store Financial Services Inc. v. Ontario (Consumer Services)*, 2013 ONSC 6440 (CanLII) au par 24 à 27.

<sup>25</sup> *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, [2006] 1 R.C.S. 227.

<sup>26</sup> *Amalorpavanathan v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 ONSC 4993 (CanLII)

<sup>27</sup> *Amalorpavanathan v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario, Ministry of Health*, 2013 ONSC 5415 (CanLII)

<sup>28</sup> *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30 (CanLII), par. 68.

promesse qu'une procédure sera suivie; (2) la promesse n'est pas 'clear, unambiguous and unqualified' (l'usage des termes anglais sera expliqué plus loin).

Dans les pages qui suivent, je discuterai des portée et limites de chacune de ces conditions dans le cadre d'un argument soutenant ou rejetant l'idée selon laquelle des attentes légitimes peuvent naître de directives et politiques portant sur le processus réglementaire et intégrant une obligation de consulter. Les arguments des parties et les motifs des juges dans les affaires *Amalorpavanathan #1* et *#2* constitueront l'architecture de la discussion. Dans la dernière partie du texte, je discuterai brièvement d'un dernier jugement *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés*<sup>29</sup> parce qu'il soulève une question connexe : celle de l'application de la doctrine des attentes légitimes aux décrets pris par l'exécutif et sans qu'ils ne soient autorisés par une loi.

### 3. Le litige et les arguments dans *Amalorpavanathan #1* et *#2*

En 2013, le Gouvernement de l'Ontario a décidé d'amender un règlement, en y radiant les références permettant que les services offerts par les physiothérapeutes et par les cliniques de physiothérapie soient remboursés par l'Assurance-santé de l'Ontario. En conséquence de celui-ci, L'emploi occupé par ces professionnels et la viabilité économique de ces cliniques étaient gravement affectés. La viabilité du règlement fut alors contestée. L'un des motifs invoqué fut la violation d'une attente légitime de consultation.

Selon les requérants, l'attente tirait sa source dans la *Politique réglementaire de l'Ontario* dans laquelle on peut lire : «*The public and businesses affected by regulations must be afforded timely and meaningful opportunity to provide input and comments on proposed regulations.*»<sup>30</sup> Étant donné l'urgence de l'affaire, le juge Lederer dans *Amalorpavanathan #1* a été appelé à rendre une ordonnance intérimaire afin de déterminer s'il y avait lieu de suspendre l'effet du règlement dans l'attente du jugement final. Avant de prendre une telle décision, le juge devait donc décider de trois questions : 1) une question sérieuse à débattre; (2) un préjudice irréparable ; (3) la balance des inconvénients. C'est sur la question (1) que le juge Lederer fit des commentaires intéressants pour les fins de cet article et auxquels les juges Aston, Nordheimer et Perell, siégeant sur l'affaire au fond, répondront dans *Amalorpavanathan #2*.

Dans *Amalorpavanathan #1*, le juge Lederer conclut qu'il y a une question sérieuse à débattre puisque la question de l'application de la doctrine des attentes légitimes au processus réglementaire n'est pas résolue. En décidant qu'il y a matière à débat, il fait les observations suivantes : (1) des attentes légitimes pouvaient naître de la *Politique réglementaire de l'Ontario* en tant que politique (2) des attentes légitimes peuvent être spécifiquement nées de la *Politique réglementaire de l'Ontario* en ce sens que les termes de cette politique satisfont, à première vue, aux critères jurisprudentiels faisant preuve de l'existence de telles attentes. En l'espèce, le juge prend également acte du fait qu'aucune possibilité de commenter le projet de règlement n'a été donnée aux

---

<sup>29</sup> *Médecin Canadiens pour les soins aux réfugiés c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 651 (CanLII) juge Mactavish aux paras 354 et ss.

<sup>30</sup> *Politique réglementaire de l'Ontario*, supra note 8 au par. 6

requérants contrairement à la *Politique réglementaire de l'Ontario*. Dans *Amalorpavanathan #2*, les juges ne répondent pas directement à la première observation du juge Lederer. L'essentiel de leurs motifs portent plutôt sur la deuxième observation.

#### **4. Est-ce que des attentes légitimes peuvent naître de la Politique réglementaire de l'Ontario en tant que politique ?**

Dans *Amalorpavanathan #1*, le défendeur plaide qu'il n'est pas possible que la *Politique réglementaire de l'Ontario* puisse faire naître des attentes légitimes d'être consulté puisque, comme son nom l'indique, il s'agit justement d'une politique. Puisqu'une politique n'est pas source de droit, elle ne peut pas être le fondement d'attentes légitimes. Le juge Lederer répond à cet argument en précisant que le défendeur passe à côté de la question. Selon le juge, le fait qu'un document soit intitulé 'politique' ne donne aucune indication, en soi, de son importance juridique. En l'espèce, il précise que la politique est publique (puisque'elle est postée sur le site web du gouvernement) et que son contenu révèle la promesse qu'une procédure sera suivie avant qu'un nouveau règlement ne soit adopté. L'argument implicite ici est qu'il n'est pas possible de prétendre que cette politique n'est qu'une mesure de régie interne<sup>31</sup>. Il est clair que les dispositions relatives à la consultation s'adressent aux citoyens (et aussi, bien sûr, à l'autorité gouvernementale). Il précise que le droit d'être consulté ne se retrouve pas, en soi, dans les termes de la *Politique réglementaire de l'Ontario* mais dans l'attente légitime que la promesse qui y est énoncée fait ou ferait naître<sup>32</sup>. Le juge Lederer conclut donc que la Politique s'applique *prima facie* au règlement contesté<sup>33</sup>. Dans *Amalorpavanathan #2*, la Cour reste silencieuse sur cet argument, ce qui était prévisible dans la mesure où la question est complexe et parce qu'il n'était pas nécessaire d'y répondre étant donné qu'elle conclut que la *Politique réglementaire de l'Ontario* ne peut être le fondement d'une attente légitime d'être consulté.

#### **5. Est-ce que la Politique réglementaire de l'Ontario satisfait aux critères prouvant l'existence d'attentes légitimes ?**

Pour comprendre les opinions des juges dans ces deux décisions, il est utile de partir des motifs de la Cour dans *Amalorpavanathan #2*. En effet, le juge Nordheimer est d'avis que la *Politique de réglementation de l'Ontario* ne satisfait tout simplement pas aux critères portant sur l'existence d'attentes légitimes tels qu'énoncés par le juge Binnie

---

<sup>31</sup> Voici la définition de la règle de régie internet proposée par Dussault et Borgeat : « *règle de conduite de portée interne, édictée par une autorité administrative en vertu d'un pouvoir général de direction, dans le but d'encadrer l'action de ses subordonnés, et dont l'inobservation est passible de sanction administratives et non judiciaire.* » René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., tome 1, Québec, P.U.L., 1986, p.418. Sur ce point, une critique de l'application trop large que font les juges de cette règle est à trouver dans : France HOULE, *Les règles administratives et le droit public : aux confins de la régulation juridique*, Cowansville, Québec, coll. Minerve, Éditions Yvon Blais, 2001, 285p.

<sup>32</sup> *Amalorpavanathan*. *supra* note 26 au par. 11.

<sup>33</sup> *Ibid.* au par. 12.

dans l'arrêt *Mavi*<sup>34</sup>. Le juge y trouvera deux failles. La première faille tiendrait du fait que la politique ne s'applique pas directement aux requérants en tant qu'individus ou en tant que groupe spécifique<sup>35</sup> : il s'agit d'une politique d'application générale énoncée en faveur de tous les citoyens de la province. La deuxième faille identifiée par le juge Nordheimer est que la *Politique de réglementation de l'Ontario* ne constitue pas une attente qui soit '*clear, unambiguous and unqualified*'. L'argument du juge est qu'étant donné que la Politique réglementaire prévoit expressément des exceptions, il ne peut s'agir d'une politique qui est notamment '*clear, unambiguous and unqualified*'.

**a) La politique ne s'adresse pas directement et spécifiquement à des individus ou groupes spécifiques**

Il y a peu à dire sur cet argument. De toute évidence, la Politique réglementaire de l'Ontario ne s'adresse pas à une personne ou un groupe concerné. Mais cela est incontestable non seulement dans le cas de la Politique réglementaire de l'Ontario, mais aussi pour toute politique ou directive. Donc, si on accepte l'argument du juge Nordheimer, il faudrait clore le débat. Le problème, toutefois, est que cet argument va à l'encontre du jugement *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*<sup>36</sup>. *Agraira* qui a été rendu le 20 juin 2013. Il est donc antérieur à *Amalorpavanathan #2*, décision prise le 26 août 2013, soit deux mois après *Agraira*.

*Agraira* portait sur la contestation d'une décision du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile refusant la demande de résidence permanente d'*Agraira*. Le refus du ministre était basé sur l'application d'un motif d'interdiction de territoire, plus précisément celui selon lequel il n'était pas dans l'intérêt national d'admettre des individus qui avaient entretenu des contacts suivis avec des organisations terroristes connues ou avec des organisations ayant des liens avec des terroristes. Une des questions en litige était de savoir si la décision du ministre était inéquitable parce qu'elle portait atteinte aux attentes légitimes d'*Agraira*, attentes qui prenaient source dans le Guide opérationnel publié par CIC et établissant une procédure de traitement des dossiers<sup>37</sup>. L'appelant plaidait donc qu'il pouvait s'attendre à ce que sa demande soit traitée conformément au processus prévu dans le Guide. Cet argument a été accepté par la Cour. Le juge LeBel écrit :

En l'espèce, le guide opérationnel a créé un cadre procédural clair, net et explicite pour le traitement des demandes de dispense et, de ce fait, une attente légitime quant à son application. [...] le Guide opérationnel était accessible au public et

<sup>34</sup> *Canada (Procureur général) c. Mavi*, [2011] 2 RC.S. 524, par. 68.

<sup>35</sup> *Amalorpavanathan*, *supra* note 27 au par. 10.

<sup>36</sup> *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 2 SCR 559, 2013 CSC 36 (CanLII).

<sup>37</sup> *Ibid.*, au par. 98. Il est utile de préciser que ces guides sont des directives s'adressant aux fonctionnaires chargés d'appliquer la loi. Précisons aussi que même si le Guide est rédigé par CIC, il est utilisé — comme la Cour l'écrit elle-même — à la fois par [TRADUCTION] « les agents de CIC et les agents de l'ASFC dans l'exercice de leurs fonctions et pour l'application de la loi » et bien que ce ministère ne relève pas du ministre, il est clair que le guide opérationnel est utilisé à la fois par [TRADUCTION] « les agents de CIC et les agents de l'ASFC dans l'exercice de leurs fonctions et pour l'application de la loi » (par. 108).

l'est encore, et comme il ressort de l'annexe 2 aux présents motifs, il constitue un code de procédure relativement exhaustif concernant le traitement des demandes de dispense ministérielle. L'appelant pouvait donc raisonnablement s'attendre à ce que sa demande soit traitée conformément au processus qui y est prévu.

En conséquence de cet arrêt, il faut conclure que l'argument du juge Nordheimer selon lequel une politique ou directive (qu'importe le nom qu'on lui donne) ne peut pas être constitutive d'attentes légitimes parce qu'elle ne s'adresse pas à un individu ou un groupe en particulier n'est pas, du moins à première vue, fondé.

**b) La politique ne constitue pas une attente 'clear, unambiguous and unqualified'**

L'argument du défendeur est à l'effet de dire que les exceptions contenues dans la politique empêchent la création d'attentes légitimes. Dans *Amalorpavanathan #1*, le juge Lederer concède au défendeur que la *Politique réglementaire de l'Ontario* énonce effectivement des exceptions relatives à l'obligation de publier sur le site web du gouvernement des projets de règlements pour fins de consultations. Cependant, il restera silencieux sur la question de savoir si ces exceptions ont pour effet d'empêcher la naissance d'une attente légitime. Le débat aura plutôt lieu autour de la question de savoir si le défendeur pouvait demander et obtenir une exemption de publication pour fins de consultation. Le juge passera donc à l'examen de l'exemption. Il notera que parmi les règlements qui peuvent être exemptés de l'application de cette politique, il y a ceux impliquant des situations où, en raison d'une exigence législative, la publication du projet pourrait affecter la bonne administration ou la bonne exécution d'un programme gouvernemental. En l'espèce, le défendeur argumente que c'est sur la base de cette exemption que le ministère aurait obtenu autorisation du gouvernement ontarien de ne pas rendre public le projet de règlement pour fins de consultations.

Une fois ce fait admis, le débat s'est déplacé sur les motifs pour lesquels une telle exemption avait été demandée. Une fonctionnaire du ministère responsable du règlement a déclaré en contre-interrogatoire que la raison pour laquelle l'exemption avait été demandée était parce qu'on s'inquiétait que les professionnels de la santé touchés par le futur règlement cesseraient de dispenser les soins et services visés par le projet de règlement si celui-ci était rendu public sur le site web. Après cette déclaration, l'avocate du gouvernement s'est objecté à ce que d'autres questions soient posées à la fonctionnaire concernant les justifications sous-jacentes à l'exemption. Elle s'est notamment objectée à la production d'un document constituant le gabarit des exemptions réglementaires et contenant les explications pouvant être fournies pour demander une exemption. L'avocat du requérant a alors soumis que sans cette information, il était impossible de comprendre les fondements sur lesquels la demande d'exemption avait été accordée et donc de déterminer si le gouvernement avait délibérément fait fi de son obligation de consulter prescrite dans la *Politique réglementaire*. Le juge Lederer a jugé que l'argument du requérant était fondé et que sans ce gabarit, il était impossible de savoir si l'exemption invoquée avait été autorisée conformément aux dispositions de la

Politique. Par conséquent, il n'est pas clair, selon le juge, de savoir si le gouvernement a délibérément passé outre de ce qu'il appellera alors 'le droit établi' ('established law').

En conséquence, il y avait là aussi, selon le juge Lederer, une question importante à débattre, mais le juge Nordheimer *Amalorpavanathan #2* refusera d'engager le débat sur ce point, car le principe de la séparation des pouvoirs l'en empêche. Pour le juge Nordheimer la question du droit de connaître les motifs justifiant l'usage de l'exception constitueraient une incursion non autorisée (notamment par les lois d'accès à l'information) sur le terrain des délibérations de nature politique, terrain sur lequel il est entendu que les juges n'ont pas juridiction. En effet, il écrira qu'il n'est pas clair que les requérants aient un quelconque droit d'être informé sur les raisons pour lesquelles l'exemption a été accordée. C'est à cette étape que le juge Nordheimer reprend l'argument du défendeur selon lequel la simple existence d'*exceptions* dans le texte de la Politique réglementaire est une preuve en soi que l'attente invoquée n'est pas '*clear, unambiguous and unqualified*'. Sur ce point, j'ai deux remarques à formuler.

La première remarque porte sur la différence entre les versions anglaise et française du test posé par le juge Binnie dans *Mavi*. En français, le test se lit comme suit : l'attente doit être 'claire, nette et explicite'. La controverse porte essentiellement sur la différence de sens entre les mots 'unqualified' et 'explicite'. En effet, dans le contexte du jugement *Mavi*, le mot 'unqualified' fait référence à la notion d'inconditionnalité. En français, ce n'est pas le terme 'inconditionnel', 'sans condition' ou 'sans réserve' qui a été utilisé pour traduire le terme 'unqualified', mais le mot 'explicite'. Or 'explicite' ne signifie pas 'sans condition' ou 'sans réserve'. Il traduit l'idée que quelque chose ne laisse pas de doute quant à sa signification, qu'il n'y a pas d'équivoque. En ce sens, le mot 'explicite' est un synonyme d'*unambiguous*', mais il n'est pas un synonyme d'*unqualified*'.

Le problème de sens est important, car une exception (qu'elle que soit sa source) peut très bien être claire, nette et explicite. J'irais même jusqu'à dire qu'en droit les exceptions devraient normalement être énoncées de manière claires, nettes et explicites. Donc, selon les critères français de l'arrêt *Mavi*, le fait qu'il y ait des exceptions dans une politique n'a pas pour conséquence d'empêcher la création d'attentes légitimes. Par contre, selon la version anglaise du test posé par le juge Binnie, une exception constituerait une barrière infranchissable à l'existence d'une telle attente. En somme, il est impératif que le problème de traduction dans *Mavi* soit réglé dans des jugements ultérieurs de la Cour suprême et, à mon avis, il serait préférable de choisir la version française du test. Voici pourquoi.

Si le concept d'inconditionnalité (traduit normalement par 'sans réserve') comme signifiant l'absence d'exception était retenu, il est fort à parier qu'un très grand nombre de protections procédurales contenues dans des politiques ne satisferaient pas ce critère et constituerait un recul face à l'avancée d'*Agraira* quant aux fonctions et effets des politiques/directives en droit administratif contemporain. D'autre part, ce genre de critère rendrait la tâche facile aux gouvernements qui n'auraient qu'à intégrer une exception dans une politique pour éviter l'application de la doctrine des attentes légitimes — et j'ajouterais ici — tout comme il est facile d'éradiquer l'usage du mot 'doit' dans une politique pour éviter l'application de la doctrine de l'entrave à la discrétion comme il est couramment fait à l'heure actuelle.

## 6. Le droit d'être consulté lors de la création ou de la modification de décrets ne constituant pas de la législation déléguée

Dans la récente décision *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés c. Canada (Procureur général)*<sup>38</sup> rendue au mois de juillet 2014, la validité du *Décret concernant le Programme de santé intérimaire (2012)* a été contestée<sup>39</sup>. Par ce décret, le gouvernement réduisant la couverture des soins de santé offerts aux réfugiés et d'autres catégories de migrants sur le territoire canadien. Encore une fois, l'argument des attentes légitimes relatives à la consultation prérogative a été invoqué.

Ce décret est un peu particulier en ce sens que le Programme qui a été modifié était et demeure un programme qui n'a pas été créé sur la base d'une autorisation législative, mais sur la prérogative. Quant aux modifications de 2012, la juge Mactavish précise qu'elles ont été apportées dans le cadre d'un processus budgétaire. Comme la juge l'écrit dans son jugement, c'est en raison de ce fait qu'il n'y a pas eu de préavis et que les parties n'ont pas été consultées puisque le décret est «protégé par le secret budgétaire et la confidentialité des délibérations du Cabinet»<sup>40</sup>. Dans le cadre de cette affaire, les requérants ont plaidé que le gouvernement fédéral avait manqué à son obligation générale d'agir équitablement à leur égard. Le fait d'avoir modifié le programme sans les avoir consulté au préalable allait à l'encontre de leurs attentes légitimes de se voir accorder un droit de participation.

Selon les requérants, les autorités avaient déjà procédé à nombreuses consultations dans le passé lorsqu'elles s'apprêtaient à apporter des changements au programme. Les requérants font même valoir qu'il y avait eu des négociations en 1995 qui avaient abouti à la signature d'un protocole d'entente. C'est sur la base de cette preuve, les consultations antérieures et une pratique établie à cet égard, que les requérants plaident l'existence d'une attente légitime d'être consultés<sup>41</sup>. Quant aux défendeurs, ils rejettent tout simplement la thèse des requérants et ils ajoutent qu'ils ont été consultés entre le moment où le décret a été publié dans la Gazette (avril 2012) et son entrée en vigueur (30 juin 2012). En conséquence, les requérants ont pu examiner les modifications et formuler des observations. Ils ajoutent que CIC a tenu des séances d'information. Sur ces bases, les défendeurs concluent que les intéressés ont bel et bien participé au processus de modification du décret. Dans son jugement, la juge Mactavish a conclu que la preuve de l'existence d'attentes légitimes n'avait pas été faite en l'espèce. En s'appuyant sur l'arrêt *Mavi*, elle décide que les demandeurs n'ont présenté aucun élément de preuve de pratiques, conduites ou déclarations claires, nettes et explicites qui permettrait de raisonnablement affirmer que celles-ci ont amené les intéressés à légitimement s'attendre à se voir accorder des droits de participation en l'espèce.

---

<sup>38</sup> *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés*, supra note 30 aux par. 354 et ss.

<sup>39</sup> *Décret concernant le programme fédéral de santé intérimaire (2012)*, TR/2012-26, en ligne : <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/reglements/TR-2012-26/TexteCompleet.html>

<sup>40</sup> *Ibid.*, au par. 404

<sup>41</sup> *Ibid.*, aux paras 409-410

Au-delà des motifs de la juge Mactavish, j'ai inclus ce jugement dans ma liste de cas à discuter afin de souligner la question suivante. Tant la *Directive du Cabinet sur la gestion de la réglementation* (2012) que la *Directive sur la rationalisation de la réglementation* (2007) prescrit explicitement que leur contenu ne s'applique qu'à la législation déléguée. En conséquence, les décrets pris sur une base autre qu'une délégation législative sont exclus du champ d'application de cette directive. Donc, même si les cours décidaient dans l'avenir que les politiques et directives réglementaires faisaient naître des attentes légitimes de consultation, le champ d'application de cette attente se limiteraient aux règlements autorisés par la loi, du moins ceux issus de l'action gouvernementale fédérale. Certes, une telle jurisprudence constituerait une avancée réelle pour la protection des droits démocratiques des citoyens, mais la question se pose à savoir si l'exclusion de décrets, tels celui en l'espèce, ne devrait pas faire l'objet de nuances. Dans l'affaire *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés*, la juge Mactavish aurait vraisemblablement appliqué la doctrine si la preuve était été satisfaisante.

## Conclusion

En droit contemporain, le règlement a pris une telle importance quantitative et qualitative dans les systèmes juridiques étatiques qu'il n'est pas surprenant de constater l'éclosion de discussions passionnées sur l'usage de cet instrument juridique, prônant la dérèglementation durant les années 1980, puis la réglementation dite 'intelligente', traduction du concept américain de '*smart regulation*'<sup>42</sup> depuis les années 1990.

L'obligation de consulter impartie aux autorités réglementaires et issues de directives et politiques a émergé d'un long processus de réflexion sur les conditions de légitimité des règlements dans une société démocratique. Aujourd'hui, plusieurs juridictions (É-U et l'Europe) ont intégré une telle obligation de consultation avec les parties prenantes et le public avant d'adopter des règlements. Pour satisfaire aux obligations consenties dans le cadre de l'Aléna, le gouvernement fédéral prévoit des consultations de 75 jours. Les rumeurs indiquent aussi qu'une obligation de consulter fait également partie des dispositions de l'Accord Canada-Europe. Il y a des discours convergents dans les pays de l'OCDE sur l'obligation de consulter et ils engendreront inévitablement un contentieux de plus en plus important. Il serait donc important que les juges, notamment ceux de la Cour suprême, structurent juridiquement les portée et limites de ce devoir en droit canadien.

Enfin, un dernier élément dont il faut tenir compte lors d'une telle réflexion. Le législateur fédéral utilise de plus en plus la technique du projet de loi omnibus depuis les années 1990 (s'agit-il d'un effet imprévu de la globalisation ?). À l'heure actuelle, il ne semble pas exister de limites quant aux usages qui peuvent être fait de cette technique législative, si bien que depuis quelques années, ce sont des projets de loi omnibus 'mammoth' qui sont déposés devant la Chambre des communes. Un des problèmes avec ces projets mammoths est que leur gestion limitent considérablement, voire même empêchent, toute discussion réelle en comité parlementaire. Cela fait en sorte que nos

---

<sup>42</sup> Les lettres du mot 'smart' réfèrent chacune à un concept : *sound, modern, accountable, results-based* et *transparent*.

représentants élus éprouveraient de plus en plus de difficulté à faire un travail législatif aussi méticuleux que celui auquel nous serions en droit de nous attendre. De cette situation découle que l'examen des pouvoirs réglementaires attribués au gouvernement par ces lois est d'autant négligé. Donc, si la consultation ne se fait pas adéquatement lors de l'adoption des lois, ne faudrait-il pas garantir que celle-ci puisse se faire au stade de l'élaboration des règlements ?