DROIT ADMINISTRATIF

7e édition

Patrice Garant

ÉDITIONS YVON BLAIS

DROIT ADMINISTRATIF

7e édition

Patrice Garant, M.S.R.C.
Professeur émérite, Université Laval

Avec la collaboration de
Philippe Garant, avocat, M.Sc.Pol.
Jérôme Garant, avocat, LL.M.

ÉDITIONS YVON BLAIS

© 2017 Thomson Reuters Canada Limitée

MISE EN GARDE ET AVIS D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ : Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de mémoriser sur un système d'extraction de données ou de transmettre, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, tout ou partie de la présente publication, à moins d'en avoir préalablement obtenu l'autorisation écrite de l'éditeur, Éditions Yvon Blais.

Ni Éditions Yvon Blais ni aucune des autres personnes ayant participé à la réalisation et à la distribution de la présente publication ne fournissent quelque garantie que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de celle-ci. Il est entendu que la présente publication est offerte sous la réserve expresse que ni Éditions Yvon Blais, ni l'auteur (ou les auteurs) de cette publication, ni aucune des autres personnes ayant participé à son élaboration n'assument quelque responsabilité que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de son contenu ou au résultat de toute action prise sur la foi de l'information qu'elle renferme, ou ne peuvent être tenus responsables de toute erreur qui pourrait s'y être glissée ou de toute omission.

La participation d'une personne à la présente publication ne peut en aucun cas être considérée comme constituant la formulation, par celle-ci, d'un avis juridique ou comptable ou de tout autre avis professionnel. Si vous avez besoin d'un avis juridique ou d'un autre avis professionnel, vous devez retenir les services d'un avocat, d'un notaire ou d'un autre professionnel. Les analyses comprises dans les présentes ne doivent être interprétées d'aucune façon comme étant des politiques officielles ou non officielles de quelque organisme gouvernemental que ce soit.

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada

Garant, Patrice, 1937-

Droit administratif

7e édition.

Comprend des références bibliographiques et un index.

ISBN 978-2-89730-381-5

1. Droit administratif – Canada. 2. Droit administratif – Québec (Province). I. Garant, Philippe. II. Garant, Jérôme, 1970- . III. Titre.

KE5015.G37 2017 342.71'06 C2017-941694-4

Canada Nous reconnaissons l'appui financier du gouvernement du Canada.

Dépôt légal : 4e trimestre 2017
Bibliothèque et Archives nationales du Québec
Bibliothèque et Archives Canada
ISBN : 978-2-89730-381-5

Imprimé aux États-Unis

THOMSON REUTERS®

Éditions Yvon Blais, une division de Thomson Reuters Canada Limitée

75, rue Queen, bur. 4700
Montréal (Québec) H3C 2N6
Canada

Service à la clientèle
Téléphone : 1-800-363-3047
Télécopieur : 450-263-9256
Site Internet : www.editionsyvonblais.com

À Marie-Françoise

En matière environnementale, par exemple, le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre et à ses fonctionnaires est considéré comme très étendu : « Le gouvernement est juge de l'opportunité d'agir ou de ne pas agir. Responsable de la préservation de l'intérêt public en matière d'environnement, il est libre d'adopter ce qu'il croit être la meilleure solution en fonction de celui-ci »[188].

Certains mentionnent qu'il ne faut pas confondre le pouvoir discrétionnaire conféré à une autorité administrative et la discrétion dont dispose un tribunal dans l'appréciation des faits. Ainsi, selon la Cour suprême, « l'examen de la probabilité d'une « conclusion erronée » ne fait pas appel à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. La Commission ne prend pas non plus ainsi une décision de politique générale d'intérêt public, ni ne répartit des ressources très limitées. Essentiellement, la Commission tranche un litige entre les parties dans le cadre d'une procédure qui s'apparente à une version informelle d'une instance judiciaire courante »[189].

L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne peut être révisé directement par les cours, c'est-à-dire quant au bien-fondé de la décision, sauf si un droit d'appel au mérite est conféré spécifiquement par la loi : c'est ce que De Smith appelle « attacking the merits of the exercise of a statutory discretion » ; suivant cet auteur : « The Courts have repeatedly affirmed their incapacity to substitute their own discretion for that of an authority in which the discretion has been confided »[190].

La jurisprudence est d'ailleurs unanime sur ce point : « [...] le rôle des tribunaux reste limité. Ils n'ont pas pour mission de remplacer le pouvoir législatif, exécutif, ou l'Administration, ou de s'y substituer »[191]. Les cours respectent ce pouvoir discrétionnaire :

> Il ne revenait donc pas au Juge, dans le cadre d'un examen portant sur la légalité de la décision rendue par le Ministre, de circonscrire sa discrétion et d'ajouter au Règlement [...]. La *Loi* et le Règlement ne prévoient rien de tel, et en l'absence d'une mention claire à l'effet contraire, il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de se substituer au législateur et de limiter le vaste pouvoir discrétionnaire qui a été confié au Ministre sauf dans les cas très rares où il peut être démontré que la décision contestée a été prise de façon arbitraire.[192]

Cela vaut également si un droit d'appel statutaire est conféré expressément par la loi à une cour de justice qui, de façon générale, refusera de se substituer à l'Administration[193], sauf si l'on démontre que la décision est déraisonnable, suivant la jurisprudence *Dunsmuir*, comme nous le verrons au Chapitre 7. C'est surtout lorsque l'appel ou la révision est porté devant une autorité politique, tel le ministre ou même le gouvernement, qu'il pourra alors y avoir vraiment contrôle du pouvoir discrétionnaire au mérite. Ce sera aussi le cas lorsque l'appel ou la révision est porté devant un tribunal administratif d'appel, comme nous le verrons au Chapitre 7.

Une jurisprudence abondante relie essentiellement l'ampleur ou la portée du pouvoir discrétionnaire à une analyse serrée des objectifs poursuivis par le législateur[194]. Suivant la Cour suprême « on ne peut analyser un pouvoir discrétionnaire sans examiner les objectifs de la loi, et la question importante est de savoir si la présence d'un tel pouvoir se rattache rationnellement à ces objectifs »[195].

3.2.2 Les limitations au pouvoir discrétionnaire

Les cours ont par contre invariablement décidé qu'un pouvoir discrétionnaire n'est jamais absolu[196]. Elles ont toujours soutenu que « the principle that discretion must be exercised according to law is, indeed, deeply entrenched in the *common law* »[197].

188. *P.G. Québec* c. *Germain Blanchard Ltée*, 2005 QCCA 605, EYB 2005-91613, par. 39.
189. *Mattel, Inc.* c. *3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772, EYB 2006-106020, par. 38.
190. De SMITH, WOOLF et JOWELL, *supra*, note 7, p. 296. *Maple Lodge Farms Ltd.* c. *Gouvernement du Canada*, *supra*, note 178, 2, où la Cour n'a pas voulu se substituer au ministre qui, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, avait refusé l'émission d'une licence supplémentaire d'importation de poulets vivants ; *Commissaire de la G.R.C.* c. *Turenko*, [1985] 1 C.F. 669 (C.A.) : où la Cour a décidé que le critère subjectif inhérent au pouvoir conféré par les mots « le Commissaire doit être convaincu » lui interdisait de substituer son avis à celui du Commissaire ; Québec c. *Cour provinciale*, J.E. 87-618, EYB 1987-78691 (C.S.).
191. *Bellefleur* c. *Québec*, *supra*, note 181, p. 2344 ; *Garderie Blanche-Neige* c. *Office des services de garde à l'enfance*, [1993] R.J.Q. 729, 735 (C.A.) ; *Parent* c. *Maziade*, [1998] R.J.Q. 1444 (C.A.).
192. *Canada (Procureur général)* c. *Zone3-XXXVI Inc.*, 2016 CAF 242, par. 37.
193. *Courcelles* c. *Dionne*, [1978] C.S. 172 ; *Langlais* c. *Commission scolaire de Tracy*, [1981] R.L. 46 (C.S.), où l'on cite en s'y appuyant *Bouchard* c. *Commissaires d'écoles de St-Mathieu de Dixville*, [1950] R.C.S. 479 ; *Eral P. Lind* c. *City of Beaconsfield*, [1976] C.S. 1065.
194. J. LAPOINTE, *Le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire au regard de la finalité de la loi*, Mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université Laval, 1995, 136 p. ; *Garderie Blanche-Neige* c. *Office des services de garde à l'enfance*, [1993] R.J.Q. 729 (C.A.) ; *Courtiers J.-D.* c. *Vallières*, J.E. 93-1284, EYB 1993-74623 (C.S.) ; *Office des services de garde à l'enfance* c. *Chouinard*, J.E. 92-311, EYB 1991-57955 (C.A.) : « en accord avec l'esprit de la loi ».
195. *Young* c. *Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 73, EYB 1993-67111 ; *Commission scolaire de la Capitale* c. *Groupe Norplex inc.*, 2013 QCCA 778, EYB 2013-221462 ; WADE et FORSYTH, *Administrative Law*, 8e éd., Oxford, Clarendon Press, 2000, p. 357 ; *C.N.* c. *Commission canadienne des transports*, [1982] 1 C.F. 458 (C.A.) ; *Cardinal* c. *Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2014 QCCA 2275, EYB 2014-245633 : « L'exercice de la discrétion ministérielle est légal lorsqu'il est guidé par des objectifs légitimes et qu'il tient compte de la situation particulière de la personne visée ».
196. *Roncarelli* c. *Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, 140 ; arrêt cité des milliers de fois depuis.
197. De SMITH, WOOLF et JOWELL, *supra*, note 7, p. 297.

La première limite au pouvoir discrétionnaire est incontestablement la Constitution et la Charte :

> Dans l'exercice de ces pouvoirs discrétionnaires, le procureur général rend compte au Parlement ou à l'Assemblée législative et ses décisions sont sujettes au contrôle de la juridiction compétente si elles portent atteinte à ces droits constitutionnellement protégés.[198]

Si une décision prise par le ministre en vertu d'un large pouvoir discrétionnaire porte atteinte à un droit de la Charte, cette atteinte peut être justifiée en vertu de l'article 1 ; ainsi en matière d'extradition le ministre a une expertise certaine, mais il doit soupeser, d'une part, la situation de l'intéressé et les conséquences de son extradition et, d'autre part, des éléments comme la gravité de l'infraction à l'origine de la demande d'extradition ainsi que l'importance de veiller à ce que le Canada respecte ses obligations internationales : « Sa décision est essentiellement politique et se situe à l'extrême limite législative du processus décisionnel administratif. Les tribunaux ne la modifieront que dans les cas exceptionnels où cela s'impose réellement »[199].

La Charte s'impose même aux pouvoirs discrétionnaires découlant de la prérogative royale ou des traités[200]. Toutefois l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire n'est pas en soi contraire à la Charte :

> Notre Cour a, dans des arrêts antérieurs, conclu que le simple fait qu'une disposition législative confère un large pouvoir discrétionnaire ne suffit pas en soi à donner ouverture à l'application de la Charte, pas plus qu'on ne peut déduire de l'existence ou de la portée de ce pouvoir discrétionnaire qu'il y a, par là même, violation de droits garantis par la Charte.[201]

Tout détenteur d'un pouvoir discrétionnaire doit respecter les valeurs de la Charte : « La Cour suprême s'est dite d'avis qu'un décideur administratif doit

198. *R.* c. *Ertel*, *supra*, note 173 ; aussi *Slaight Communications* c. *Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, EYB 1989-67228 ; *Air Canada* c. *Colombie-Britannique*, [1986] 2 R.C.S. 339 ; *Canada* c. *Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, 520-522 ; *Côté* c. *La Reine*, [1993] R.J.Q. 1350 (C.A.) ; *Berg* c. *Université de la Colombie-Britannique*, [1993] 2 R.C.S. 353, EYB 1993-67103 ; *Multani* c. *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, EYB 2006-101921 ; *Solski (Tuteur de)* c. *P.G. Québec*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201, EYB 2005-87407 ; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec* c. *Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, EYB 2016-271467.

199. *Lake* c. *Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, EYB 2008-132986.

200. *Operation Dismantle* c. *La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, EYB 1985-150374 ; *Canada* c. *Schmidt*, *supra*, note 198, p. 521 : « L'exercice par l'exécutif de son pouvoir discrétionnaire d'extrader un fugitif doit [...] se conformer aux exigences de la Charte » ; *Black* c. *Canada (Prime Minister)*, 2001 CanLII 8537 (ON C.A.).

201. *Young* c. *Young*, *supra*, note 195 ; *R.* c. *Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, EYB 1987-67944 ; *R.* c. *Swain*, [1991] R.C.S. 933.

mettre en balance les valeurs consacrées par la Charte et les objectifs visés par la loi dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire »[202]. Selon la Cour suprême :

> [...] le décideur doit se demander comment protéger au mieux la valeur en jeu consacrée par la *Charte* compte tenu des objectifs visés par la loi. Cette réflexion constitue l'essence même de l'analyse de la proportionnalité et exige que le décideur mette en balance la gravité de l'atteinte à la valeur protégée par la *Charte*, d'une part, et les objectifs que vise la loi, d'autre part.[203]

Mais la Charte a aussi pour effet de limiter l'octroi même d'un pouvoir discrétionnaire trop vaste et trop imprécis dans la mesure où, face à un droit protégé par la Charte, la loi ou le règlement qui confère un pouvoir peut être déclaré nul pour imprécision. Le vice constitutionnel d'imprécision s'applique à l'octroi de pouvoir discrétionnaire[204].

Cette théorie peut donner lieu à deux moyens de contestation. Premièrement, une loi peut être jugée d'une imprécision inacceptable si elle autorise la prise de décisions qui portent atteinte à un droit constitutionnalisé ; mais encore faut-il que l'imprécision soit inacceptable[205]. Deuxièmement lorsqu'une loi donne le pouvoir de restreindre un droit constitutionnalisé, on peut tenir compte de la théorie de l'imprécision pour déterminer si la limite est imposée par une règle de droit au sens de l'article 1 de la Charte[206]. Cette imprécision normative a

202. *Canada (Citoyenneté et Immigration)* c. *Singh*, 2016 CAF 96 ; *R* c. *Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 612, EYB 2014-235730, par. 16 ; *Canada (Procureur général)* c. *Association des juristes de Justice*, 2016 CAF 92 : « de savoir si un décideur administratif avait suffisamment tenu compte des valeurs consacrées par la Charte en rendant une décision à la suite de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire » ; *Divito* c. *Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 R.C.S. 157, 2013 CSC 47, EYB 2013-226747 : « valeurs pertinentes de la Charte » ; *Lake* c. *Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, EYB 2008-132986 ; *Sriskandarajah* c. *États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609, EYB 2012-215331.

203. *Doré* c. *Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, 2012 CSC 12, EYB 2012-203967, par. 56 ; *École secondaire Loyola* c. *Québec (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 613, 2015 CSC 12, EYB 2015-249466, par. 35.

204. P. GARANT, « Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et la Charte », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 1 à 23 ; P. GARANT, « Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration au Canada et la Charte constitutionnelle », (1996) 12 *Rev. fr. Dr. administratif* 96 à 104 ; M. RIBEIRO, *Limiting Arbitrary Power : The Vagueness Doctrine in Canadian Constitutional Law*, Vancouver, UBC Press, 2004, 203 p. Pour une application de cette théorie aux règlements, voir notre chapitre IV.

205. *P.G. Canada* c. *Kamel*, 2009 CAF 21, par. 28 : « l'expression « s'il est d'avis que cela est nécessaire pour la sécurité nationale du Canada ou d'un autre pays », les mots « s'il est d'avis » (« is of the opinion ») font partie du langage usuel du droit administratif canadien. Ils confèrent à un décideur le pouvoir d'exercer un pouvoir discrétionnaire. Il est acquis, en jurisprudence, que le décideur doit exercer ce pouvoir de manière raisonnable et en tenant compte de facteurs pertinents. Il n'y a pas là imprécision au sens constitutionnel du terme ».

206. *Re : Art. 193 et 195(1) du Code criminel*, [1990] R.C.S. 1123, 1155 : « le législateur ne doit pas donner « carte blanche » à l'Administration ».

pour conséquence de donner à une loi ou un règlement « une portée excessive »[207]. Ces concepts d'imprécision et de portée excessive peuvent être appliqués séparément ou être intimement liés : sans être nécessairement imprécise une loi peut avoir une portée excessive et alors porter atteinte aux libertés protégées par la Charte.

Lorsque le pouvoir discrétionnaire découle exclusivement de la Prérogative ou de certaines prérogatives, une certaine jurisprudence considère que, si la Charte n'est pas invoquée, l'exercice de ce pouvoir ne pourrait pas donner lieu à contrôle judiciaire, il ne relève que de la pure politique et n'est pas justiciable[208] ; ce n'est pas le cas de toutes les prérogatives[209].

Le pouvoir discrétionnaire, même si une cour le qualifie de « large pouvoir discrétionnaire » ou de « vaste pouvoir discrétionnaire » est limité par la loi habilitante qui souvent en encadre assez précisément l'exercice[210]. La loi fixe souvent des normes ou des critères, mais il arrive que ces normes ou critères sont tellement larges ou flous qu'on insistera sur l'aspect discrétionnaire du pouvoir[211].

Le pouvoir discrétionnaire est aussi limité par la common law, c'est-à-dire les principes du Droit administratif : « Il existe un principe fondamental

207. *Comité pour la République du Canada* c. *Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, EYB 1991-67262.
208. *Black* c. *Canada (Prime Minister)*, 2001 CanLII 8537 (ON C.A.) ; *Turp* c. *Chrétien*, 2003 CFPI 301 ; *Blanco* c. *Canada*, 2003 CFPI 263 ; *Khadr* c. *P.G. Canada*, 2006 CF 727, [2007] 2 R.C.F. 218 : dans le cas d'émission des passeports, le contrôle judiciaire est possible ; *McDonald* c. *Anishinabek Police Service*, 2006 CanLII 37598 (ON S.C.D.C.) ; *Newfoundland and Labrador* c. *Newfoundland and Labrador Association of Public and Private Employees*, 2007 NLCA 22 ; *Kranjcec* c. *Ontario*, 2004 CanLII 17687 (ON C.S.).
209. *Khadr* c. *P.G. Canada*, 2006 CF 727, [2007] 2 R.C.F. 218 : dans le cas d'émission des passeports, le contrôle judiciaire est possible ; voir aussi *McDonald* c. *Anishinabek Police Service*, 2006 CanLII 37598 (ON S.C.D.C.) ; *Newfoundland and Labrador* c. *Newfoundland and Labrador Association of Public and Private Employees*, 2007 NLCA 22 ; *Kranjcec* c. *Ontario*, 2004 CanLII 17687 (ON C.S.) ; *Smith* c. *Canada (Attorney General)*, 2009 CF 228 : prérogative de clémence.
210. *Goumbarak* c. *Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1704, EYB 2008-147157 : fixation de critères ; *Québec (Procureure générale)* c. *Bellechasse (Municipalité régionale de comté de)*, 2016 QCCA 1036, EYB 2016-266921, par. 20 ; *Buschau* c. *Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973, EYB 2006-106843, par. 84 : « Les bénéficiaires peuvent demander au surintendant d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 29(2), mais le pouvoir du surintendant de mettre fin à un régime ne peut être exercé que si les conditions préalables énoncées sont remplies. Le surintendant n'a aucun pouvoir discrétionnaire général de mettre fin à des régimes de retraite ».
211. *Québec (Procureur général)* c. *Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)*, 2008 QCCA 939, EYB 2008-133558, par. 50 ; *Québec (Procureur général)* c. *Germain Blanchard ltée*, 2005 QCCA 605, EYB 2005-91613, par. 39 ; *Zenner* c. *Prince Edward Island College of Optometrists*, 2005 CSC 77, [2005] 3 R.C.S. 645, EYB 2005-98963, par. 38 : « Cette disposition permet ainsi à l'Ordre de prendre en considération différents facteurs dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 15(7) de la Loi. »

de Droit administratif selon lequel le pouvoir discrétionnaire dont est investi un fonctionnaire ou un organisme administratif ne saurait être exercé que pour des motifs valables »[212].

Ainsi la jurisprudence a depuis longtemps admis que l'on puisse attaquer l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, soit :

- parce que l'auteur a agi sans compétence ou autrement excédé sa compétence ;
- parce que l'auteur de l'acte ne s'est pas conformé à la procédure prescrite, aux règles de la justice naturelle ou de l'équité procédurale ;
- parce que l'auteur a poursuivi une finalité impropre, a agi de mauvaise foi ou par malice ou de façon discriminatoire ;
- parce que l'auteur a agi de façon déraisonnable ou absurde[213].

Wade et Forsyth estiment que le : « statutory power conferred for public purposes is conferred as it were upon trust, not absolutely – that is to say, it can validly be used only in the right and proper way which Parliament when conferring it is presumed to have intended »[214]. Ces limitations à l'exercice du pouvoir discrétionnaire signifient que le pouvoir discrétionnaire n'est jamais absolu, suivant l'expression fréquemment utilisée. L'un des plus célèbres et anciens auteurs britanniques, Coke, définit la discrétion comme étant : « A science or understanding to discern between falsity and truth, between right or wrong, between shadows and substance, between equity and colourable glosses and pretences, and not according to their wills and private affections »[215].

D'innombrables autres autorités ont qualifié de la même façon le pouvoir discrétionnaire. Lord Mansfield, dès 1768, dans l'arrêt *College of Physicians*, utilise les termes suivants : « fair, candid, and unprejudiced : not arbitrary, capricious, biassed, much less warped by resentment or personal dislike »[216]. Le Conseil privé, en 1891, exprimait l'idée que tout pouvoir discrétionnaire doit

212. *Berg* c. *Université de la Colombie-Britannique*, *supra*, note 198, p. 392.
213. *Ryan* c. *Deux-Montagnes (Ville de)*, *supra*, note 178, p. 2709 ; *Bellefleur* c. *Québec*, *supra*, note 181, p. 2341 ; *Garderie Blanche-Neige* c. *Office des services de garde à l'enfance*, *supra*, note 191, p. 735.
214. WADE et FORSYTH, *supra*, note 195, p. 357 ; *Oakwood Development Ltd.* c. *Municipalité rurale de St-François Xavier*, [1985] 2 R.C.S. 164, EYB 1985-150135 ; *Lau* c. *M.E.I.*, [1984] 1 C.F. 434 (C.F.A.).
215. *Cokes Report*, (1958) (5) p. 99 (Rooke's Case).
216. Cité dans De SMITH, WOOLF et JOWELL, *supra*, note 7, p. 298.

être exercé : « according to the rules of reason and justice, not according to private opinion [...] according to law, not to humour [...] »[217].

La Cour suprême dans *Roncarelli* c. *Duplessis* montrait bien les limites du pouvoir discrétionnaire :

> In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled discretion, that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute.[218]

La Cour ajoute :

> [...] j'estime que le pouvoir discrétionnaire de révoquer un permis, conféré à la Commission par la *Loi des liqueurs alcooliques*, doit se rattacher à l'administration et à l'application de cette loi. Il ne convient pas de l'exercer pour des motifs qui sont sans rapport avec la réalisation de l'intention et de l'objet de la Loi.[219]

Plus tard, une cour d'appel ajoutera : « [...] les organismes publics ne doivent pas se servir de leurs pouvoirs à des fins incompatibles avec celles envisagées par les lois dont elles tiennent leurs pouvoirs »[220]. Le pouvoir « doit être exercé dans une optique qui doit correspondre à la politique générale et à l'objet de la loi visée »[221].

Enfin, dans trois grands arrêts classiques, la House of Lords et la Court of Appeal ont poussé très loin le contrôle du pouvoir discrétionnaire en l'assortissant de limites importantes :

> [...] when discretionary powers are entrusted to the executive by statute, the courts can examine the exercise of those powers, so as to see that they are used properly, and not improperly or mistakenly. By mistakenly, I mean under the influence of a misdirection in fact or in law. Likewise, it seems to me that, when discretionary powers are entrusted to the executive by the prerogative – in pursuance of the treaty-making power – the courts can examine the exercise of them so as to see that they are not used improperly or mistakenly.[222]

217. Lord Halsbury, dans *Sharp* c. *Wakefield*, [1891] A.C. 173, 179 ; cité avec approbation dans *Pure Spring* c. *M.N.R.*, [1946] Ex. C.R. 447, 449 ; aussi *Morin* c. *La Reine*, [1979] 2 C.F. 462.
218. *Roncarelli* c. *Duplessis*, *supra*, note 196, p 140.
219. *Ibid.*, p. 156 (TRADUCTION).
220. *Gershman* c. *Man. Vegetable Producers' Marketing Board*, [1976] 4 W.W.R. 406, 415 (C.A.) (TRADUCTION) : expressément approuvé par la Cour suprême dans *Produits Shell Canada* c. *Vancouver*, [1994] 1 R.C.S. 231, 276.
221. *Association des juristes de l'État* c. *Conseil des services essentiels*, 2006 QCCA 1574, EYB 2006-111475 ; aussi *Syndicat canadien de la fonction publique (SCFP)* c. *Ontario (Ministre du travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, 587 et s., REJB 2003-41592 ; *Alberta (Information and Privacy Commissioner)* c. *University of Calgary*, 2016 CSC 53, EYB 2016-273224 : « La Commissaire n'aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire de manière attentatoire au secret professionnel de l'avocat que si cela était absolument nécessaire à la réalisation des objectifs de la Freedom of Information and Protection of Privacy Act. »

Ainsi le pouvoir discrétionnaire ne doit jamais devenir arbitraire. L'arbitraire se manifeste sous les diverses formes d'abus de pouvoir, que la jurisprudence a classées en cinq catégories : la poursuite d'une finalité autre que celle voulue par le législateur, la mauvaise foi, la discrimination, les considérations non pertinentes, le caractère déraisonnable d'un acte. Le juge La Forest résume assez bien la jurisprudence dans l'arrêt *Jones* :

> [...] les tribunaux [pourront] intervenir si, dans l'exercice de ses fonctions [enseignement approprié], l'administration scolaire cherchait à imposer des normes arbitraires, c'est-à-dire des normes étrangères à la politique en matière d'éducation prévue par la Loi, ou si elle avait agi à d'autres égards d'une manière fondamentalement injuste [...] notamment en omettant d'examiner les faits.[223]

Selon la Cour suprême, « le pouvoir discrétionnaire ne saurait être exercé que pour des motifs valables »[224]. Une telle décision doit toujours répondre « à la norme de la raisonnabilité »[225].

Le juge Lamer rappellera, dans *Slaight Communications*, que : « Le Parlement ne peut pas avoir eu l'intention d'autoriser un usage si déraisonnable de la discrétion qu'il a conférée. Une discrétion, indépendamment des termes par lesquels elle est conférée, n'est jamais absolue »[226].

222. *Laker Airways* c. *Department of Trade*, [1977] 2 All E.R. 182, 193 (Lord Denning) ; *Padfield* c. *Min. of Agriculture*, [1969] A.C. 1016 ; *Secretary of State for Education and Science* c. *Tameside*, [1976] 3 All E.R. 665.
223. *Jones* c. *La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 284, 303 ; *Guérin* c. *La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, EYB 1984-149789 : « pouvoir discrétionnaire du gouvernement de gérer les terres dans le respect des intérêts des Indiens » ; *Prassad* c. *Canada*, [1989] 1 R.C.S. 560, EYB 1989-67227.
224. *Berg* c. *Université de la Colombie-Britannique*, *supra*, note 198, p. 392.
225. *ATCO Gas & Pipelines Ltd.* c. *Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, EYB 2006-100901, par. 85 ; *Mazzei* c. *Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326, EYB 2006-102437, par. 64 : « À mon avis, les trois conditions étaient raisonnables en ce qu'elles étaient amplement étayées et justifiées par les faits, les circonstances et la preuve dont disposait la commission à l'audition » ; *Conseil des Canadiens avec déficiences* c. *VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, EYB 2007-116801.
226. *Slaight Communications* c. *Davidson*, *supra*, note 198, p. 1076 ; *Lake* c. *Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, EYB 2008-132986, par. 22 : « Le pouvoir discrétionnaire du ministre n'est cependant pas absolu. En effet, il doit être exercé à l'intérieur des limites établies par la *Loi sur l'extradition* et par la *Charte* ».

Dans un autre arrêt, la Cour écrit :

> Il serait absurde d'accorder à la Commission le pouvoir discrétionnaire absolu d'assortir ses ordonnances des conditions de son choix. De plus, la notion d'intérêt public à laquelle renvoie le par. 15(3) est très large et élastique ; la Commission ne peut se voir accorder le pouvoir discrétionnaire absolu d'en circonscrire les limites.[227]

Dans certains domaines, le pouvoir discrétionnaire peut être très vaste. Comme le rappelait la Cour suprême dans l'arrêt *Idziak*, en matière d'extradition par exemple :

> Le Parlement a choisi d'accorder un pouvoir discrétionnaire au ministre de la Justice. C'est le Ministre qui doit tenir compte de la bonne foi et de l'honneur du Canada dans ses relations avec les autres États. C'est le Ministre qui possède une connaissance spécialisée des ramifications politiques d'une décision d'extrader. Du point de vue du Droit administratif, il y a lieu d'affirmer que l'examen du Ministre se situe à l'extrême limite législative du processus décisionnel administratif.[228]

Dans la législation environnementale, le pouvoir discrétionnaire est aussi très vaste, mais la Loi prévoit aussi un cadre normatif dans lequel doit se situer le décideur :

> Il demeure cependant que le ministre jouit à cet égard d'un vaste pouvoir discrétionnaire et qu'il doit, dans le cadre de l'examen effectué en vertu des articles 22 et 24 LQE, s'assurer que l'émission de contaminants dans l'environnement sera conforme à la loi et aux règlements.[229]

En matière contractuelle, l'Administration possède aussi un large pouvoir discrétionnaire qui est tout de même assorti de limites. Comme le signale récemment la Cour suprême :

> Dans le contexte d'un contrat administratif comme celui qui nous intéresse en l'espèce, ces limites ne relèvent pas de l'équité procédurale de droit public mais plutôt de la bonne foi et de l'équité contractuelle, comme l'explique à nouveau le professeur Garant...[230]

227. *ATCO Gas & Pipelines Ltd.* c. *Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, EYB 2006-100901, par. 46.
228. *Idziak* c. *Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, 659, EYB 1992-67555 ; aussi *Savu* c. *Canada (Ministre de la Justice)*, 2013 QCCA 554, EYB 2013-219949, par. 51 ; *Chandler* c. *Canada (Procureure générale) (États-Unis d'Amérique)*, 2016 QCCA 1395, EYB 2016-270091, il existe une jurisprudence abondante sur cette question.
229. *Québec (Procureure générale)* c. *Bellechasse (Municipalité régionale de comté de)*, 2016 QCCA 1036, EYB 2016-266921, par. 20.
230. *Ferme Vi-Ber inc.* c. *Financière agricole du Québec*, 2016 CSC 34, EYB 2016-268530, par. 49 ; *Lafortune* c. *Financière agricole du Québec*, 2016 CSC 35, EYB 2016-268531.

Pour préciser la portée du pouvoir discrétionnaire d'un décideur administratif, ce qui n'est pas toujours facile, certains juges ont émis des opinions intéressantes. Certes fondamentalement il faut étudier la loi habilitante et aussi le contexte. Et suivant un juge de la Cour d'appel fédérale, « il est parfois utile de se pencher sur la nature de l'entité à qui ce pouvoir discrétionnaire est reconnu », comme par exemple le Gouverneur général en conseil[231]. Lorsqu'il s'agit d'une autorité municipale, la Cour d'appel du Québec écrit : « L'analyse du juge ignore la règle d'interprétation "bienveillante" reconnaissant aux municipalités un important pouvoir discrétionnaire délégué par l'autorité provinciale par attribution expresse ou par déduction raisonnable »[232]. Il faut toutefois nous méfier d'énoncés trop vagues comme celui-ci, de la plume d'une juge de la Cour suprême :

> Il faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la *Charte*.[233]

Il s'agit d'un bel idéal, mais que signifie la primauté du droit au regard du pouvoir discrétionnaire conféré par le législateur, de quelles valeurs fondamentales s'agit-il, de quels principes de la Charte s'agit-il ?

On s'est demandé si le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi pouvait être limité par des directives. Selon la Cour d'appel fédérale,

> [...] des lignes directrices publiées par un ministère ou un organisme gouvernemental aux fins d'informer les justiciables quant à l'application d'une loi ou d'un règlement n'ont pas force obligatoire. Les lignes directrices n'ont pas force de loi et ne peuvent en aucun cas limiter ou assujettir à des conditions un pouvoir discrétionnaire octroyé par le législateur.[234]

Cela vaut quand la directive émane du titulaire même du pouvoir discrétionnaire. Ce sera différent si la directive[235] provient d'une autorité supérieure au décideur, comme par exemple du Gouvernement ou d'un ministre à l'égard d'un subalterne ou d'une autorité décentralisée.

231. *Nation Gitxaala* c. *Canada*, 2016 CAF 187, par. 76.
232. *Québec (Ville de)* c. *Galeries de la Capitale Holding inc.*, 2016 QCCA 951, EYB 2016-266420, par. 4 : « Il importe aussi de rappeler que les gouvernements municipaux doivent jouir de la flexibilité nécessaire pour administrer leur territoire dans les meilleurs intérêts de leurs résidants et selon une conception raisonnable de ce qu'ils estiment être l'intérêt public ».
233. *Baker* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 CanLII 699, par. 56.
234. *Thibeault* c. *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités)*, 2016 CAF 102, par. 36.
235. Nous reviendrons sur cette question au chapitre IV.