

ACCORD SUR LE COMMERCE INTÉRIEUR

APPEL DU RAPPORT DU GROUPE SPÉCIAL  
CONSTITUÉ EN VERTU DE L'ARTICLE 1703  
SAISI DU DIFFÉREND SOULEVÉ PAR LA SASKATCHEWAN CONTRE LE QUÉBEC  
RELATIVEMENT À LA MESURE DU QUÉBEC EN CE QUI CONCERNE  
LES MÉLANGES, LES SUCCÉDANÉS ET LES SUBSTITUTS LAITIERS  
DU 31 MARS 2014 (ISBN # 978-1-894055-89-5)

OBSERVATIONS ÉCRITES COMPLÉMENTAIRES DU QUÉBEC (APPELANT)  
SUR LA « NORME DE CONTRÔLE » QUI S'IMPOSE  
À L'EXAMEN D'UNE QUESTION DE DROIT  
PAR UN GROUPE SPÉCIAL D'APPEL

24 SEPTEMBRE 2014

OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES DU QUÉBEC (APPELANT)  
SUR LA « NORME DE CONTRÔLE »

---

**TABLE DES MATIÈRES**

<b>I. Contexte et sommaire .....</b>	<b>3</b>
<b>II. Arguments.....</b>	<b>3</b>
A. La norme de la « décision correcte » : la seule qui est compatible avec le texte de l'ACI ainsi qu'avec l'efficacité du mécanisme d'appel instauré en 2009.....	3
B. L'absence de pertinence de la démarche analytique de l'arrêt <i>Dunsmuir</i> , à la dernière étape d'un processus d'arbitrage, quand une instance spécialisée contrôle en appel une autre instance spécialisée.....	6

OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES DU QUÉBEC (APPELANT)  
SUR LA « NORME DE CONTRÔLE »

---

**I. CONTEXTE ET SOMMAIRE**

1. Le 17 septembre 2014, le groupe spécial d'appel autorisa le Québec à produire — au plus tard le 24 septembre 2014 — des observations écrites sur la « norme de contrôle ». Le Québec requit cette autorisation pour répondre à la thèse voulant que la norme de la « décision raisonnable » s'applique à l'examen en appel de la solution retenue en première instance pour trancher une question de droit soulevée par la mise en œuvre de l'*Accord sur le commerce intérieur (ACI)*.
2. Le Québec ne souscrit pas à cette thèse. La norme de la « décision correcte » est la seule compatible avec la fonction dévolue spécifiquement au groupe spécial d'appel, qui consiste à mieux garantir la rigueur juridique du processus d'arbitrage d'un différend entre gouvernements. De plus, la démarche analytique de l'arrêt *Dunsmuir*<sup>1</sup> n'est pertinente qu'en contrôle judiciaire. Cela n'est pas le cas de l'appel prévu à l'article 1706.1 *ACI*, à la dernière étape d'un processus d'arbitrage, quand une instance spécialisée (un groupe spécial d'appel) contrôle en appel une autre instance spécialisée (un groupe spécial de première instance).

**II. ARGUMENTS**

**A. La norme de la « décision correcte » : la seule qui est compatible avec le texte de l'ACI ainsi qu'avec l'efficacité du mécanisme d'appel instauré en 2009**

3. C'est à l'évidence pour mieux garantir la rigueur juridique du processus d'arbitrage des « différends entre gouvernements<sup>2</sup> » que les Parties, en 2009, y ajoutèrent un mécanisme d'appel<sup>3</sup>.
4. L'appel est alors devenu la dernière étape du processus d'arbitrage. Ce processus est entièrement régi par l'*ACI*. Il est autonome et distinct du processus judiciaire.

---

<sup>1</sup> *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

<sup>2</sup> Articles 1702-1709 *ACI* et annexes correspondantes.

<sup>3</sup> L'article 1706.1 *ACI* fut intégré au chapitre 17 le 7 octobre 2009, à l'occasion de la révision de ce chapitre dans le dixième protocole de modification.

OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES DU QUÉBEC (APPELANT)  
SUR LA « NORME DE CONTRÔLE »

---

L'article 1707.4 précise que le rapport du premier groupe spécial n'est pas final « s'il fait l'objet d'un appel », alors que le rapport d'un groupe spécial d'appel, quant à lui, sera toujours « final » et ne sera jamais « susceptible de contrôle judiciaire ».

5. Cela dit, les groupes spéciaux, à l'une ou à l'autre étape du processus, ont tous une composition<sup>4</sup> et un mode de fonctionnement<sup>5</sup> analogues, sous réserve que les membres d'un groupe spécial d'appel soient toujours au nombre de trois<sup>6</sup> et qu'ils soient choisis à partir d'une liste distincte<sup>7</sup> sur laquelle ne figurent que des personnes ayant « des connaissances en droit administratif canadien ou en règlement des différends qui se produisent dans le cadre du droit administratif canadien<sup>8</sup>. » En première instance, un cinquième seulement des personnes qui figurent sur la liste doivent avoir des connaissances ou de l'expérience en droit administratif<sup>9</sup>.
  
6. Si l'ACI veille nommément à ce que toutes les personnes qui composent un groupe spécial d'appel aient une expertise en droit administratif, cela ne veut pas dire que leur expertise se borne à cette matière. D'autant plus que le paragraphe 2 de l'article 1704 ACI exige expressément que toutes personnes habilitées à être membres de groupes spéciaux — en appel comme en première instance — soient « qualifiées ». On doit d'ailleurs présumer que les Parties entendaient confier l'arbitrage d'un différend relatif à la mise en œuvre de l'ACI à des personnes ayant des connaissances ou une expérience qui les qualifient à en comprendre les enjeux, cela en appel aussi bien qu'en première instance.
  
7. Un groupe spécial d'appel est donc une instance arbitrale spécialisée, qui bénéficie de toute l'expertise nécessaire et souhaitable pour trancher une question de droit

---

<sup>4</sup> Article 1706.1, par. 2 ACI.

<sup>5</sup> Annexe 1705(1) ACI.

<sup>6</sup> Voir, sur la composition d'un groupe spécial et le nombre de ses membres : articles 1704, par. 2-5 ACI (première instance et appel) et 1706.1, par. 2 ACI (appel).

<sup>7</sup> Voir, sur les deux listes : annexe 1704(2) par. 7-11 ACI (appel) ; par. 1-6 (première instance).

<sup>8</sup> Annexe 1704(2), par. 9a) ACI.

<sup>9</sup> Annexe 1704(2), par. 4.1 ACI.

OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES DU QUÉBEC (APPELANT)  
SUR LA « NORME DE CONTRÔLE »

---

soulevée par la mise en œuvre de l'ACI. Cette expertise est très comparable à celle d'un groupe spécial de première instance.

8. Appliquer la norme de la « décision raisonnable » reviendrait à stériliser un mécanisme arbitral d'appel dont l'article 1706.1 est censé garantir l'accès aux Parties, au risque de porter ainsi préjudice à l'équilibre global de l'ACI, obtenu au prix de longues négociations conduites dans l'intérêt de chaque province ou territoire visé et dans l'intérêt du Canada en général. Ce n'est pas une coïncidence, sans doute, si un palier d'appel fut intégré au processus d'arbitrage en 2009, en même temps que les Parties acceptèrent de s'assujettir à des sanctions pécuniaires exécutoires<sup>10</sup>.
9. Étudions de plus près l'article 1706.1. Le paragraphe 1 accorde un droit d'appel à toute Partie au différend qui allègue que le groupe spécial saisi en première instance « a commis une erreur de droit, n'a pas observé un principe de justice naturelle, ou a excédé ou refusé d'exercer sa compétence » [nous soulignons]. Ce texte montre que l'appel est conçu pour habiliter pleinement le groupe spécial d'appel à corriger toute « erreur de droit » commise, à son avis, en première instance, les Parties n'ayant pas restreint l'objet de l'appel au contrôle des excès de compétence, en particulier des excès de compétence qui résulteraient du caractère déraisonnable d'une « erreur de droit ».
10. Le même article, cette fois au paragraphe 4, prévoit qu'un groupe spécial d'appel, après l'audience, produise un rapport motivé « confirmant, modifiant, annulant ou remplaçant le rapport du [premier] groupe spécial, en tout ou partie, ou renvoyant l'affaire devant [ce] groupe spécial afin qu'il tienne une nouvelle audience. » Ce texte ne comporte aucune restriction à l'habilitation du groupe spécial d'appel de substituer « en tout ou partie » son propre rapport à celui du groupe spécial de première instance.

---

<sup>10</sup> L'article 1706.1 ACI fut intégré au chapitre 17 le 7 octobre 2009, à l'occasion du dixième protocole de modification.

OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES DU QUÉBEC (APPELANT)  
SUR LA « NORME DE CONTRÔLE »

---

11. Bref, la norme de la « décision correcte » est la seule qui soit compatible avec la fonction que les Parties ont dévolue en 2009 au groupe spécial d'appel. Pour l'exercer pleinement et efficacement, cette instance arbitrale hautement spécialisée n'a pas à se contenter d'un contrôle du caractère « raisonnable » de la solution retenue en première instance pour trancher une question de droit. Elle est habilitée à se livrer à l'examen en profondeur de toute question de droit soulevée par la mise en œuvre de l'ACI. Elle a toute latitude pour la trancher, sans être liée d'avance par n'importe quelle solution « raisonnable » adoptée en première instance.

**B. L'absence de pertinence de la démarche analytique de l'arrêt *Dunsmuir*, à la dernière étape d'un processus d'arbitrage, quand une instance spécialisée contrôle en appel une autre instance spécialisée**

12. Au fil des ans, la Cour suprême élaborera une démarche analytique complexe qu'on désigne le plus souvent, dans le jargon du droit administratif, « méthode pragmatique et fonctionnelle » ou encore, depuis l'arrêt *Dunsmuir*, « analyse relative à la norme de contrôle judiciaire »<sup>11</sup>.

13. La thèse voulant que la norme de la « décision raisonnable » s'applique au palier de l'appel prévu à l'article 1706.1 repose sur la prémisse que la deuxième étape d'un processus d'arbitrage serait assujettie — formellement ou à tout le moins par analogie — à cette démarche analytique.

14. En droit administratif, cette prémisse n'est pas fondée.

15. Au départ, ce n'est pas sans raison qu'il y a le mot « judiciaire » dans l'expression « analyse relative à la norme de contrôle judiciaire ». Quant à la norme de la

---

<sup>11</sup> *Dunsmuir*, précité, note 1, par. 63 (j. Bastarache et LeBel). Voir, de plus, quelques-uns des arrêts plus marquants parmi les dizaines ayant traité de cette démarche analytique : *Union des employés de service, local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048 ; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 ; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 ; *Dr Q c. British Columbia (College of Physicians and Surgeons)*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226 ; *Smith c. Alliance Pipeline*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160.

OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES DU QUÉBEC (APPELANT)  
SUR LA « NORME DE CONTRÔLE »

---

- « décision raisonnable », elle est censée traduire une obligation de « déférence judiciaire », un concept où le mot « judiciaire », encore une fois, n’a rien d’anodin ou de superflu.
16. La raison est simple. La démarche analytique de l’arrêt *Dunsmuir* intéresse, par définition, les rapports entre le pouvoir judiciaire et les instances administratives<sup>12</sup>. Voilà pourquoi cette démarche n’est applicable — et pertinente — qu’en contexte de « contrôle judiciaire », c’est-à-dire lorsque des instances judiciaires ont à statuer si la « primauté du droit » exige leur intervention exceptionnelle dans un processus administratif<sup>13</sup>.
17. Un tel « contrôle judiciaire » peut s’exercer par voie d’appel, pourvu toutefois que la compétence d’appel soit attribuée à une instance judiciaire<sup>14</sup>. Par exemple, l’arrêt *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.* du 1<sup>er</sup> août 2014<sup>15</sup> s’inspire ouvertement de la démarche analytique de l’arrêt *Dunsmuir* aux fins du contrôle en appel d’une sentence arbitrale commerciale, mais dans le contexte où les lois de la Colombie-Britannique attribuaient la compétence d’appel à la Cour d’appel de cette province (une instance judiciaire).
18. Du reste, l’arrêt *Sattva* écarte l’idée qu’un groupe spécial d’appel n’ait pas vraiment d’expertise, en dehors des principes généraux du droit administratif, pour aborder les enjeux d’un différend relatif à la mise en œuvre de l’ACI. Selon le juge Rothstein, « quand les parties choisissent leur propre décideur, on peut présumer qu’elles fondent leur choix sur l’expertise de l’arbitre dans le domaine faisant l’objet du litige ou jugent sa compétence acceptable<sup>16</sup>. »

---

<sup>12</sup> *SCFP c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 559, par. 5 (j. Bastarache, dissident, mais cet énoncé d’ordre général n’est pas en cause).

<sup>13</sup> *Dunsmuir*, précité, note 1, par. 27-29 (j. Bastarache et LeBel).

<sup>14</sup> *Dr Q*, précité, note 11, par. 21 (j. en chef McLachlin).

<sup>15</sup> 2014 CSC 53, par. 102-106 (j. Rothstein).

<sup>16</sup> *Id.*, par. 105 (j. Rothstein).

OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES DU QUÉBEC (APPELANT)  
SUR LA « NORME DE CONTRÔLE »

---

19. Bref, la « déférence judiciaire » et la norme de la « décision raisonnable » qu'elle traduit servent à empêcher le « contrôle judiciaire » de paralyser l'action administrative ; une instance arbitrale spécialisée ne doit pas s'inspirer de ces concepts pour se paralyser elle-même.
20. Ajoutons que le principe voulant que la démarche analytique de l'arrêt *Dunsmuir* suppose qu'une instance judiciaire contrôle un processus administratif explique pourquoi cette démarche n'a aucune pertinence en appel judiciaire contre les jugements d'une autre instance judiciaire. Il faudra, dans ce contexte, s'en tenir au sens usuel du mot « appel » décrit dans l'arrêt *Housen*<sup>17</sup>, qui commande que la norme de la « décision correcte » s'applique à toute question de droit<sup>18</sup>.
21. Pour le même motif, notons-le, la démarche analytique de l'arrêt *Dunsmuir* n'aura aucune pertinence à la dernière étape d'un processus autre que judiciaire, quand une instance politique ou spécialisée contrôle en appel une autre instance politique ou spécialisée. Par exemple, dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)* du 23 mai 2014<sup>19</sup>, le juge Rothstein — le même qui, quelques semaines plus tard, sera l'auteur des motifs de la Cour dans l'arrêt *Sattva* — accorda une vaste portée au recours législatif habilitant le gouverneur en conseil (une instance administrative) à modifier ou à annuler les décisions de l'Office des transports (une autre instance administrative). Il reconnut que le gouverneur général était pleinement habilité à trancher une question de droit ou de compétence, la loi « ne [comportant] aucune restriction expresse [à ses] pouvoirs » et rien dans le texte « ne [donnant] à penser [qu'ils] sont circonscrits de quelque manière, ni [qu'ils] se limitent à répondre à des questions de fait ou de politique<sup>20</sup> » [nous soulignons].

---

<sup>17</sup> *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8 (j. Iacobucci et Major).

<sup>18</sup> *Dr Q*, précité, note 11, par. 43 (j. en chef McLachlin).

<sup>19</sup> 2014 CSC 40.

<sup>20</sup> *Id.*, par. 37 (j. Rothstein).

OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES DU QUÉBEC (APPELANT)  
SUR LA « NORME DE CONTRÔLE »

---

22. Pour paraphraser cet arrêt, rien dans l'article 1706.1 ne donne à penser que les Parties voulaient restreindre le pouvoir d'un groupe spécial d'appel (une instance arbitrale spécialisée) de contrôler en appel la solution à une question de droit retenue par un groupe spécial de première instance (une autre instance arbitrale spécialisée). La norme de la « décision correcte » s'imposera d'emblée et sans réserve à la dernière étape du processus d'arbitrage. On ne peut tout bonnement pas se prévaloir de la démarche analytique de l'arrêt *Dunsmuir* pour diminuer l'objet du mécanisme d'appel prévu à l'article 1706.1, même par analogie.

LE TOUT, RESPECTUEUSEMENT SOUMIS, à Québec, ce 24 septembre 2014



Stéphane Rochette, avocat  
Ministère de la Justice du Québec