

Responsabilité de l'adjudicateur en chef de promouvoir la cohérence et la qualité des décisions du PEI

Daniel Ish, c.r.
Adjudicateur en chef
Juin 2009

Introduction

Ce document a pour objet d'examiner la responsabilité qui incombe à l'adjudicateur en chef d'élaborer et de mettre en œuvre des mécanismes pour promouvoir la cohérence et la qualité des décisions rendues par les adjudicateurs dans le cadre du Processus d'évaluation indépendant (PEI). Ce rôle est prévu pour l'adjudicateur en chef dans le PEI, tout comme les principes de droit appliqués aux tribunaux administratifs; la Convention a créé un tel tribunal en prévoyant un cadre d'adjudicateurs sous la supervision d'un adjudicateur en chef. Comme les autres tribunaux administratifs, le PEI a été constitué « pour favoriser l'efficacité de l'administration de la justice et [doit] s'occuper (...) d'un grand nombre d'affaires » (*Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, 1990 Can LII 132 (C.S.C.)).

J'expose d'abord dans leurs grandes lignes le besoin de mécanismes internes, y compris des mécanismes de révision interne, et la pratique qui a évolué au sein du PEI. J'examine également les principes généraux du droit administratif qui s'appliquent aux tribunaux administratifs dans la mise en œuvre des mécanismes internes et qui permettent aux adjudicateurs en leur qualité individuelle de consulter leurs collègues, des conseillers juridiques et des membres du personnel. Les principes directeurs ont été assez clairement établis par la Cour suprême du Canada, l'arrêt faisant autorité étant celui du *Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, en 1990. Il y a eu par la suite d'autres arrêts qui ont élaboré sur ces principes ou les ont appliqués dans des situations particulières, mais sans dévier des principes fondamentaux.

Mon examen porte aussi sur les dispositions du PEI et je fais référence aux éléments des contrats conclus avec l'adjudicateur en chef et les adjudicateurs en chef adjoints (ACA) qui se rapportent à cette question. Enfin, je présente un exposé de la politique à suivre à l'avenir en ce qui concerne les principes de droit

administratif régissant ces questions ainsi que les dispositions du PEI. Le principe le plus fondamental est celui de l'indépendance des adjudicateurs, qui ne doit être compromise par aucun mécanisme mis en place dans le but d'assurer la qualité et la cohérence des décisions.

Les procédures actuelles et le besoin de surveillance

Le Comité de surveillance a conclu des contrats avec un adjudicateur en chef et quatre ACA (bientôt cinq) pour accomplir les tâches et assumer les responsabilités du PEI. Par souci de commodité, je désignerai ce groupe, collectivement, du nom de Bureau de l'adjudicateur en chef (BAC).

Le BAC est organisé de telle sorte que l'un des ACA collabore étroitement avec l'adjudicateur en chef et est particulièrement chargé de surveiller la continuation et la fin du processus du mode alternatif de règlement des conflits (MARC). Les trois autres ACA sont affectés à des groupes d'adjudicateurs en fonction d'une répartition régionale. Chacun de ces trois ACA a un nombre à peu près égal d'adjudicateurs à superviser.

La supervision des adjudicateurs implique une somme considérable de communication entre les différents ACA et les adjudicateurs dont ils ont la charge. Sans s'y limiter, cette communication prend la forme d'appels téléphoniques ou de courriels avant, pendant et après les audiences. Étant donné que beaucoup de ces communications sont « urgentes », surtout lorsqu'elles ont lieu pendant une audience, on conseille aux adjudicateurs de communiquer d'abord avec l'ACA qui leur est assigné, mais si cette personne n'est pas disponible, de contacter l'adjudicateur en chef ou un autre ACA. Ce chevauchement ou ce soutien semble bien fonctionner. Les demandes de renseignement des adjudicateurs peuvent aller des questions simples, par exemple au sujet des politiques sur les ajournements, à des questions plutôt complexes et pointues qui peuvent émerger pendant le déroulement d'une audience, y compris des conflits d'intérêts potentiels et des préoccupations concernant la sécurité des audiences.

Il n'est pas rare, lorsque les adjudicateurs rédigent leurs décisions, de recevoir des appels téléphoniques ou des courriels à propos de questions d'interprétation du PEI, de décisions de révision passées (appel) ou parfois de droit en général. Même si ces fonctions sont maintenant assumées par les ACA et l'adjudicateur en chef, elles reproduisent largement ce qui se passait dans le MARC, bien qu'elles aient été assumées exclusivement dans ce contexte par l'adjudicateur en chef d'alors, avec l'aide d'un adjudicateur senior (maintenant un ACA) et un membre du personnel de soutien administratif.

Chaque décision soumise par un adjudicateur est lue par un ACA. Normalement, c'est l'ACA chargé de superviser l'adjudicateur qui lit la décision, mais des mesures sont en place pour que les ACA puissent se relayer pendant les

périodes d'absence. Ces examens préliminaires révèlent souvent des erreurs qu'on peut répartir grosso modo en trois catégories : erreurs de calcul, erreurs d'interprétation du PEI et maladresses dans la rédaction des décisions (du point de vue de la cohérence). J'en donne brièvement quelques exemples.

Les adjudicateurs ont fait un certain nombre d'erreurs qu'on peut considérer comme des erreurs de calcul ou peut-être même comme une application erronée du modèle. Il est arrivé récemment au BAC un groupe de quatre décisions d'adjudicateurs différents où il y avait des erreurs de 40 000 \$ à 80 000 \$. Dans deux de ces décisions, l'indemnité accordée était inférieure de 40 000 \$ au minimum qui correspond au nombre de points attribués; dans les deux autres, l'indemnité était supérieure de 40 000 \$ dans un cas et de 80 000 \$ dans l'autre au maximum correspondant au nombre de points attribués. Ces erreurs ayant été repérées par les ACA, les décisions ont été renvoyées aux adjudicateurs qui ont immédiatement reconnu le problème et l'ont corrigé. Si elles n'avaient pas été révisées par un ACA, les décisions auraient été rendues telles quelles, mais les erreurs auraient de toute évidence été remarquées par les avocats des demandeurs, le cas échéant, ou par le Canada, et les décisions auraient été réexaminées ou, à tout le moins, révisées. À cette fin, les décisions auraient été soumises à un examen officiel ou retournées à l'adjudicateur initial pour que les ajustements nécessaires y soient apportés. Les erreurs dans ces cas ont retardé la publication des décisions, mais le retard aurait été considérablement plus important si les décisions avaient été publiées sans que les erreurs soient corrigées.

Une autre erreur a été repérée relativement à la constatation d'une perte d'occasion. Dans le corps de la décision, l'adjudicateur avait constaté une perte d'occasion de niveau PO2 et attribué 8 points, mais ces points n'ayant pas été reportés à la dernière page de la décision, ils ne faisaient pas partie de l'indemnité finale. Cette erreur aussi a été corrigée, mais si la décision avait été publiée sans qu'elle le soit, un retard considérable en aurait résulté si l'erreur avait été reconnue par la suite. Si l'erreur n'avait pas été reconnue, le demandeur aurait été lésé de plus de 12 000 \$.

Dans une autre décision, un ACA a commenté la constatation par l'adjudicateur d'une attribution de soins futurs. Dans son courriel d'accompagnement à l'adjudicateur, l'ACA disait : « [TRADUCTION] Je n'interviendrais jamais en ce qui concerne votre pouvoir discrétionnaire ici, mais je veux simplement vous faire remarquer que notre ancien adjudicateur en chef avait déterminé que l'engagement à participer [à des séances de counseling] est une exigence essentielle de l'attribution d'une indemnité pour soins futurs ». Ainsi, un ACA peut souligner une exigence évidente, universellement acceptée dans l'application des dispositions du MARC et maintenant du PEI. Notons que l'ACA a laissé à l'adjudicateur le soin de déterminer l'adjudication finale à sa discrétion, tout en soulignant une exigence fondamentale qui n'était peut-être pas évidente pour un adjudicateur relativement nouveau. D'ailleurs, l'ACA évoquait une décision de

révision de l'ancien adjudicateur en chef, mais l'exigence est énoncée dans le PEI (page 40). C'est un exemple d'un ACA qui conseille et dirige un adjudicateur dans l'application et l'interprétation correctes du PEI. C'est précisément ce qui est prévu par le PEI dans les dispositions relatives au pouvoir de supervision de l'adjudicateur en chef, maintenant délégué aux ACA.

Une autre erreur d'interprétation du modèle s'est produite dans une décision où l'adjudicateur, dans le corps de sa décision, acceptait qu'il avait été établi par la preuve présentée par le demandeur qu'il y avait eu pénétration digitale, mais concluait à la fin de la décision que ce n'était qu'un incident de niveau SL2 (plutôt que SL3), affirmant qu'il s'agissait d'un « attouchement ». L'ACA a attiré l'attention de l'adjudicateur sur ce manque de cohérence. Si l'ACA n'avait pas détecté l'erreur, un avocat avisé du demandeur aurait réclamé que la décision soit révisée et l'erreur aurait certainement été corrigée par l'adjudicateur chargé de la révision. Cependant, le traitement d'un réexamen aurait pris plusieurs semaines, tandis que la révision préliminaire par l'ACA ne représentait que quelques jours de retard dans la publication de la décision.

Entre autres exemples d'erreurs découvertes à l'occasion de révisions internes par des ACA, mentionnons l'attribution d'une indemnité de niveau PH3 alors que les incidents constatés ne justifiaient que le niveau PH2; dans un autre cas, un incident de niveau PH1 a été constaté alors que les faits justifiaient la détermination d'un incident de niveau PH2. Dans les deux cas, les adjudicateurs ont accueilli les conseils avec gratitude et modifié leurs décisions. La plupart des adjudicateurs apprécient qu'un « second regard » soit posé sur leurs décisions, mais il y a un petit groupe d'adjudicateurs pour qui les conseils des ACA sont de l'ingérence plutôt que de l'aide.

Enfin, les ACA repèrent des erreurs qu'on ne peut que considérer comme de la rédaction de mauvaise qualité. Notons, par exemple, l'emploi du mauvais pronom, c'est-à-dire le genre féminin au sujet d'un homme ou le masculin au sujet d'une femme. Dans d'autres cas, on trouve des phrases incohérentes ou beaucoup trop compliquées qu'on ne peut pas caractériser comme étant du langage clair. On trouve aussi des erreurs de nom, par exemple, probablement dues à l'utilisation de gabarits.

Les ACA font systématiquement la révision interne ou préliminaire de toutes les décisions, mais il est important de souligner que les adjudicateurs sont informés du fait qu'il leur appartient de décider eux-mêmes de modifier ou non la décision rendue, quels que soient les conseils que leur donnent un ACA ou l'adjudicateur en chef. Autrement dit, les adjudicateurs sont indépendants et ils ont même « le droit d'avoir tort ». Ce message est constamment renforcé dans les séances de formation et dans les diverses communications que nous avons eues avec tous les adjudicateurs.

Les exemples ci-dessus n'ont pas pour but de présenter nos adjudicateurs sous un jour excessivement critique. Beaucoup des erreurs repérées avaient été commises par de nouveaux adjudicateurs; il faut s'attendre à ce qu'il y ait une période d'apprentissage pour tous les nouveaux adjudicateurs et nous prévoyons que le mentorat les aidera considérablement. Les révisions internes par les ACA font partie intégrante du processus de mentorat. Il continuera d'y avoir jusqu'à un certain point, qu'on espère limité, des questions d'interprétation et des erreurs simples chez un grand nombre d'adjudicateurs. Pour promouvoir la cohérence, il est souhaitable que les adjudicateurs consultent les ACA et l'adjudicateur en chef et qu'ils se consultent entre eux, et nous encourageons cette pratique.

Principes de droit administratif liés aux consultations internes

La décision qui fait autorité en ce qui concerne les limites et les contrôles imposés aux procédures institutionnelles pour garantir la qualité et la cohérence est l'arrêt du *Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.* (cité plus haut), que la Cour suprême du Canada a rendu en 1990. Les faits qui ont donné lieu à cette décision ont émergé de la pratique de la Commission des relations de travail de l'Ontario impliquant la discussion de projets de décisions par des membres individuels (adjudicateurs) dans le cadre d'une réunion de tous les membres de la Commission. En clair, les membres de la Commission, qui compte quelque 48 personnes, n'avaient pas entendu la preuve ni les arguments liés à la décision en question. Seuls les trois membres de la Commission qui étaient présents lors de l'audience en avaient pris connaissance. S'ils en discutaient avec leurs collègues de la Commission, c'était pour obtenir des opinions et des conseils au sujet d'un projet de décision, particulièrement en ce qui avait trait aux questions de politique et d'interprétation.

La pratique de la Commission des relations de travail de l'Ontario a été contestée par une des parties à l'audience initiale comme la violation d'une règle de justice élémentaire, c'est-à-dire « que celui qui tranche une affaire doit l'avoir entendue ». L'argument était qu'un décideur ne doit pas être mis dans une situation où il (ou elle) peut être « influencé(e) » par des personnes qui n'ont entendu ni la preuve ni les arguments. La position était que les adjudicateurs doivent être à l'abri de toute discussion susceptible de les amener à changer d'idée, même honnêtement, parce que la possibilité de pressions indues exercées par d'autres adjudicateurs est trop inquiétante pour être compatible avec les règles de justice naturelle. Essentiellement, l'argument voulait que la consultation de collègues pendant une réunion de tous les membres de la Commission puisse avoir un effet dominateur sur la capacité du membre individuel de décider des questions à l'étude conformément à sa propre opinion.

À la Cour divisionnaire de l'Ontario, un banc de trois juges, à la majorité de deux contre un, a affirmé que le processus de consultation mis en œuvre par la Commission des relations de travail de l'Ontario portait atteinte aux règles de justice naturelle. Cependant, le juge Osler a exprimé une dissidence en faisant valoir :

[...] qu'il n'y a aucun précédent qui interdise aux décideurs qui agissent à titre judiciaire de mener des discussions officielles ou officieuses avec leurs collègues au sujet des questions de politique soulevées par une affaire en instance. Les réunions plénières de la Commission constituent simplement un moyen formel de demander l'avis de collègues sur des questions de politique. En réalité, cette pratique est souhaitable à cause de l'importance d'avoir des décisions de la Commission très cohérentes (*International Woodworkers of America*, page 44).

À l'unanimité, la Cour d'appel de l'Ontario a reçu l'appel pour les raisons exprimées par le juge Osler dans son opinion dissidente ((1986), 56 O.R. (2d) 513).

Dans une décision de cinq contre deux, la Cour suprême du Canada a maintenu l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. La décision de la Cour suprême du Canada vaut la peine d'être lue dans son entier. Je présente ci-après quelques citations choisies tirées du jugement qui, à mon avis, en indiquent bien la teneur.

La Cour a indiqué clairement qu'il est tout à fait opportun d'obtenir l'avis de collègues adjudicateurs, à la condition que l'adjudicateur appelé à décider ne délègue aucunement sa responsabilité de trancher la question. De plus, tout processus de consultation doit être volontaire, de droit et de fait, de la part de l'adjudicateur concerné; ainsi, les pratiques d'un tribunal ne doivent pas obliger les adjudicateurs à consulter et aucune pression ne doit être exercée sur eux pour qu'ils modifient leurs décisions. Les consultations devraient porter sur des questions de politique et d'interprétation, elles ne doivent pas avoir pour but de réexaminer des questions de fait, et la Cour suprême du Canada reconnaît que les questions de politique et d'interprétation ne doivent être discutées que dans un certain contexte factuel. De plus, il est évident qu'aucun nouvel élément de preuve ne peut être introduit dans le processus de consultation sans accorder aux parties toute possibilité d'en tenir compte.

La décision majoritaire dans l'affaire du *Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique* a été rendue par le juge Gonthier. Les longues citations suivantes, tirées de la décision, sont sélectives mais représentatives.

- Je suis d'accord avec le syndicat intimé que les règles de justice naturelle doivent tenir compte des contraintes institutionnelles auxquelles les tribunaux administratifs sont soumis. Ces tribunaux sont constitués pour favoriser l'efficacité de l'administration de la justice et doivent souvent s'occuper d'un grand nombre d'affaires. Il est irréaliste de s'attendre à ce qu'un tribunal administratif comme la Commission observe strictement toutes les règles applicables aux tribunaux judiciaires. De fait, il est admis

depuis longtemps que les règles de justice naturelle n'ont pas un contenu fixe sans égard à la nature du tribunal et aux contraintes institutionnelles auxquelles il est soumis. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a réitéré ce principe dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la p. 1113:

2. En tant qu'élément constitutif de l'autonomie dont il jouit, le tribunal doit respecter la justice naturelle qui, comme l'a dit le lord juge Harman [dans] *Ridge v. Baldwin*, à la p. 850, équivaut simplement [TRADUCTION] «à jouer franc jeu». Dans chaque cas, les exigences de la justice naturelle varient selon [TRADUCTION] «les circonstances de l'affaire, la nature de l'enquête, les règles qui régissent le tribunal, la question traitée, etc.»; le lord juge Tucker dans *Russell v. Duke of Norfolk*, à la p. 118. Les règles de justice naturelle ne peuvent être abrogées que par un texte de loi exprès ou nettement implicite en ce sens. [Je souligne.]

La question principale est de savoir si, vu l'importance de la question de politique en cause en l'espèce et la nécessité de maintenir un niveau élevé de qualité et de cohérence dans les décisions de la Commission, les règles de justice naturelle permettent la tenue d'une réunion plénière de la Commission sous réserve des conditions exposées par la Cour d'appel et, dans la négative, si une procédure qui permet aux parties d'être présentes, telle une audience plénière de la Commission, est la seule autre solution acceptable. Il faut soulever les avantages de la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières en regard des inconvénients que comporte la tenue de débats en l'absence des parties (p. 48).

- Il ne faut pas sous-estimer l'ampleur de la tâche assignée à la Commission. Comme le président Adams l'a écrit dans la décision relative à la demande de réexamen, la Commission a eu 3 189 affaires à traiter durant l'exercice 1982-1983 et elle comptait, outre le président, 11 vice-présidents à plein temps, 4 vice-présidents à temps partiel, 10 commissaires permanents représentant les employés et les employeurs ainsi que 22 autres commissaires à temps partiel pour entendre et trancher ces affaires. Le président et les vice-présidents à plein temps ont en moyenne 266 affaires par année à entendre (p. 49).
- La première raison pour laquelle il est nécessaire de tenir des réunions plénières de la Commission au sujet des questions de politique majeures tient à l'importance de bénéficier de l'expérience acquise de tous les commissaires, y compris le président et les vice-présidents de la Commission.
- Les règles de justice naturelle ne devraient pas dissuader les organismes administratifs de tirer profit de l'expérience acquise par leurs membres. Au contraire, les règles de justice naturelle devraient, par leur application, concilier les caractéristiques et les exigences du processus décisionnel

des tribunaux spécialisés avec les droits des parties en matière de procédure (p. 51).

- Il est évident qu'il faut favoriser la cohérence des décisions rendues en matière administrative. L'issue des litiges ne devrait pas dépendre de l'identité des personnes qui composent le banc puisque ce résultat serait "difficile à concilier avec la notion d'égalité devant la loi, l'un des principaux corollaires de la primauté du droit, et peut-être aussi le plus intelligible": Morissette, *Le contrôle de la compétence* [...] (p. 51).
- Vu le grand nombre de décisions rendues en matière de droit du travail, la Commission est justifiée de prendre les mesures nécessaires pour éviter d'arriver, par inadvertance, à des solutions différentes dans des affaires semblables (p. 51).
- En même temps, la décision d'un banc ne saurait lier un autre banc et les mesures prises par la Commission pour favoriser la cohérence de ses décisions ne doivent pas entraver la capacité de chacun des membres d'un banc de décider selon sa conscience et ses opinions (p. 51-52).
- [...] comme le soulignent avec justesse les professeurs Blache et Comtois dans "La décision institutionnelle" (1986), 16 *R.D.U.S.* 645, aux pp. 707 et 708 :

L'institutionnalisation du processus décisionnel présente des avantages et des inconvénients. Les principaux avantages qui lui sont imputés sont d'accroître l'efficacité de l'organisme ainsi que la cohérence et la qualité des décisions. La décision institutionnelle est, croit-on, susceptible de favoriser l'égalité de traitement d'individus se trouvant dans des situations similaires, de maximiser la possibilité de rendre des décisions d'une qualité supérieure, et de favoriser une meilleure affectation des ressources. On craint par contre que l'institutionnalisation ne risque d'encourager l'introduction, à l'insu des parties, de preuve et d'idées obtenues hors instance et d'entraîner la diminution de la responsabilité personnelle du décideur face à la décision à rendre (p.52).

- Je ne puis souscrire à l'affirmation portant que toute discussion avec une personne qui n'a pas entendu la preuve entache forcément de nullité la décision qui s'ensuit parce que la discussion est susceptible d'"influencer" le décideur. À cet égard, je fais miens les propos du juge en chef Meredith dans l'arrêt *Re Toronto and Hamilton Highway Commission and Crabb* (1916), 37 O.L.R. 656 (C.A.), à la p. 659:

[TRADUCTION] La Commission se compose de personnes qui occupent des postes qui ressemblent à un poste de juge plutôt qu'à un poste de simple arbitre; personne ne prétend qu'ils ont entendu quelque élément de preuve à l'insu de l'une ou l'autre des parties; tout ce qu'on peut dire c'est qu'ils, à savoir les commissaires qui ont entendu la preuve et rendu la décision, ont permis à un autre commissaire qui n'avait pas entendu la preuve ni participé à l'enquête auparavant, d'en lire la transcription et de leur exprimer certaines de ses vues sur la cause [. . .]
[M]ais, il convient d'ajouter que si toutes les décisions d'un juge étaient

entachées de nullité parce qu'il a discuté de l'affaire avec un autre juge, il faudrait invalider un grand nombre de jugements considérés comme valides et inattaquables, et que si ces discussions étaient prohibées, encore plus de jugements pourraient être infirmés en cour d'appel à cause du vice qu'il faudrait constater si le sujet avait été ainsi discuté.
[Je souligne.] (p. 55)

- Dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, le juge en chef Dickson définit "ce qui a été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire", comme la liberté complète de juger une affaire donnée selon sa conscience et ses opinions, sans l'intervention d'autres personnes, y compris de juges, à la p. 69 :

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises : personne de l'extérieur -- que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge -- ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision. Cet élément essentiel continue d'être au centre du principe de l'indépendance judiciaire (p. 56).

- Il est évident qu'aucune ingérence extérieure ne peut être pratiquée pour forcer ou contraindre un décideur à participer à des discussions au sujet de questions de politique soulevées par une affaire sur laquelle il doit statuer. Il va de soi aussi qu'on ne peut recourir à aucun mécanisme formel de consultation pour forcer ou inciter un décideur à adopter un point de vue qu'il ne partage pas. Cependant, les discussions avec des collègues ne constituent pas en soi une atteinte à la capacité des membres d'un banc de trancher les questions en litige de manière indépendante. Une discussion n'empêche pas un décideur de juger selon ses propres conscience et opinions, pas plus qu'elle ne constitue une entrave à sa liberté. Quelles que soient les discussions qui peuvent avoir lieu, la décision ultime appartient au décideur et il en assume la responsabilité entière (p. 56).
- Cependant, les décideurs ont le droit de changer d'avis, peu importe que ce soit à la suite de discussions avec des collègues ou de leur propre réflexion sur le sujet. L'opinion de la majorité de ses collègues peut également amener un décideur à changer d'avis par souci de cohérence de la jurisprudence puisqu'il s'agit d'un critère légitime qui doit être pris en considération, même si le décideur n'est lié par aucune règle de *stare decisis* (p. 57).
- Cependant, le critère de l'indépendance est non pas l'absence d'influence, mais plutôt la liberté de décider selon ses propres conscience et opinions (p. 58).
- Les réunions plénières de la Commission tenues *ex parte* comportent certains inconvénients sur le plan de la règle *audi alteram partem* parce que les parties ne savent pas ce qui a été dit à ces réunions et n'ont pas la possibilité de répliquer aux nouveaux arguments soumis par les

personnes qui y ont assisté. De plus, il y a toujours le risque que les personnes présentes à la réunion discutent de la preuve (p. 59).

- La détermination et l'évaluation des faits sont des tâches délicates qui dépendent de la crédibilité des témoins et de l'évaluation globale de la pertinence de tous les renseignements présentés en preuve. En général, les personnes qui n'ont pas entendu toute la preuve ne sont pas à même de bien remplir cette tâche et les règles de justice naturelle ne permettent pas à ces personnes de voter sur l'issue du litige (p. 59).
- Il ne faut pas refuser les avantages que l'utilisation valable de ce processus de consultation peut procurer, uniquement à cause de la simple crainte que cette pratique établie ne soit pas respectée, en l'absence de toute preuve que la chose s'est produite (p. 60).
- En toute déférence, je ne puis souscrire à l'avis du juge Rosenberg s'il veut dire qu'il n'est pas pratique de discuter des questions de politique en fonction de la base factuelle fournie par le banc (p. 61).
- Cependant, il est possible de débattre des questions de politique que soulève la preuve soumise au banc même si cette preuve peut entraîner une grande variété de conclusions sur les faits (p. 61).
- Les discussions sur les politiques n'ont pas pour objet de décider quelle partie aura finalement gain de cause, mais elles ont pour objet d'exposer les différents critères juridiques que la Commission peut adopter et de débattre leur valeur relative (p. 61).
- Il faut aborder les questions de politique de manière différente parce qu'elles ont, par définition, des conséquences qui vont au-delà du règlement du litige particulier entre les parties. Bien qu'elles découlent de faits précis, elles constituent l'expression d'un principe ou de normes apparentées au droit (p. 61).
- Cependant, la règle relative aux arguments juridiques ou de politique qui ne soulèvent pas des questions de fait est un peu moins sévère puisque les parties n'ont que le droit de présenter leur cause adéquatement et de répondre aux arguments qui leur sont défavorables. Ce droit n'inclut pas celui de reprendre les plaidoiries chaque fois que le banc se réunit pour débattre l'affaire. Pour des raisons pratiques manifestes, les cours supérieures, et en particulier les cours d'appel, ne sont pas tenues de convoquer de nouveau les parties chaque fois qu'un membre du banc infirme un argument et il serait anormal d'être plus exigeant envers les tribunaux administratifs en raison des règles de justice naturelle. En réalité, une de leurs raisons d'être est justement leurs connaissances et compétences spécialisées qu'on souhaite les voir appliquer (p. 63).
- Quoique le respect de l'indépendance judiciaire des commissaires empêche d'obtenir la cohérence parfaite des décisions de la Commission, celle-ci cherche, par ce processus de consultation à éviter les décisions

contradictoires rendues par inadvertance et à atteindre le niveau de cohérence le plus élevé possible dans les circonstances. Un processus institutionnalisé de consultation ne permet pas nécessairement aux commissaires de parvenir à un consensus, mais il fournit une tribune où il est possible de parvenir librement à ce consensus suite à une discussion réfléchie des questions soulevées (p.64).

- Les avantages d'un processus institutionnalisé de consultation sont manifestes et je ne puis souscrire à la proposition que cette pratique contrevient forcément aux règles de justice naturelle. Les règles de justice naturelle doivent avoir la souplesse nécessaire pour tenir compte à la fois des pressions institutionnelles qui s'exercent sur les tribunaux administratifs modernes et des risques inhérents à cette pratique. À cet égard, je fais miens les propos tenus par les professeurs Blache et Comtois dans *La décision institutionnelle*, précité, à la p. 708 :

Le phénomène d'institutionnalisation de la décision existe dans notre droit et il semble qu'il y soit pour rester. Le problème qui se pose n'est donc pas de savoir si la décision institutionnelle devrait ou non être autorisée, mais d'articuler des modalités de mise en œuvre qui permettent d'en limiter les risques. Il s'agit là d'une approche qui n'a rien de révolutionnaire et s'inscrit dans la tradition jurisprudentielle anglaise et canadienne selon laquelle il faut interpréter avec flexibilité les règles de justice naturelle (p. 64-65).

Les exigences de la décision *Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique* ont été réexaminées dans une autre décision de la Cour suprême du Canada en 1992. Dans *Tremblay c. Québec*, 1992 Can LII 1135 (C.S.C.), la Cour s'est concentrée sur l'exigence qu'une autre consultation ou un autre avis ne peut être obligatoire. Encore une fois dans un jugement formulé énergiquement, la Cour a exprimé clairement que, à moins d'indication contraire dans la loi habilitante ou le document constitutif (comme une convention de règlement), on ne peut pas exiger des adjudicateurs individuels qu'ils participent à un quelconque processus de consultation. Étant donné que la loi en question stipulait clairement que ce sont les adjudicateurs principaux qui doivent décider, ils doivent garder le droit de consulter; s'ils ne désirent pas consulter, ils doivent être libres de s'abstenir. La consultation obligatoire crée l'apparence d'un manque d'indépendance, sinon d'une contrainte réelle. En outre, la Cour a indiqué qu'il ne faut pas mettre en œuvre des mécanismes qui exercent des pressions indues sur les décideurs. La Cour a conclu dans le cas qui lui était soumis que certains aspects du système établi par le tribunal créent une apparence de « pression systémique », y compris l'utilisation d'une « table des consensus » qui semblait exiger des adjudicateurs qu'ils expliquent leurs décisions si celles-ci ne s'inscrivaient pas dans l'éventail ou les paramètres établis par la table des consensus.

Le résultat des décisions de la Cour suprême du Canada est que l'« institutionnalisation du processus décisionnel », comme il est indiqué dans l'affaire du *Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique*, est

entièrement acceptable pour les tribunaux administratifs assujettis à la mise en place de garanties protégeant l'indépendance des adjudicateurs. La consultation d'autres adjudicateurs par des adjudicateurs individuels, que ce soit individuellement ou collectivement, est opportune pour les membres d'un tribunal, et il est non seulement permis, mais attendu, que ces consultations aient une influence sur l'adjudicateur principal; en effet, la Cour dit dans *Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique* que c'est opportun pour les juges aussi. De telles consultations ne sont pas perçues comme étant différentes de la lecture de revues périodiques où des points de vue catégoriques peuvent être exprimés dans un sens ou dans l'autre sur des questions de politique ou d'interprétation.

La capacité de consulter de manière générale sans contrevenir aux règles de justice naturelle est toutefois assujettie à certaines garanties, sauf indication contraire dans la loi habilitante ou la convention. Ces garanties sont, notamment, les suivantes :

- 1) en bout de ligne, l'indépendance de l'adjudicateur doit toujours être protégée;
- 2) tout processus de consultation ou de conseil doit être volontaire plutôt qu'obligatoire;
- 3) le président d'un tribunal, les individus participant à une réunion plénière ou les collègues à titre individuel ne peuvent pas exercer de pressions indues sur les décideurs;
- 4) les questions de fait ne doivent pas être réexaminées, mais on peut discuter des questions de politique et d'interprétation dans le contexte factuel particulier dans lequel elles s'inscrivent;
- 5) on ne peut pas introduire de nouveaux éléments de preuve dans le processus de consultation sans donner aux parties toute possibilité d'en tenir compte.

Un bref examen des pratiques d'autres tribunaux au Canada a révélé que la plupart de ces pratiques impliquent une certaine responsabilité institutionnelle pour les décisions afin de promouvoir la qualité et la cohérence, mais qu'elles suivent les paramètres et respectent les limites du rôle de l'institution ou de la collectivité établi par les tribunaux.

Le PEI et les clauses contractuelles

Le Processus d'évaluation indépendant énoncé dans l'annexe « D » de la Convention de règlement comprend des dispositions visant à garantir la cohérence; la consultation entre adjudicateurs y est prévue ainsi que la mise en œuvre de mesures par l'adjudicateur en chef pour garantir la cohérence.

À la page 14, le PEI prévoit :

m. Cohérence

- i. Les adjudicateurs peuvent se consulter entre eux à propos des auditions et du processus décisionnel. Ils tenteront d'instruire des auditions structurées et de rendre des décisions cohérentes entre elles; ils peuvent discuter les questions soulevées par des cas particuliers, en autant qu'ils exercent seuls leur pouvoir décisionnel pour l'audition qu'ils ont instruite.
- ii. L'adjudicateur en chef doit mettre sur pied des programmes de formation et des mesures administratives destinées à assurer la cohérence des décisions des adjudicateurs dans leur interprétation et leur application du PEI.

Les fonctions de l'adjudicateur en chef, qui sont énoncées à la page 18 du PEI, comprennent ce qui suit :

- Mettre en œuvre les programmes de formation et les mesures administratives élaborées pour assurer la cohérence entre les décisions des adjudicateurs dans leur interprétation et leur application du PEI.
- Conseiller les adjudicateurs sur les exigences du PEI.

Il fait peu de doute que l'intention était de maintenir dans le PEI la pratique de réviser toutes les décisions, élaborée dans le cadre du MARC, puisque, en plus de l'adjudicateur en chef, on avait retenu initialement les services de quatre ACA et que leurs contrats prévoient une approche très pratique de la supervision des adjudicateurs. Les clauses du contrat qui sont pertinentes dans l'optique de la responsabilité de supervision de l'adjudicateur en chef se trouvent à la page 29 du contrat sous la rubrique « tasks and deliverables » (tâches et résultats attendus). Les dispositions suivantes sont pertinentes, dans le cadre de la discussion actuelle.

2. [TRADUCTION] mettre en œuvre des programmes de formation et des mesures administratives destinés à assurer la cohérence dans les décisions des adjudicateurs et dans l'interprétation et l'application du PEI;
4. [TRADUCTION] évaluer de manière continue les besoins de formation et de mentorat des adjudicateurs en chef adjoints et des adjudicateurs et élaborer des programmes appropriés;
6. [TRADUCTION] offrir des conseils aux adjudicateurs en ce qui concerne la conformité au PEI;
8. [TRADUCTION] recevoir des plaintes à propos du rendement des adjudicateurs et, s'il y a lieu, rencontrer les adjudicateurs pour discuter des préoccupations à leur sujet, et élaborer des mesures correctives pour y remédier;

9. [TRADUCTION] réaliser des examens pour déterminer si un adjudicateur ou un adjudicateur chargé d'une révision a correctement appliqué les critères du PEI aux faits établis et, dans le cas contraire, corriger la décision;

11. [TRADUCTION] surveiller la gestion et l'évaluation continue de tous les adjudicateurs, ce qui peut inclure les questions d'approvisionnement.

Une liste de « Duties and Responsibilities » (fonctions et responsabilités) additionnelles attribuées à l'adjudicateur en chef sont énumérées à la page 30 :

3. [TRADUCTION] établir les politiques et les normes particulières au bureau dans le but d'appuyer les adjudicateurs en chef adjoints et les adjudicateurs;

6. [TRADUCTION] répondre aux questions soulevées par les adjudicateurs en chef adjoints et les adjudicateurs;

8. [TRADUCTION] veiller à ce que les adjudicateurs en chef adjoints et les adjudicateurs participent aux mécanismes de révision des décisions et recourent au caucus, comme c'est prévu dans le cadre, et assister aux caucus régionaux;

10. [TRADUCTION] donner avis et conseils aux adjudicateurs sur les questions auxquelles ils sont confrontés au jour le jour, par exemple, mais sans s'y limiter :

- a) l'interprétation de dispositions du modèle;
- b) les exigences procédurales lors d'une audience;
- c) les normes acceptables de rédaction des décisions, en ce qui concerne leurs conclusions et l'application de ces normes, à la lumière des exigences prévues dans le modèle;

Les responsabilités de supervision de l'adjudicateur en chef énoncées dans le PEI et affinées dans le contrat prévoient un rôle actif pour l'adjudicateur en chef auprès des adjudicateurs pour garantir la qualité et la cohérence des décisions de même que la conformité des décisions au PEI.

Il était clair qu'une seule personne ne pouvait pas être chargée de la somme de travail liée à la fonction de supervision de l'adjudicateur en chef. C'est pourquoi des contrats ont été établis pour des adjudicateurs en chef adjoints chargés d'assister l'adjudicateur en chef dans ses fonctions. Actuellement, quatre adjudicateurs en chef adjoints sont en place, tous ayant été sélectionnés par le

Comité de surveillance; leurs contrats comprennent les dispositions suivantes, pertinentes relativement à ce propos :

1. [[TRADUCTION] gérer et superviser le travail de 25 à 30 adjudicateurs, selon la charge de travail de sa région;
4. [TRADUCTION] apporter son soutien à la mise en œuvre des programmes de formation et des mesures administratives destinés à assurer la cohérence dans les décisions des adjudicateurs et dans l'interprétation et l'application du PEI;
6. [TRADUCTION] informer l'adjudicateur en chef, de façon continue, des besoins de formation et de mentorat des adjudicateurs et l'aider à élaborer des programmes appropriés;
7. [TRADUCTION] aider les adjudicateurs dans les discussions concernant les règlements;
9. [TRADUCTION] donner des conseils aux adjudicateurs au sujet de la conformité au PEI;
10. [TRADUCTION] préparer des instructions pour la mise en œuvre efficace du PEI à soumettre et proposer à l'adjudicateur en chef;
11. [TRADUCTION] recevoir des plaintes à propos du rendement des adjudicateurs et, s'il y a lieu, rencontrer les adjudicateurs pour discuter des préoccupations à leur sujet, et élaborer des mesures correctives pour y remédier;
12. [TRADUCTION] examiner les décisions des adjudicateurs pour s'assurer qu'ils ont appliqué correctement le modèle aux faits établis et, dans le cas contraire, corriger la décision;

Les fonctions et responsabilités additionnelles suivantes sont attribuées à l'adjudicateur en chef adjoint :

2. [TRADUCTION] donner avis et conseils aux adjudicateurs sur les questions auxquelles ils sont confrontés au jour le jour, par exemple :
 - a) l'interprétation de dispositions du modèle;
 - b) les exigences procédurales lors d'une audience;
 - c) les normes acceptables de rédaction des décisions, en ce qui concerne leurs conclusions et l'application de ces normes, à la lumière des exigences prévues dans le modèle;

Les dispositions du PEI ainsi que les fonctions et responsabilités de l'adjudicateur en chef et des ACA, telles qu'elles sont énoncées dans leurs contrats respectifs, stipulent dans un cas comme dans l'autre qu'ils doivent collaborer étroitement avec les adjudicateurs dans l'accomplissement de leur fonction de direction d'audiences et de rédaction de décisions. Il est expressément indiqué qu'ils doivent assurer la cohérence entre les décisions « [TRADUCTION] dans l'interprétation et l'application du PEI et donner des conseils en ce qui concerne les normes acceptables de rédaction et d'interprétation des dispositions du PEI ».

Analyse et conclusion

La question de l'indépendance des adjudicateurs a été soulevée par les représentants d'avocats des demandeurs auprès du BAC, du Comité de surveillance et du Comité national d'administration sur une période de plusieurs mois. Les « préoccupations » sont demeurées après l'examen par l'avocat désigné par le tribunal de nombreux dossiers ayant fait l'objet d'examens officieux par les ACA. L'avocat désigné par le tribunal a indiqué au Comité de surveillance que la « vérification » n'avait rien révélé de fâcheux qui aurait suggéré une transgression de l'indépendance des adjudicateurs.

La jurisprudence démontre que même sans dispositions particulières dans la loi habilitante ou l'accord constitutif, les tribunaux ont une latitude considérable relativement à l'institutionnalisation du pouvoir décisionnel, principalement par la consultation entre adjudicateurs. La plupart des tribunaux sont régis par des lois qui sont absolument muettes en ce qui concerne les processus internes visant à promouvoir la cohérence et la consultation. Sous réserve de la nécessité que des garanties soient en place, cette latitude ne viole pas la règle de justice naturelle selon laquelle « celui qui tranche une affaire doit l'avoir entendue ». Les décisions judiciaires mentionnées plus haut portent sur des tribunaux établis par des lois, tandis que le PEI résulte d'une convention entre plaignants et défendeurs, approuvée et supervisée par des tribunaux judiciaires.

Les pratiques du BAC, en grande partie parallèles à celles qui sont appliquées par l'adjudicateur en chef dans le cadre du MARC, sont conformes aux principes de l'indépendance exprimés par les tribunaux judiciaires. Un aspect exige toutefois une attention particulière. Dans la pratique, toutes les décisions font l'objet d'une révision qui donne lieu à des commentaires et des conseils aux adjudicateurs sans que ces derniers en fassent expressément la demande – des examens officieux de routine. Selon le processus, comme je l'ai déjà indiqué, toutes les décisions sont révisées par un ACA, qui fait part à l'adjudicateur concerné de ses commentaires. La question est de savoir si cette pratique équivaut à une « influence indue », comme il est dit dans le contexte de la décision *Tremblay*.

Après une somme considérable de recherche, de réflexion et de consultation avec les ACA, entre autres, je conclus que la révision habituelle des décisions ne porte pas atteinte à l'indépendance des adjudicateurs et qu'elle ne fait pas partie de la même catégorie de mesures utilisées par le tribunal qui faisait l'objet d'un examen dans l'affaire *Tremblay*. La pratique du BAC de réviser les décisions de manière habituelle est suivie par une communication, ordinairement par courriel, par laquelle l'ACA fait part à l'adjudicateur de ses réflexions et lui donne des conseils. Il a toujours été clair que l'adjudicateur peut rejeter ces observations et ces conseils, en tout ou en partie. L'adjudicateur peut même supprimer tout simplement ces observations au moyen d'une fonction clavier et les ignorer totalement. Bref, l'adjudicateur est entièrement libre de tenir compte des observations et des conseils d'un ACA, de l'adjudicateur en chef ou de tout autre collègue adjudicateur.

De plus, la formulation du PEI investit expressément l'adjudicateur en chef du pouvoir de mettre des mesures en œuvre pour garantir la cohérence des décisions. Cette disposition de la convention habilitante, par laquelle il est établi, distingue le PEI de pratiquement tous les autres tribunaux. Considérant que cette formulation a été mise en place sur fond des pratiques précédentes employées dans le cadre du MARC et qu'elle est renforcée par la formulation des contrats de l'adjudicateur en chef et des ACA, on peut difficilement conclure que la révision habituelle des décisions est malséante de quelque manière que ce soit puisque, encore une fois, c'est l'adjudicateur qui a le dernier mot.

Les raisons pour lesquelles le BAC doit se préoccuper des questions de qualité et de cohérence dans les décisions rendues aux termes du PEI sont nombreuses, notamment :

- 1) si des erreurs, comme celles que j'ai mentionnées dans les premières pages de ce document, ne sont pas corrigées avant la publication des décisions, elles entraînent des retards prolongés. Si la révision de routine ajoute quelques jours à la publication d'une décision, l'examen officiel ou la révision officielle suivant la publication ajoute des semaines au processus avant qu'une décision puisse être finalisée;
- 2) de par sa nature, le corps des adjudicateurs du PEI exige des procédures qui encouragent la cohérence. Les quelque 80 adjudicateurs forment un groupe non cohésif, dispersé d'un bout à l'autre du pays, qui fonctionne en deux langues. Les occasions qu'ils ont de se rencontrer sont assez limitées et la formation qu'ils reçoivent, initialement et par la suite, est très modeste. La supervision par les ACA n'est pas le seul moyen d'établir un terrain d'entente entre les adjudicateurs, mais la révision officieuse est un instrument important en vue d'assurer la cohérence. Le PEI cherche à atteindre un degré élevé de cohérence par l'utilisation de

« grilles » bien définies pour la responsabilité et les indemnités. Il semblerait quelque peu incongru de ne pas mettre d'autres méthodes en œuvre pour encourager la cohérence. La Cour suprême du Canada dans l'affaire *Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique* a déclaré qu'un tribunal « est [justifié] de prendre les mesures nécessaires pour éviter d'arriver, par inadvertance, à des solutions différentes dans des affaires semblables » (p. 51) et « Il est évident qu'il faut favoriser la cohérence des décisions rendues en matière administrative. L'issue des litiges ne devrait pas dépendre de l'identité des personnes qui composent le banc... » (p. 51);

- 3) les demandeurs méritent des décisions de grande qualité – c'est la raison la plus déterminante de soutenir des mesures qui ont pour but d'assurer la qualité et la cohérence. La conception du PEI, comme celle du MARC auparavant, est entièrement axée sur les demandeurs. Chaque étape du processus vise à tenir compte des besoins des demandeurs. La formation du personnel du secrétariat a pour but de le sensibiliser pour qu'il soit particulièrement attentifs à l'égard des demandeurs à l'étape préparatoire à l'audience, et les adjudicateurs dirigent les audiences de manière respectueuse envers les demandeurs et les autres parties – le PEI dicte qu'il en soit ainsi (p. 26). Il ne faut pas publier des décisions qui seront source d'anxiété pour les demandeurs parce qu'elles renferment des erreurs de nom, des pronoms incorrects ou qu'elles nécessitent une révision à cause d'erreurs courantes ou un examen officiel par suite d'une erreur manifeste d'interprétation du PEI. Ce serait un affront à la dignité des demandeurs et au respect qui leur est témoigné tout au long du processus, mais qui cesserait d'être présent à l'étape de la décision. C'est inacceptable, d'autant plus que la décision écrite, qui fait autorité, est le symbole le plus concret de la validation des réclamations des demandeurs et un moyen de commémorer l'expérience des pensionnats indiens.

Il est important pour les parties au processus du PEI, et pour les adjudicateurs, de comprendre le contexte dans lequel s'inscrivent les mécanismes de révision interne adoptés par le BAC aussi bien que le processus proprement dit. C'est à cette fin que ce document a été rédigé. J'expose ci-après la politique du BAC en ce qui concerne la révision interne de routine à laquelle sont soumises les décisions.

Voici en résumé les procédures à utiliser au BAC :

- 1) le BAC fait lire toutes les décisions par un collègue adjudicateur, ordinairement un ACA ou l'adjudicateur en chef;
- 2) les commentaires, observations et conseils concernant la décision sont adressés à l'adjudicateur principal;
- 3) les adjudicateurs sont libres de tenir compte ou d'ignorer tout commentaire, observation ou conseil;
- 4) les adjudicateurs sont autorisés à consulter l'adjudicateur en chef, les ACA ou les autres adjudicateurs davantage au sujet de leur projet de décision;
- 5) les consultations ne doivent porter que sur des questions de politique, d'interprétation, de cohérence et de grammaire. Il est permis de discuter de questions de politique suscitées par les éléments de preuve présentés à l'adjudicateur, même si la preuve peut donner lieu à différentes conclusions de fait;
- 6) l'adjudicateur en chef, les ACA et les autres adjudicateurs/collègues doivent s'abstenir d'exercer des pressions sur les adjudicateurs pour qu'ils modifient leurs décisions;
- 7) tous les adjudicateurs ont la responsabilité de préserver leur indépendance. Le PEI stipule que :

L'adjudicateur est responsable d'évaluer la crédibilité de chaque allégation, et pour les allégations qui sont prouvées selon le fardeau de la preuve en matière civile, de déterminer si ce qui a été prouvé constitue une demande continue en vertu du PEI.

Ces lignes directrices et ce document seront remis à tous les adjudicateurs, au Comité de surveillance, au Canada, aux Églises, aux avocats des demandeurs et aux tribunaux de contrôle.