

# CONCILIATION DES LITIGES ET FORMES ALTERNATIVES DE RÉGULATION EN DROIT ADMINISTRATIF FÉDÉRAL<sup>®</sup>

PAR FRANCE HOULE\* ET DANIEL MOCKLE\*\*

Malgré le succès considérable que connaît désormais le thème «Alternative Dispute Resolution» (ADR) au Canada, peu d'études sont disponibles afin de mesurer son impact en droit public, notamment en droit administratif fédéral. Comme plusieurs indices montrent l'importance grandissante de ces mécanismes de rechange, il était urgent d'en proposer un premier inventaire à des fins de classement. À cette fin, les auteurs font une distinction entre les modes dont les finalités sont transactionnelles, par opposition à ceux dont la portée est de type réglementaire. Cette classification offre les bases nécessaires à une réflexion théorique et permet de réintroduire des dimensions qui sont généralement négligées par la littérature de type «ADR» quant il s'agit du droit public : la nature particulière du droit fédéral, la réalité de l'État et du droit public, l'énigme du cadre juridique, la dualité ordre public/public interest, la diversité des fonctions administratives et le pluralisme institutionnel, ainsi que la légalité de ces mécanismes en droit public. La progression des modes alternatifs favorise également la diversification des modes d'intervention de la puissance publique et anticipe l'apparition de formes alternatives de régulation. Sans chercher à trancher entre diverses rhétoriques qui opposent holisme et manichéisme afin de légitimer ou de discréditer l'utilisation des modes alternatifs, les auteurs rappellent que la progression inéluctable des modes non contentieux de règlement des différends en droit administratif requiert des balises précises que seul le législateur peut fixer.

Despite the considerable attention devoted to Alternative Dispute Resolution (ADR) in Canada, few studies are available on its impact in public law, especially in federal administrative law. Yet, there is much evidence that these techniques are increasingly used and it is therefore timely to catalogue and classify them. To this end, a distinction is drawn between dispute resolution techniques used for transactional purposes and those used for regulatory purposes. This classification provides the basis for a theoretical analysis which focuses on public law and raises questions generally neglected in the existing literature concerning ADR: the particular nature of federal law, the reality of the state and of public law, the legal framework, the duality of "public interest/ordre public," the diversity of administrative functions, institutional pluralism, and finally, the legality of the use of these mechanisms in public law. The expansion of the use of ADR promotes a diversification of the methods of intervention by the state in society and anticipates the appearance of alternative forms of regulation. Without stating an opinion on the divergent views opposing holism and manicheism for the purposes of legitimizing or discrediting the use of ADR, the authors suggest that the steady progression of these techniques in administrative law will require the setting of precise legal parameters by legislatures.

---

© 1998, F. Houle et D. Mockle.

\* Professeure adjointe, Faculté de droit, Université de Montréal.

\*\* Professeur agrégé, Sciences juridiques, Faculté de science politique et de droit, Université du Québec à Montréal. Cette étude a été rendue possible grâce à une subvention du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (1994-1997). Elle est à jour au 1er janvier 1998.

I. INTRODUCTION .....	704
II. LA FINALITÉ DES MÉCANISMES DE CONCILIATION ET DE MÉDIATION .....	710
A. <i>Les mécanismes utilisés à des fins transactionnelles</i> .....	712
1. Les relations de travail .....	713
a) <i>Le secteur privé</i> .....	714
b) <i>Le secteur public</i> .....	716
2. La construction d'ouvrages publics .....	719
a) <i>Les marchés de l'État</i> .....	720
b) <i>Les pipelines</i> .....	721
B. <i>Les mécanismes utilisés à des fins régulateurs</i> .....	722
1. Les droits de la personne .....	722
2. La régulation économique .....	725
a) <i>La radiodiffusion</i> .....	725
b) <i>Les télécommunications</i> .....	727
3. L'évaluation environnementale .....	729
III. LES ENJEUX DE DROIT PUBLIC .....	731
A. <i>Les orientations spécifiques du droit fédéral</i> .....	733
B. <i>Les contrats administratifs, les pratiques transactionnelles et l'ordre public</i> .....	735
C. <i>L'indifférenciation des litiges et les privilèges de puissance publique</i> .....	745
D. <i>La justice administrative et la diversité des fonctions administratives</i> .....	753
IV. CONCLUSION .....	763

## I. INTRODUCTION

En droit administratif, 1998 représente une rupture par rapport aux pratiques antérieures de gestion des litiges. Elle se démarque par la reconnaissance officielle de la conciliation-médiation dans le règlement de litiges susceptibles d'opposer des autorités administratives à d'autres parties, peu importe que ces dernières soient des personnes physiques ou morales de droit privé ou de droit public. Par leur publication le 18 février 1998, les règles de la Cour fédérale ont été modifiées afin d'offrir aux parties des services non contentieux de règlement des litiges.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> La prépublication remonte à septembre 1997 : *Règles de la Cour fédérale* (1998), Gaz. Can. (1990) I. 2845; et la publication des règles : Gaz. Can. (1998) II. 424. Conformément à la *Loi sur les textes réglementaires*, les *Règles de la Cour fédérale 1998* ont été enregistrées par le greffier du Conseil privé le 5 février 1998 sous D.O.R.S./98-106 et sont entrées en vigueur le 25 avril 1998.

Inspiré du mécanisme de la conférence préparatoire, la *conférence de règlement des litiges* initialement désignée comme une *conférence de conciliation* dans le document de consultation de la Cour,<sup>2</sup> servira dorénavant diverses fins en vue d'accélérer le règlement d'une instance avant l'étape formelle de l'audition. Cette étape préliminaire est laissée à la discrétion de l'une des parties qui peut à tout moment présenter une requête afin que l'instance soit gérée à titre d'*instance à gestion spéciale*. La généralité des termes utilisés par la Cour pour les règles 380-391 (Partie 9) ne permet pas *a priori* d'exclure certains types de litige de droit public, pas plus qu'elle offre des repères précis afin d'exclure le Procureur général du Canada ou une autorité administrative fédérale. La nouveauté semble donc complète, tant pour la nature du mécanisme offert, que pour son champ d'application potentiel en droit administratif fédéral.

La création en 1997 du Tribunal administratif du Québec par la *Loi sur la justice administrative*<sup>3</sup> soulève un questionnement identique. Sanctionnée le 16 décembre 1996, l'essentiel du dispositif de la nouvelle loi est en vigueur depuis le premier avril 1998, avec encore une autre rupture dans l'évolution de la problématique des modes alternatifs en droit administratif. Le nouveau Tribunal pourra «[s]il le considère utile et si la matière et les circonstances d'une affaire le permettent», ainsi qu'avec le consentement des parties, suspendre une instance pour une période n'excédant pas trente jours afin de permettre la tenue d'une séance de conciliation (art. 120-24). Pour la première fois, la possibilité de départager des autorités administratives et de simples usagers-administrés par le mécanisme de la conciliation est clairement posée par le législateur. La Section des affaires sociales et la Section des affaires économiques pourront entendre des demandes de contestations dirigées contre des décisions administratives relatives à des demandes de permis, de prestation ou d'indemnisation. Le fait qu'on puisse envisager la conciliation pour des litiges ou des contestations nés de ces décisions rendues par diverses autorités administratives (ministères et régies) constitue une problématique nouvelle pour le champ d'application des modes alternatifs en droit administratif.

Ces modes alternatifs de règlement des litiges poursuivent ainsi une trajectoire autonome qui ne tient pas compte, du moins en apparence, des contingences propres à des domaines du droit qui en semblent fort éloignés par leur esprit et leur finalité. La

---

<sup>2</sup> Canada, Cour fédérale, *Projet de révision des règles : document de travail* (Ottawa, Cour fédérale du Canada, 1995) à la p. 98.

<sup>3</sup> *Loi sur la justice administrative* L.Q. 1996, c. 54, art. 1(3).

contractualisation et la régulation des rapports sociaux par le moyen de mécanismes de règlement amiable des conflits soulèvent des interrogations multiples en droit public. Les contraintes qui y sont liées ont été négligées ou niées implicitement dans les rares études relatives à la médiation-conciliation.<sup>4</sup> La littérature sur les modes alternatifs de règlement des litiges est souvent ajuridique. Les litiges sont essentiellement analysés selon des termes propres à la sociologie des conflits ou d'autres théories communicationnelles, avec parfois une absence complète de cadre juridique. L'univers des bons sentiments et de l'angélisme président ainsi à la négociation raisonnée des conflits et l'évaluation des intérêts des parties, sans que le lecteur puisse être directement confronté aux pesanteurs structurelles du droit. En cherchant à cerner les paramètres économiques et sociaux des divers types de conflits, la littérature de type «Alternative Dispute Resolution» (ci-après «ADR») insiste sur les habilités du médiateur et les considérations éthiques au détriment de l'atavisme récurrent des immunités, des privilèges, et des dispositions spéciales de droit public. À titre de rhétorique de l'apaisement, les modes alternatifs entretiennent l'euphorie de la simplicité, de la facilité, de la rapidité, et de la réconciliation. En ce sens, ils sont un discours avant d'être une réalité. Même si des études critiques émergent graduellement pour des champs spécifiques du droit public, notamment les libertés publiques,<sup>5</sup> le style résolument optimiste, ainsi que le prosélytisme, qui caractérisent certains manuels du style «Médiation : mode d'emploi»<sup>6</sup> requièrent prudence et modération. Parés de vertus nouvelles afin de remédier aux excès du contentieux, ces pratiques font l'objet d'un surinvestissement symbolique qui gomme généralement toute forme de questionnement critique sur leur efficacité, leur légalité, et leur légitimité.

---

<sup>4</sup> J. Poitras et P. Renaud, *La médiation et la réconciliation des intérêts dans les conflits publics* (Toronto, Carswell, 1996).

<sup>5</sup> Voir D. Johnson et R. B. Howe, «Human Rights Commissions in Canada: Reform or Reinvention in a Time of Restraint?» (1997) 12 Rev. Can. Dr. & S. 1 aux pp. 18-21; L. Lamarche, *Le régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne* (Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1996 [ci-après «Le régime québécois de protection»]; L. Lamarche, «La gestion des plaintes de discrimination au Québec : processus de banalisation des droits ou de rationalisation?» dans L. Lemonde, dir., *Droit et droits : de l'accès à l'exclusion : actes de la septième journée en droit social et du travail*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1996, 87; et L. Lamarche, «Le processus québécois d'enquête en matière de plaintes de discrimination : quelques raisons de s'inquiéter» (1997) 12 Rev. Can. Dr. & S. 35.

<sup>6</sup> Voir D.C. Elliott et J.H. Goss, *Grievance Mediation: Why and How it Works* (Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1994). Voir aussi H. de Kovachich et al., *Guide pratique de la médiation* (Toronto, Carswell, 1997, c. 4. Cet ouvrage se démarque des autres manuels car il a le mérite d'introduire quelques nuances en fonction de certains domaines du droit.

Cette volonté de pacification des rapports sociaux ne serait qu'un moindre mal si elle n'avait pas pour principal défaut d'occulter le droit public. Dans l'abondante littérature anglo-américaine relative aux modes alternatifs, le droit public est généralement absent.<sup>7</sup> Dans chaque ouvrage de présentation du thème «ADR», le droit public est doublement nié. Non seulement le couple «médiation-conciliation» est présenté comme appartenant plus ou moins exclusivement à l'univers des relations privées et commerciales, mais une majorité de juristes anglo-américains ne semble pas en mesure de saisir que le droit public est directement à l'origine, depuis deux siècles, de quelques mécanismes non contentieux de règlement des litiges. Si le droit public de tradition romano-germanique est caractérisé par l'existence du «recours administratif»,<sup>8</sup> le monde nordique et anglo-saxon se singularise par le succès et le rayonnement de divers types d'ombudsmans.<sup>9</sup> Le développement des mécanismes de plaintes a également contribué à la diversification des formules.<sup>10</sup> Il existe incontestablement des mécanismes qui sont propres à la culture du droit public et ce n'est que récemment que leur influence a gagné le secteur privé comme le montre le phénomène des ombudsmans administratifs (*executive ombudsmer*).<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Il est nécessaire de se restreindre à quelques exemples sans chercher à diminuer la qualité des études et des travaux. Il faut simplement constater l'absence de la dimension de droit public : voir A. Bevan, *Alternative Dispute Resolution: A Lawyers's Guide to Mediation and Other Forms of Dispute Resolution* Londres, Sweet & Maxwell, 1992; et G. Applebey, «An Overview of Alternative Dispute Resolution» dans C. Samson et J. McBride, dirs., *Solutions de rechange au règlement des conflits*, Ste-Foy (Qc.), Presses de l'Université Laval, 1993, 25.

<sup>8</sup> Voir E. Prévédourou, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, Paris, L.G.D.J., 1996; et J.-M. Auby et R. Drago, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992 aux pp. 18-47.

<sup>9</sup> Il existe quelques études où l'institution de l'Ombudsman a été analysée comme mécanisme de rechange : voir D. Mullan, «The Ombudsman of Ontario: Some Issues of Authority» dans Samson et McBride, dirs., *supra* note 7 aux pp. 341-57; et D. Jacoby, «Le recours au Protecteur du citoyen comme solution de rechange à la résolution judiciaire des conflits» dans Samson et McBride, dirs., *supra* note 7 aux pp. 195-213. Pour une synthèse récente du droit britannique, voir M. Seneviratne, *Ombudsmen in the Public Sector* Philadelphie, Open University Press, 1994.

<sup>10</sup> Voir P. Birkinshaw, *Grievances, Remedies and the State* Londres, Sweet & Maxwell, 1985.

<sup>11</sup> Voir R.W. Hodgin, «Ombudsmen and Other Complaints Procedures in the Financial Services Sector in the United Kingdom» dans Samson et McBride, dirs., *supra* note 7, 167; et A.R. Mowbray, «Ombudsmen: The Private Sector Dimension» dans W. Finnie, C.M.G. Himsworth et N. Walker, eds., *Edinburgh Essays in Public Law* Edinburgh, Edinburgh University Press, 1991, 315.

En France, les études relatives aux modes alternatifs en droit administratif ont progressé rapidement depuis quelques années.<sup>12</sup>

Au Canada, la rareté des études disponibles ne permet pas d'affirmer qu'il existe une littérature cohérente sur les modes alternatifs de règlement des litiges en droit public.<sup>13</sup> La nouveauté du sujet soulève encore de nombreuses questions, surtout dans la perspective du droit fédéral.<sup>14</sup> Aucune des trois études publiées n'avait fait du droit administratif fédéral un objet spécifique de recherches et d'analyse.<sup>15</sup> Il est donc utile de replacer cette nouvelle étude dans la perspective des travaux antérieurs axés principalement sur le Québec.

En 1991, un premier tour d'horizon avait permis de constater que la médiation-conciliation était utilisée par des organismes administratifs autonomes, possédant ou non le statut de tribunal administratif, afin de régler des litiges entre des parties privées.<sup>16</sup> Comme l'Administration n'était pas directement partie à ces divers contentieux spécialisés en droit social et du travail, ces mécanismes restaient inoffensifs dans la perspective des intérêts propres de l'État. Compte tenu de leur nouveauté, il était impossible de proposer une synthèse critique, d'où la prudence qui caractérisait la conclusion de

---

<sup>12</sup> Voir notamment le numéro spécial de l'AJDA de janvier 1997, *Modes alternatifs de règlement des litiges*, ainsi que l'étude de la Section du rapport et des études du Conseil d'État, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative* (Paris, La Documentation française, 1993). Pour un bilan critique, voir A. Guihal, «La conciliation et la médiation administrative», *Gaz. Pal.*, 21 août 1996, 6.

<sup>13</sup> À titre de rappel, l'étude publiée par le Barreau canadien remonte à 1989 et couvre plusieurs domaines du droit, dont le droit public appréhendé de façon trop générale sous le thème «Public Interest Litigation» dans *Solutions de rechange au règlement des conflits : une perspective canadienne*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1989. Dans la perspective de la justice administrative, les études sont encore peu nombreuses : voir A. Karakatsanis, «Problem-Solving with ADR: The Tribunal Perspective» (1995) 9 C.J.A.L.P 125.

<sup>14</sup> Le sujet soulève néanmoins beaucoup d'intérêt, comme en témoigne la conférence organisée conjointement par Osgoode Hall et la Society of Ontario Adjudicators and Regulators, «Administrative Tribunals and ADR», Toronto, 24 avril 1997.

<sup>15</sup> Voir les travaux de Daniel Mockle: D. Mockle, «Zéro contentieux : l'ouverture d'une troisième voie en droit administratif par le règlement amiable des différends» (1991) 51 *Rev. du Bar.* 45 [ci-après «Zéro contentieux»]; D. Mockle, «Le développement des formules non juridictionnelles inspirées du modèle de l'Ombudsman» dans K. Klappel, dir., *Journée en droit social et du travail : nouvelles pratiques de gestion des litiges en droit social et du travail* (Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1994, 43 [ci-après «Le développement des formules non juridictionnelles»]; et D. Mockle, «Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif» dans *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits : aspects nationaux et internationaux* (Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 85 [ci-après «Les modes alternatifs de règlement des litiges»].

<sup>16</sup> Voir «Zéro contentieux», *supra* note 15 à la p. 84.

cette première étude.<sup>17</sup> L'accueil réservé à ces nouveaux modes de gestion des litiges par les autorités politiques et administratives n'en restait pas moins favorable, ce qui explique la poursuite des travaux avec la publication d'une seconde étude en 1994 ayant pour objet des mécanismes de plaintes et divers types d'ombudsmans spécialisés.<sup>18</sup> Enfin, en 1997, une dernière étude tentait pour la première fois de dresser un portrait d'ensemble des modes alternatifs en droit administratif, afin de montrer la diversité des scénarios et l'hétérogénéité des mécanismes.<sup>19</sup> Comme cette troisième étude contient des développements sur les ombudsmans spécialisés en droit fédéral, il n'est pas utile de revenir sur cette question.

Si ces premières recherches présentent l'inconvénient d'être principalement axées sur le fonctionnement des institutions administratives au Québec, ce fait peut être expliqué en partie par la précocité des expériences entreprises depuis près d'une décennie. La nature particulière des missions relevant de la responsabilité des provinces explique l'émergence de la conciliation et de la médiation pour la gestion de régimes d'indemnisation et de prestations, sans que pareil constat puisse expliquer par ailleurs l'utilisation de solutions alternatives dans le fonctionnement de mécanismes de plaintes où prévalent l'ordre public et des droits fondamentaux. Les domaines des normes du travail et des droits de la personne en sont des exemples. Alors que l'évolution du droit québécois, tous domaines confondus en droit public, reste difficile à expliquer en termes de pure rationalité, le droit administratif fédéral reste encore une énigme pour le champ d'application des modes alternatifs.

Comme l'année 1998 marque le début d'une ère nouvelle par la reconnaissance officielle de la réalité de la médiation dans les règles de la Cour fédérale, il est nécessaire de faire un premier bilan des expériences menées en droit fédéral. La première partie de cette étude offre une classification des mécanismes de médiation-conciliation répertoriés dans des champs très divers de l'action administrative. Même si cette recherche démontre leur utilisation restreinte, elle favorise néanmoins une réflexion sur quelques aspects spécifiques. Outre la nature du droit fédéral, le type de compétences réservées aux autorités fédérales font l'objet d'un questionnement critique afin de cerner la

---

<sup>17</sup> *Ibid.* à la p. 126 : «Si le droit public, surtout le droit administratif, ne peut que gagner à l'adoucissement des moeurs, la complexité des enjeux et des difficultés ne permet pas d'apporter une réponse définitive à ces questions».

<sup>18</sup> Voir «Le développement des formules non juridictionnelles», *supra* note 15.

<sup>19</sup> Voir «Les modes alternatifs de règlement des litiges», *supra* note 15.

spécificité du droit administratif fédéral. Des dimensions propres au droit public sont analysées afin de cerner le cadre juridique des pratiques transactionnelles et de l'ordre public, ainsi que la réalité plus ou moins occultée des privilèges de puissance publique. D'où l'utilité d'une étude qui réintroduit les "vraies questions" : la nature particulière du droit fédéral, la réalité de l'État et du droit public, l'énigme du cadre juridique, la dualité *ordre public/public interest* ainsi que la légalité de ces mécanismes en droit public. Il est indispensable de réintroduire la question du droit car l'utilisation croissante de ces formules alternatives «rend urgent un effort théorique sérieux».<sup>20</sup>

## II. LA FINALITÉ DES MÉCANISMES DE CONCILIATION ET DE MÉDIATION

Le 4 juillet 1995, le sous-ministre fédéral de la Justice énonçait des objectifs ministériels pour l'implantation de mécanismes de règlement des conflits qui ont permis ultérieurement la formulation de la *Politique sur les règlements des conflits*. Par cette politique, approuvée le 16 février 1996, le ministère désire assumer un rôle prépondérant au sein du gouvernement fédéral afin de favoriser l'utilisation de ces mécanismes non contentieux dans l'Administration fédérale.<sup>22</sup> Dans le sillage de cette nouvelle orientation, la section de droit administratif et de droit constitutionnel, relayée désormais par la section des politiques, fait circuler depuis quelques années un document de consultation intitulé *Proposition en vue d'une loi fédérale sur les*

---

<sup>20</sup> M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, Coll. «Que Sais-Je?», Paris, Presses universitaires de France, 1995, n° 2930, 3. La publication en 1998 de l'ouvrage du Professeur Nabil Antaki de l'Université Laval représente une importante contribution qui n'inclut pas toutefois la question du droit public : voir N. Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1998.

<sup>21</sup> Canada, Ministère de la Justice, *Politique sur le règlement des conflits*, Ottawa, ministère de la Justice, 16 février 1996. Une copie de la politique figure en annexe du texte de G. Baron, «Projet relatif au règlement des conflits—ministère de la Justice (Canada)» dans *Développements récents en médiation (1996)*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1996, 17. Un groupe de travail a été formé en avril 1992 au sein du ministère, dont le mandat est de promouvoir, d'encourager et de mettre en oeuvre les mécanismes de règlement des conflits.

<sup>22</sup> De plus, les avocats doivent procéder à l'examen des lois fédérales et évaluer avec chacun des ministères-clients quelles sont les modifications législatives qui pourraient être apportées aux lois qu'ils sont chargés d'appliquer. La *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*, L.C. 1996, c. 21, entrée en vigueur le 1er avril 1998, T.R./98-52, est un exemple de collaboration entre les ministères de la Justice et de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire afin d'inclure un mécanisme de règlement des conflits dans une loi. Voir les *Règlements sur la médiation en matière d'endettement agricole*, D.O.R.S./98-168 en vigueur depuis le 1er avril 1998.

*audiences administratives*<sup>23</sup> Parmi diverses mesures, cette esquisse de loi définirait quelques critères visant l'usage de ces mécanismes par les organismes autonomes. Bien que l'absence d'une loi-cadre au niveau du gouvernement fédéral soit défavorable à l'utilisation extensive de ces modes non contentieux de règlement des litiges, l'engouement de plus en plus prononcé du monde juridique aurait raison, du moins en partie, de cet obstacle.

Contrairement aux fondements traditionnels du droit classique où lois et décisions judiciaires jouent un rôle déterminant, les modes alternatifs reposent en grande partie sur des pratiques administratives que seule une étude empirique permet d'inventorier. Les organismes fédéraux ne possèdent pas, sauf rares exceptions, de dispositions législatives spécifiques leur permettant d'exercer la conciliation ou la médiation. Afin de répertorier ces mécanismes, un questionnaire d'enquête a été élaboré en vue de conjuguer les contraintes du droit positif à un questionnement plus critique lié à l'émergence de formes nouvelles de régulation en droit public. Pour ce premier tour d'horizon, il était nécessaire d'identifier les fondements juridiques invoqués pour instaurer ces mécanismes, les pouvoirs conférés aux conciliateurs et aux médiateurs ainsi que la procédure suivie. Les mécanismes de conciliation et de médiation retenus font appel à un tiers neutre qui a pour fonction d'aider les parties à trouver une solution à une divergence de prétentions. Ce tiers n'a toutefois pas de pouvoir décisionnel. Les fonctionnaires et les agents des organismes répertoriés ne font pas de distinction entre conciliation et médiation, même si une distinction de principe existe. Le médiateur doit proposer une solution aux parties, ce qui lui permet de jouer un rôle déterminant pour l'issue du litige, alors que le conciliateur se limite au rapprochement par de la négociation raisonnée.

L'Administration fédérale n'utilise pas ces mécanismes aussi fréquemment que son homologue québécois.<sup>24</sup> Cette recherche a permis de dégager un premier constat : seulement une dizaine d'organismes offrent des services de conciliation et de médiation aux

---

<sup>23</sup> Canada, Ministère de la Justice, *Proposition en vue d'une loi fédérale sur les audiences administratives*, ministère de la Justice, section des politiques, révisée en septembre 1996. Ce document est disponible sur demande auprès du ministère.

<sup>24</sup> Voir «Zéro contentieux», *supra* note 15 à la p. 85. Déjà en 1987, le Conseil du Trésor du Québec publiait une brochure sur les services de médiation offerts au Québec : voir G. Carignan *et al.*, *Médiation et Administration publique* Coll. «Innovation et administration publique», n<sup>o</sup> 6, Québec, Conseil du Trésor, Centre pour le développement de la productivité dans le secteur public, 1987.

administrés au niveau du gouvernement fédéral.<sup>25</sup> Tout comme au Québec, on pouvait supposer, à titre préliminaire, que les rares expériences n'ont pour objectif que le rapprochement de parties privées par des autorités administratives investies de missions de pacification des rapports sociaux. Ainsi, le repérage de ces mécanismes chez les organismes autonomes oeuvrant en droit du travail ne présente aucune surprise. Cette prémisse a toutefois été démentie. Pour cinq domaines significatifs,<sup>26</sup> l'utilisation de ces mécanismes soulève des problématiques qui ont influencé la classification proposée dans cette étude. Selon la finalité recherchée, ces mécanismes non contentieux peuvent être regroupés en deux catégories : ceux utilisés à des fins transactionnelles et ceux employés à des fins régulatrices. L'expression «à des fins transactionnelles» signifie que les effets des solutions aux différends et aux litiges se limitent le plus souvent aux parties dans la perspective plus classique du consensualisme, alors que la référence «à des fins régulatrices» est une allusion directe à l'élaboration des politiques publiques dans un contexte décisionnel.

#### *A. Les mécanismes utilisés à des fins transactionnelles*

La conciliation ou la médiation utilisée à des fins transactionnelles apparaît comme le stéréotype le plus répandu lorsque ces mécanismes sont associés aux modes alternatifs de règlement des litiges. C'est le type d'usage le plus traditionnel et le plus courant. Les effets limités des ententes issues de ce type de mécanisme militent en faveur d'une procédure simple et linéaire qui, à son terme, ne requiert que la conclusion d'un contrat pour mettre définitivement fin au désaccord. Ce constat justifie l'emploi de l'adjectif «transactionnel» de préférence à «contractuel», ce qui est trop imprécis. Le qualificatif «compromissoire» est également rejeté, car il réfère exclusivement en langage juridique à une «[c]lause par laquelle les parties à un contrat

---

<sup>25</sup> La recherche a commencé en septembre 1996 et, au 19 août 1997, les divisions des affaires publiques d'une vingtaine de ministères fédéraux et d'organismes autonomes oeuvrant dans divers secteurs d'activités de compétence fédérale avaient été jointes. En tout, une quarantaine d'organismes ont constitué l'échantillon de la recherche. Aucun tribunal administratif exerçant des fonctions purement juridictionnelles, à l'exception du Tribunal des relations professionnelles artistes-producteurs, ne fait usage de ces techniques de règlement des conflits. Ils utilisent le mécanisme de la conférence préparatoire, mais seulement dans le but de gérer les dossiers et de planifier l'audition.

<sup>26</sup> Les cinq domaines sont les relations de travail, les droits de la personne, la régulation économique, la construction d'ouvrages publics et l'évaluation environnementale.

conviennent, avant toute contestation, de soumettre à l'arbitrage les différends qui pourront s'élever entre elles à propos du contrat». <sup>27</sup> Utile à des fins heuristiques, le qualificatif «transactionnel» doit cependant être distingué de la notion de «transaction» qui, en droit civil, réfère à toute entente ayant pour objet de mettre un terme à un litige.

### 1. Les relations de travail

Les relations de travail sont régies par deux lois fédérales principales qui divisent ce secteur entre le privé et le public. Les mêmes motifs sont cependant invoqués pour justifier l'usage de la médiation et de la conciliation : maintenir la paix industrielle et éviter les recours aux tribunaux judiciaires.

En vertu du Code canadien du travail, le Service fédéral de médiation et de conciliation (ci-après SFMC) et le Conseil canadien des relations de travail (ci-après CCRT) ont compétence dans le secteur privé. Le SFMC intervient pour aider les parties à négocier les conventions collectives, tandis que le CCRT règle les litiges relatifs à l'accréditation de syndicat, aux plaintes pour pratiques déloyales, grève et lock-out illégaux et griefs des employés. Les entreprises fédérales ou les syndicats accrédités dans ces entreprises ainsi que les employés faisant partie des unités d'accréditation peuvent recourir aux services du SFMC et du CCRT.

Le Conseil des relations de travail dans la fonction publique (ci-après CRTFP) assiste les parties dans tous les conflits relatifs aux relations de travail dans la fonction publique fédérale. Le Conseil du Trésor, les syndicats accrédités et les fonctionnaires fédéraux peuvent recourir à des services de médiation. À l'inverse du secteur privé, la compétence du CRTFP n'est pas scindée entre deux organismes : elle porte sur la combinaison des mandats du SFMC et du CCRT à l'exception de ceux relatifs au harcèlement en milieu de travail qui sont traités par le Bureau des conflits et du harcèlement en milieu de travail.

---

<sup>27</sup> P.-A. Crépeau, dir., *Dictionnaire de droit privé* 2e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991, s.v. «compromissoire».

a) *Le secteur privé*

Intégré au ministère du Développement des ressources humaines, le SFMC offre ses services dans tous les bureaux régionaux.<sup>28</sup> Ce mécanisme existe depuis 1948,<sup>29</sup> mais aucune loi n'y fait référence.<sup>30</sup> Les articles 72 (conciliation) et 105 (médiation) du *Code canadien du travail*<sup>31</sup> habilent le ministre à nommer un conciliateur ou un médiateur.

L'avis de négocier signifié à l'autre partie en vertu de l'article 49 du *Code canadien du travail* crée l'obligation légale d'entreprendre les négociations de bonne foi en vue de parvenir à un accord pour la convention collective. Si les négociations achoppent et les parties veulent obtenir le droit de grève ou de lock-out, elles doivent aviser le ministre et lui demander de nommer un conciliateur (art. 71, 89). Lorsque la conciliation est un succès, il y a signature de la convention collective et le ministre est informé des termes généraux de l'accord.

---

<sup>28</sup> Le SFMC peut aider les parties à négocier une première convention collective, à la renouveler ou à la réviser. Lorsque les négociations portant sur le contenu de la première convention collective avortent, c'est le CCRT qui est compétent pour régler les désaccords. Cette procédure n'a été utilisée que trois fois en vingt ans. Le SFMC offre également, entre deux conventions collectives, des services de médiation préventive et le Groupe de travail chargé d'examiner la partie I du *Code canadien du travail* L.R.C. 1985, c. L-2, recommandait dans son rapport que le mandat législatif confié au SFMC soit élargi de manière à inclure ces programmes. Canada, Groupe de travail chargé d'examiner la partie I du Code canadien du travail, *Code canadien du travail : vers l'équilibre* Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1996 à la p. 243.

<sup>29</sup> La *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail* L.R.C. 1948, c. 54 prévoyait déjà la conciliation comme méthode de règlement des différends.

<sup>30</sup> Le Groupe de travail chargé d'examiner la partie I du *Code canadien du travail* *supra* note 28 à la p. 242, recommandait que des modifications soient apportées au Code faisant état de l'existence du SFMC. Cette recommandation avait été retenue à l'article 70(1) du Projet de loi C-66, *Loi modifiant le Code canadien du travail* (partie I), la *Loi sur les déclarations des personnes morales et les syndicats et d'autres lois en conséquence* adopté par la Chambre des communes le 9 avril 1997, mais qui est mort au Sénat à la suite de la dissolution du Parlement lors des dernières élections générales. Le même article est repris dans la *Loi modifiant le Code canadien du travail* (partie I), la *Loi sur les déclarations des personnes morales et les syndicats, et d'autres lois en conséquence* L.R.C. 1998, c. 26, art. 30, instituant l'art. 70.1.

<sup>31</sup> *Code canadien du travail*, *supra* note 28, art. 72 : «Dans les quinze jours suivant la réception de l'avis qui lui a été donné aux termes de l'article 71, le ministre prend l'une ou l'autre des mesures suivantes : a) nomination d'un conciliateur; b) nomination d'un commissaire-conciliateur; c) constitution d'une commission de conciliation en application de l'article 82; d) notification aux parties, par écrit, de son intention de ne procéder à aucune des mesures visées aux alinéas a), b) et c); art. 105 : «Pour les cas où il le juge à propos, le ministre peut à tout moment, sur demande ou de sa propre initiative, nommer un médiateur chargé de conférer avec les parties à un désaccord ou différend et de favoriser entre eux un règlement à l'amiable».

Dans le cas d'un échec, le conciliateur fait un rapport au ministre lui recommandant d'autoriser la grève ou le lock-out. Cet avis est généralement accepté. À la suite de l'obtention de cette autorisation, les négociations se poursuivent avec un médiateur qui peut être nommé par le ministre sur demande ou d'office. Une médiation infructueuse signifie le déclenchement d'une grève ou d'un lock-out.

Quatorze fonctionnaires permanents agissent comme conciliateurs ou médiateurs, se rapportant au directeur régional. Leur rôle est de rapprocher les parties, ce qui peut impliquer de proposer des solutions à ces dernières pour régler les litiges.<sup>32</sup> Aussi longtemps que les parties consentent à négocier, l'agent siègera en tant que conciliateur ou médiateur, ce qui explique le haut taux de réussite (96 pour cent) du SFMC dans l'utilisation de ces méthodes de règlement des conflits. Les membres d'associations d'artistes et de producteurs peuvent également recourir aux services du SFMC lorsqu'ils ne s'entendent pas sur le contenu d'un accord-cadre. Le SFMC partage ce champ de compétence avec le Tribunal des artistes-producteurs.<sup>33</sup> Les conventions collectives (et les accords-cadres) conclues aux termes d'une procédure de conciliation ont des effets limités. Elles touchent les droits et les obligations de l'employeur et des membres de l'unité d'accréditation. Elles n'affectent pas directement ou indirectement les tiers.

À la suite de l'entrée en vigueur des modifications de 1972 au *Code canadien du travail*,<sup>34</sup> le CCRT a mis sur pied le Service d'enquête et de médiation en se fondant sur l'habilitation implicite de l'article 98(1) du *Code*.<sup>35</sup> Les médiateurs peuvent aider les parties à régler toutes les plaintes déposées en vertu de l'article 97 du *Code*. Les plaintes les plus courantes visent la dénonciation d'une pratique déloyale du syndicat ou

---

<sup>32</sup> Les commissaires-conciliateurs ou les personnes nommées pour siéger à la commission de conciliation possèdent plus clairement ce pouvoir de proposer des solutions au litige, car elles peuvent mettre «immédiatement tout en oeuvre pour que les parties au différend parviennent à conclure ou à réviser la convention collective» : *ibid.* art. 75(2).

<sup>33</sup> *Loi sur le statut de l'artiste* L.C. 1992, c. 33, art. 45. À la fin de nos recherches, aucune association n'avait demandé l'intervention du SFMC.

<sup>34</sup> L.C. 1972, c. 18.

<sup>35</sup> *Code canadien du travail supra* note 28 art. 98(1) : «Sous réserve du paragraphe (3), le Conseil peut, sur réception d'une plainte présentée au titre de l'article 97, aider les parties à régler le point en litige; s'il décide de ne pas le faire ou si les parties ne sont pas parvenues à régler l'affaire dans le délai qu'il juge raisonnable dans les circonstances, il l'instruit lui-même». Voir aussi Canada, Conseil canadien des relations de travail, *Circulaire d'information* # 2-92, Ottawa, CCRT, 1992, qui fait état de l'existence d'un service de médiation.

de l'employeur ainsi qu'une grève ou un lock-out illégal.<sup>36</sup> Le CCRT offre des services de médiation sur une base volontaire dans tous ses bureaux régionaux. Il y a environ quatorze médiateurs au Canada qui sont des employés permanents de la fonction publique. Ils relèvent du directeur régional en poste dans leur région respective.

Les procédures débutent par le dépôt d'une plainte écrite, à la suite de laquelle l'agent des relations de travail en charge du dossier demande à l'autre partie impliquée de répondre par écrit. À ce stade, la contestation devient un véritable litige. Le rôle de l'agent n'est pas de poursuivre l'enquête afin de vérifier l'exactitude du récit de chacune des parties ou pour leur demander des précisions, mais simplement de recueillir leur version des faits. À la suite de l'examen du dossier, l'agent détermine si la médiation se prête au cas soumis. Le cas échéant, il propose la médiation. Si les parties refusent, l'agent achemine la plainte au tribunal; dans le cas contraire, la procédure de médiation est engagée avec l'aide de l'agent qui agit comme médiateur. Dans un délai de six mois, l'agent-médiateur doit régler la plainte ou la référer au tribunal. Lorsque la médiation est un succès, les parties consignent les détails de l'entente dans un contrat dans lequel le demandeur se désiste de sa plainte et les parties conviennent de mettre fin au litige. Lorsque la médiation échoue, l'agent rédige un rapport qui résume les faits du litige et il achemine le dossier au tribunal qui fixe une date d'audition. Jusqu'au jour de l'audition, l'agent peut intervenir par le moyen de la médiation lorsqu'il estime que des développements utiles permettent de croire à une possibilité de règlement à l'amiable. Les procédures menant à la conclusion des ententes mettant un terme à ces types de conflits n'ont pas pour objectif de déterminer avec exactitude quels ont été les faits qui ont déclenché le différend. Le succès des négociations repose sur l'identification des intérêts de chacune des parties à régler le litige et non sur leurs droits et obligations; ce qui diminue l'utilité des ententes afin de régler d'autres litiges.

b) *Le secteur public*

C'est entre 1967 et 1973 que la Commission des relations de travail dans la fonction publique a établi le Service de médiation. La *Loi*

---

<sup>36</sup> *Code canadien du travail* supra note 28 art. 97, confère la compétence au Conseil pour examiner toute contravention ou manquement aux articles 24(4), 34(6), 37, 50, 69, 94, 95 et 96 du *Code*.

sur les relations de travail dans la fonction publique habilite expressément le CRTFP à fournir ces services, mais pour la conciliation seulement.<sup>38</sup> Pour ce qui est de la médiation, le CRTFP invoque l'habilitation implicite de l'article 20(4) de la *Loi*.<sup>39</sup> Le service est sous la responsabilité d'un agent principal de médiation qui se rapporte au directeur de la Commission. Le service est administré centralement à Ottawa par deux fonctionnaires. Puisque les ressources humaines sont insuffisantes, le CRTFP fait affaire avec des médiateurs externes à l'Administration fédérale pour régler tous les litiges nés dans la fonction publique à travers le Canada.

Pour le règlement des plaintes et des griefs la procédure suivie par les médiateurs est essentiellement la même que celle utilisée par le CCRT et les termes du contrat sont semblables.<sup>40</sup> Les médiateurs interviennent rapidement, généralement à l'intérieur d'un délai d'un mois. Pour la négociation des conventions collectives, le principe de la conciliation obligatoire afin d'obtenir le droit de grève (le droit au lock-out n'existe pas pour le Conseil du Trésor) s'applique aussi à la fonction publique.<sup>41</sup> La procédure de négociation d'une convention collective est cependant plus complexe dans le secteur public que dans le secteur privé. À la suite de la signification de l'avis de négociation collective, l'impasse des pourparlers mène à la nomination d'un tiers qui peut être un conciliateur, un commissaire-conciliateur, un bureau de conciliation ou un conseil d'arbitrage. C'est le syndicat qui choisit entre les deux dernières procédures, et il doit exercer ce choix avant de transmettre

---

<sup>37</sup> L.R.C. 1985, c. P-35.

<sup>38</sup> *Ibid.* art. 53 : «Le président peut nommer un conciliateur, lorsque l'employeur ou un agent négociateur avise par écrit la Commission que les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur une condition d'emploi pouvant figurer dans une convention collective et qu'il désire l'aide d'un conciliateur. Dès sa nomination, le conciliateur confère avec les parties et s'efforce de les aider à parvenir à un accord».

<sup>39</sup> *Ibid.* art. 20(4) : «Le président peut nommer des conciliateurs, ainsi que d'autres experts chargés d'assister la Commission à titre consultatif, et, sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil, fixer leur rémunération».

<sup>40</sup> Pour les griefs, c'est normalement la convention collective qui prévoit la procédure. Si un employé veut se plaindre de son syndicat dans le traitement de son grief et que le CCRT a compétence pour l'entendre (ce qui est très rare), alors la procédure suivie sera la même que pour les plaintes. Pour les griefs des fonctionnaires fédéraux, le plaignant doit d'abord suivre la procédure prévue dans le ministère où il travaille. Si les parties ne règlent pas le litige à ce stade, elles peuvent transmettre leur dossier à un arbitre de la Commission. C'est normalement entre le moment où les parties ont transmis leur dossier à la Commission et la date fixée pour l'audition que le médiateur intervient s'il le juge opportun. Le cas échéant, la procédure est la même que dans les cas de plaintes.

<sup>41</sup> *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* supra note 37, art. 102(2)(b)(ii).

l'avis de négociation. Lorsque le syndicat opte pour la médiation devant un bureau de conciliation, une procédure préliminaire, servant à déterminer les services essentiels à être maintenus s'il y a grève, aura lieu. Tout comme au SFMC, le médiateur prend le temps nécessaire pour aider les parties à conclure une entente, ce qui peut prendre de quelques mois à plusieurs années. Les contrats mettant un terme à un différend ainsi que les conventions collectives ont des effets dont les périmètres sont bornés par les termes de l'entente.

Toujours dans le contexte de la fonction publique, le Bureau du règlement des conflits et du harcèlement en milieu de travail, créé en 1996, a pour mandat de régler les plaintes de harcèlement impliquant les avocats du ministère de la Justice et leurs employés (environ 7 000 à 8 000 personnes sont visées). Le fondement juridique invoqué pour l'établissement du Bureau est le pouvoir hiérarchique, avec pour assise explicite deux politiques : l'une provenant du Conseil du Trésor, *Politique relative au harcèlement en milieu de travail*<sup>42</sup> et l'autre du ministère de la Justice, *Pour un milieu de travail à l'abri des conflits et du harcèlement*<sup>43</sup>. Trois fonctionnaires y travaillent, dont la conseillère principale qui se rapporte directement au sous-ministre de la Justice. Au stade de la plainte informelle (verbale) le Bureau intervient dans un premier temps pour concilier les parties. S'il n'y parvient pas, ces dernières peuvent recourir au service d'un médiateur externe au Bureau (mais qui peut faire partie de la fonction publique), dont le rôle se limite à tenter le rapprochement entre les opposants et non de faire enquête. L'enquête aura lieu seulement à la suite du dépôt d'une plainte formelle de harcèlement, écrite et dûment signée par le plaignant. Le Bureau intervient très rapidement (si le cas est très urgent, le jour même; sinon dans la semaine). Lorsque le dossier atteint l'étape de la médiation, la conseillère principale donne tout le temps nécessaire aux opposants pour résoudre le conflit. Lorsque les parties s'entendent sur un règlement, le médiateur fait rapport à la conseillère et lui remet une copie de l'entente mettant fin au litige. La conseillère veille à son exécution et en surveille le respect pendant une période de deux ans. Le contrat n'a d'effets qu'entre les parties puisqu'il s'agit de modifier le comportement d'un individu à l'égard d'une autre personne.

---

<sup>42</sup> Canada, Conseil du Trésor, *Politique relative au harcèlement en milieu de travail* Manuel du Conseil du Trésor, vol. «Ressources humaines», 15 déc. 1994, c. 3-2.

<sup>43</sup> La politique est disponible sur demande auprès du ministère de la Justice.

## 2. La construction d'ouvrages publics

Dans ce secteur, deux ministères fédéraux utilisent la procédure de médiation : Travaux publics et Ressources naturelles. Le ministère des Travaux publics est chargé de répondre aux besoins de l'Administration fédérale en matière de locaux et d'autres biens immobiliers. Il offre également des conseils et des services d'acquisition, de gestion, d'exploitation et d'aliénation de biens immobiliers fédéraux au prix du marché. La médiation est utilisée pour régler des litiges relatifs à la construction de biens immobiliers et de services d'experts-conseils dans les domaines connexes à la construction. Le recours à la médiation est obligatoire lorsqu'une stipulation à cet effet est incluse au contrat, ce qui n'est pas encore fait de façon systématique. Néanmoins, c'est dans le secteur des marchés de l'État que l'intervention administrative en faveur d'une utilisation accrue des mécanismes de règlement non contentieux des conflits a le plus progressé.<sup>44</sup>

Bien que l'Office national de l'énergie soit responsable de la réglementation des industries de pétrole, de gaz et d'électricité,<sup>45</sup> il n'est pas compétent pour intervenir dans les litiges entre personnes privées dans ces secteurs d'activité. Lorsque ces dernières veulent mettre un terme à leur désaccord avec l'aide d'un tiers neutre, elles doivent s'adresser aux cours de droit commun, à l'exception, toutefois, des cas impliquant un constructeur de pipeline. Ces désaccords peuvent faire l'objet d'une médiation. C'est l'agent du Service de la réglementation de la division du gaz naturel du ministère des Ressources naturelles qui gère les rares dossiers de médiation. Le service de médiation ne porte pas de nom spécifique.

---

<sup>44</sup> D'une part, un changement à la politique du Conseil du Trésor sur les paiements en exécution des décisions judiciaires incitera d'avantage les ministères à recourir aux mécanismes de règlement des conflits, car tous frais encourus pour régler les litiges seront défrayés par les ministères à même leurs ressources. D'autre part, la *Directive relative à l'utilisation de clauses de règlement des conflits au sein des marchés de l'État* (mise le 16 juin 1996) vise, comme son nom l'indique, à augmenter le nombre de contrats portant sur un marché de l'État où une stipulation de MARC y sera incluse. Le groupe chargé du Projet relatif au règlement des conflits, *supra* note 21, a préparé un *Manuel relatif au règlement des conflits* à l'intérieur duquel on retrouve des renseignements sur la rédaction des stipulations contractuelles et les critères de sélection des mécanismes adéquats. De plus, le groupe a distribué un formulaire d'enquête aux organismes fédéraux afin de mieux connaître l'étendue de l'utilisation des stipulations de MARC et pour permettre d'identifier les raisons justifiant le rejet ou l'inclusion d'une telle stipulation dans un contrat donné. L'enquête du ministère de la Justice est terminée et la Direction de la recherche est en train de compiler les résultats.

<sup>45</sup> *Loi sur l'Office national de l'énergie* L.R.C. 1985, c. N-7.

a) *Les marchés de l'État*

Créé en 1987, le service de médiation du ministère des Travaux publics se nomme «Comité consultatif des différends contractuels» et son fondement repose sur la *Ligne directrice* # 12 du manuel du Conseil du Trésor intitulé «Marchés». Le Comité consultatif des différends contractuels est sous la responsabilité du directeur chargé de la résolution des réclamations contractuelles qui se rapporte au directeur général de la vérification et de la révision. Six fonctionnaires permanents sont impliqués dans l'administration des dossiers. Les facteurs principaux ayant mené à l'implantation du Comité sont les délais et les coûts des litiges engendrés par les procédures judiciaires. Par la médiation, le ministère souhaite simplifier le règlement des différends et minimiser les effets perturbateurs qu'engendrent les conflits.

Le Comité utilise trois procédures distinctes de règlement des désaccords, mais seulement deux d'entre elles impliquent un processus de médiation.<sup>46</sup> La première procédure sert à régler les litiges opposant le ministère et les experts-conseils (ingénieurs et architectes). Dès qu'un désaccord survient, les parties s'entendent sur le choix d'un médiateur externe à la fonction publique qui a trente jours pour les entendre et les amener à un règlement. S'il y a entente, elle liera les parties. En cas d'échec, ces dernières peuvent d'un commun accord aller en arbitrage<sup>47</sup> ou tenter un recours en justice. Chacune paye la moitié des frais de médiation.

La deuxième procédure est employée pour régler les réclamations des constructeurs. Lorsque le ministère des Travaux publics reçoit une réclamation, le gestionnaire en charge du projet tente de négocier un règlement. En cas d'échec des négociations, l'entrepreneur peut faire une demande écrite au ministre afin qu'il nomme un médiateur. C'est le Comité qui examine le dossier et qui

---

<sup>46</sup> La troisième procédure est utilisée pour régler des désaccords survenant en cours de chantier de construction. Dès le début du projet, les parties s'entendent sur le choix d'un arbitre. Lorsqu'une mésentente survient en cours de travaux, l'arbitre entend les parties et rend une décision qui sera valide jusqu'à la fin du chantier. Il existe un deuxième comité au sein du ministère des Travaux publics, le «Comité d'ajustement des réclamations», qui s'occupe exclusivement de régler les réclamations militaires. Les cocontractants prennent connaissance des procédures de règlement des conflits par des brochures distribuées par le ministère et par l'entremise des associations professionnelles qui en font la promotion.

<sup>47</sup> Sur l'arbitrage en matière de contrats administratifs, voir D. Lemieux, «Arbitration in the Field of Government Contracts» dans Samson et McBride, dirs., *supra* note 7, 215; et D. Lemieux, «L'arbitrage en droit administratif économique au Québec» (1990) 40 Admin. L.J. 305.

établit s'il s'agit d'un cas qui peut être traité par le moyen de la médiation. Pour ce faire, les agents vérifient si l'affaire soulève des questions de nature factuelle seulement ou si, au contraire, des questions de droit sont à l'origine du litige. Dans le premier cas, le Comité recommande au ministre d'accepter la médiation; dans le second, la médiation est refusée. Une audition de deux jours est tenue afin que les opposants puissent présenter leur point de vue et répondre aux arguments de l'autre partie. Le président de l'audience (qui est un consultant externe au ministère) a ensuite trente jours pour produire son compte rendu et ses recommandations au ministre. À la suite de l'étude du rapport, ce dernier peut faire des offres à l'entrepreneur et, s'il les accepte, les parties rédigeront une entente qui mettra un terme au litige. C'est le gouvernement fédéral qui défraie les coûts de la médiation.

Les ententes issues d'une procédure de médiation n'ont d'effets qu'entre les parties, car il est mis un terme à un désaccord né d'un contrat, lequel, en raison de la définition même du contrat, ne peut lier les tiers malgré qu'il puisse leur être opposable. Cette évidence s'impose avec d'autant plus de force que la médiation est acceptée uniquement lorsque les négociations portent sur des questions de fait et non sur des questions de droit.

#### b) *Les pipelines*

Avant les modifications de 1983 à la *Loi sur l'Office national de l'énergie*<sup>48</sup> un propriétaire foncier pouvait contester les offres d'un constructeur de pipeline<sup>49</sup> devant une cour de justice seulement. Il existait alors un net déséquilibre entre les parties. Pour des raisons d'équité à l'égard des propriétaires fonciers, la *Loi sur l'Office national de l'énergie* a été modifiée afin d'y ajouter les articles 88 et suivants. Ces dispositions permettent le règlement des différends, entre autres par la procédure de médiation (art. 88(2)). À la suite de la réception d'un avis d'une partie demandant la nomination d'un médiateur, le ministre des Ressources naturelles veille à l'exécution de cette demande.<sup>50</sup> Une fois désigné, le médiateur a soixante jours pour rencontrer le constructeur et

---

<sup>48</sup> *Supra* note 45.

<sup>49</sup> C'était ouvert à un propriétaire foncier de contester l'acquisition de terrains ou à la compensation pour des dommages d'excavation encourus lors de la construction du pipeline.

<sup>50</sup> *Supra* note 45, art. 88(2).

le propriétaire foncier, inspecter les lieux et régler le désaccord.<sup>51</sup> Une médiation réussie mène à un contrat mettant fin au litige. Dans le cas contraire, les opposants peuvent convenir d'aller en arbitrage.<sup>52</sup> Les honoraires du médiateur sont défrayés par le gouvernement. Comme pour les marchés de l'État, les effets des ententes réglant un litige né de travaux de construction d'un pipeline sont confinés aux parties.

### B. *Les mécanismes utilisés à des fins régulatrices*

Les mécanismes utilisés à des fins régulatrices ont des effets directs ou indirects plus généraux que ceux dont l'objectif est purement transactionnel. La nécessité d'introduire des formes nouvelles de régulation est à l'origine de cette procédure mixte qui emprunte des éléments issus des processus juridictionnels et transactionnels. Les parties négocient une solution par l'entremise d'un tiers neutre, mais cette entente fait l'objet d'une approbation formelle par l'organisme. Elle acquiert ainsi le statut de décision officielle précisément parce qu'elle affecte les intérêts généraux du public, ce qui est particulièrement visible lorsque la décision a des répercussions directes sur les tiers. Trois domaines de compétence fédérale exemplifient ce type de procédure : les droits de la personne, la régulation économique et l'évaluation environnementale.

#### 1. Les droits de la personne

En vertu de la partie III de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>53</sup> la Commission canadienne des droits de la personne a compétence pour enquêter sur toutes les plaintes de discrimination logées par les individus, les syndicats ou les groupes d'intérêts contre l'Administration fédérale ou toutes sociétés commerciales tombant sous la compétence du gouvernement fédéral. Le Service de conciliation a été établi en 1976, aussitôt que la loi fut mise en vigueur. La procédure de conciliation est prévue à l'article 47.<sup>54</sup> Le directeur de la mise en

---

<sup>51</sup> *Ibid.* art. 88 (3)(4), 89.

<sup>52</sup> *Ibid.* art. 90 et s.

<sup>53</sup> L.R.C. 1985, c. H-6.

<sup>54</sup> *Ibid.* art. 47(1) : «Sous réserve du paragraphe (2), la Commission peut charger un conciliateur d'en arriver à un règlement de la plainte, soit dès le dépôt de celle-ci, soit ultérieurement dans l'un des cas suivants : a) l'enquête ne mène pas à un règlement; b) la plainte

oeuvre est responsable des dix conciliateurs attachés au Service, lesquels ont le statut de fonctionnaires permanents.<sup>55</sup> Outre la dimension des coûts, la procédure de conciliation a été implantée afin de favoriser un règlement des plaintes dans une atmosphère moins contradictoire.

Une fois la plainte déposée, l'enquêteur en charge du dossier demande à l'autre partie de produire une défense. Il peut également compléter l'enquête par une entrevue afin de vérifier l'exactitude des faits. Ensuite, il produit un rapport incluant ses recommandations quant au sort qui devrait être réservé à la plainte. Le rapport est divulgué aux opposants qui soumettent leurs observations. Le tout est transmis à la Commission qui peut décider de fermer le dossier ou de le renvoyer en conciliation. Dans ce dernier cas, un conciliateur est nommé. L'enquêteur qui était en charge du dossier ne concilie pas les parties, car l'article 47(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prohibe le cumul de ces fonctions : «Pour une plainte donnée, les fonctions d'enquêteur et de conciliateur sont incompatibles».<sup>56</sup> Toutefois, il peut arriver qu'au stade de l'enquête une plainte soit résolue, mais à la condition que les discussions n'engendrent aucune négociation. Tel est le cas lorsque le défendeur fait des offres et qu'elles sont acceptées telles quelles par le demandeur ou lorsque ce dernier formule des exigences qui sont acceptées par le défendeur. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'oblige pas le recours à la conciliation, mais cette décision est prise par la Commission et non par les parties. Quand même, la conciliation est *de facto* obligatoire; il est très rare que le Tribunal soit saisi d'un dossier sans qu'il y ait eu tentative de conciliation.

Si la conciliation aboutit à un règlement, ce dernier est soumis à la Commission pour approbation. Il devient ainsi la décision de la

---

n'est pas renvoyée ni rejetée en vertu des paragraphes 44(2) ou (3) ou des alinéas 45(2)(a) ou 46(2) (a); c) la plainte n'est pas réglée après réception par les parties de l'avis prévu au paragraphe 44(4)». À titre comparatif, il est utile de consulter l'étude de K.L. Rudner, *Alternative Dispute Resolution Mechanisms in Human Rights Commissions and Analogous Institutions in Australia, The United Kingdom, The United States, and Canada* (Ottawa, Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne, 1994).

<sup>55</sup> La Direction de la mise en oeuvre relève de la Direction générale des programmes d'anti-discrimination. Signalons qu'il n'existe pas de code de déontologie applicable aux conciliateurs. Sur les questions de déontologie, voir D.F. Gauthier, «Déontologie en médiation» dans *Développements récents en médiation* (1995) (Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1995, 83.

<sup>56</sup> À l'inverse de la Commission canadienne des droits de la personne, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec attribue le titre d'«Enquêteur-médiateur» aux enquêteurs responsables de l'évaluation des plaintes. L. Lamarche, A. Côté et L. Lemonde dénoncent la pratique de la Commission québécoise, où l'on tente la conciliation dès l'étape de la recevabilité de la plainte, c'est-à-dire avant même que l'enquête ait été complétée : voir Lamarche, *supra* note 5 à la p. 134; et A. Côté et L. Lemonde, *Discrimination et Commission des droits de la personne* Montréal, Saint-Martin, 1988 à la p. 60.

Commission.<sup>57</sup> Les ententes intervenues dans le cadre d'une conciliation ont souvent un impact systémique. Par exemple, une entente peut avoir pour effet d'obliger un employeur ou le gouvernement à modifier une politique, ce qui affectera tous les employés de cette entreprise ou de l'Administration publique. Quand la conciliation est infructueuse, le conciliateur produit un rapport faisant état des faits et, le cas échéant, de la proposition de règlement. Le rapport est de nouveau soumis aux parties qui formulent leurs observations. À ce stade, la Commission peut décider de clore le dossier ou de le renvoyer au Tribunal des droits de la personne. La Commission fermera le dossier si elle est d'avis que le cas ne mérite pas d'être entendu par le Tribunal pour les motifs suivants : des offres raisonnables sont refusées, la question litigieuse ne vaut pas le temps et le coût engendrés pour une audition devant le Tribunal ou l'affaire est identique ou similaire à un cas qui a déjà été traité par le Tribunal et dont ce dernier a conclu qu'il n'y avait eu aucune discrimination.<sup>58</sup> Les dossiers sont normalement réglés dans un délai de six mois.

Les ententes ratifiées par la Commission canadienne des droits de la personne peuvent avoir des effets qui se manifesteront au-delà des parties impliquées dans le litige. Elles peuvent toucher directement les tiers lorsque, par exemple, l'employeur doit modifier une politique. Les contrats peuvent également affecter indirectement les intérêts généraux du public. Par exemple, les conciliateurs utilisent les décisions de la Commission comme guides pour inciter les parties à régler leurs désaccords. Ces décisions ne lient pas les conciliateurs et les parties aux litiges, mais elles ont une valeur persuasive.

---

<sup>57</sup> *Loi canadienne sur les droits de la personne* supra note 53, art. 48(1) : «Les parties qui conviennent d'un règlement à toute étape postérieure au dépôt de la plainte, mais avant le début de l'audience d'un tribunal des droits de la personne, en présentent les conditions à l'approbation de la Commission». Selon l'article 48(2) : «Dans le cas prévu au paragraphe (1), la Commission certifie sa décision et la communique aux parties». Les règlements intervenus au stade de l'enquête doivent également être acceptés par la Commission.

<sup>58</sup> D'ailleurs les récentes modifications à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* confirme cette pratique : voir *Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada, le Code criminel et la Loi canadienne sur les droits de la personne relativement aux personnes handicapées et, en ce qui concerne la Loi canadienne sur les droits de la personne, à d'autres matières, et modifiant d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, c. 9, art. 27, modifiant l'art. 49(1) : «La Commission peut, à toute étape postérieure au dépôt de la plainte, demander au président du Tribunal de désigner un membre pour instruire la plainte, si elle est convaincue, compte tenu des circonstances relatives à celle-ci, que l'instruction est justifiée».

## 2. La régulation économique

Dans la catégorie des organismes de régulation économique, seul le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (ci-après CRTC) offre aux administrés la possibilité de régler certains dossiers par la médiation. Le CRTC est responsable de la réglementation des entreprises privées et publiques de radiodiffusion (ce qui comprend la télédiffusion) et de compagnies privées de télécommunications.<sup>59</sup> En matière de radiodiffusion, le Conseil a la responsabilité de mettre en oeuvre la politique énoncée à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*,<sup>60</sup> qui préconise notamment l'existence d'un système national de radiodiffusion possédé et contrôlé par les Canadiens. Le Parlement a conféré le pouvoir au CRTC de délivrer, de renouveler, de modifier, de suspendre ou d'annuler les licences de radiodiffusion et de fixer toute condition qu'il juge nécessaire.<sup>61</sup> En ce qui concerne les sociétés commerciales oeuvrant dans le domaine des télécommunications, le CRTC applique la politique canadienne des télécommunications et veille à ce que les taux pratiqués par ces entreprises soient justes et raisonnables.<sup>62</sup> Le Conseil réglemente les compagnies de télécommunications par le moyen de décisions approuvant les tarifs et les ententes intervenues entre ces dernières.<sup>63</sup>

### a) *La radiodiffusion*

Le CRTC offre des services de médiation aux compagnies de programmation canadienne qui envoient les signaux de radiodiffusion aux compagnies de distribution (câble). Le service ne porte pas de nom officiel, mais il est en voie de restructuration administrative. Depuis cinq ou six ans, les compagnies pouvaient recourir à la médiation de manière informelle en utilisant la voie du mécanisme de plainte prévue à l'article 18(3) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Aujourd'hui, une procédure spécifique de médiation est édictée aux articles 27 à 30 du *Règlement de*

---

<sup>59</sup> *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, R.C. 1985, C-22, art. 12.

<sup>60</sup> L.C. 1991, c. 11.

<sup>61</sup> *Ibid.* art. 9.

<sup>62</sup> *Loi sur les télécommunications* L.C. 1993, c. 38, art. 7, 27.

<sup>63</sup> *Ibid.* art. 24 et s. Le CRTC peut également s'abstenir d'exercer ses fonctions et ses pouvoirs : voir art. 34.

1986 sur la télédistribution.<sup>64</sup> L'article 10(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* autorise le CRTC à réglementer la médiation pour ce type de litige.<sup>65</sup> Le directeur de la distribution de radiodiffusion et de la politique relative aux nouveaux médias a la responsabilité du service, et environ une douzaine de fonctionnaires permanents sont impliqués dans le processus de médiation.

Les compagnies de câble ont l'obligation de distribuer les signaux des compagnies de programmation pour un prix chargé qui n'est pas réglementé par le CRTC. Les taux négociés dans les contrats de distribution peuvent varier considérablement d'une compagnie de programmation à l'autre. Lorsque les demandes apparaissent excessives et qu'un désaccord survient quant à ces taux, les parties engagent, dans un premier temps, un médiateur externe. Si les négociations sont infructueuses, les parties font une demande en médiation au CRTC en vertu du règlement et remettent aux fonctionnaires le rapport du médiateur externe. Ce compte rendu indique les questions en litige pour lesquelles il est adéquat de procéder selon la formule de «l'offre finale». À ce stade, les compagnies annoncent leurs offres finales aux membres de l'équipe de médiation du Conseil.

Après avoir entendu la position et les arguments des parties, les médiateurs doivent être en mesure, dans un délai de quarante-cinq jours, de faire des recommandations sur ce qui constitue un taux raisonnable dans les circonstances. À la suite de la formulation de leurs recommandations, les membres de l'équipe de médiation sont exclus des négociations; si les parties s'entendent sur un règlement, cette entente demeurera confidentielle et n'aura d'effets qu'entre elles. Si ces dernières n'acceptent pas les recommandations des médiateurs, elles peuvent poursuivre leurs discussions en privé ou demander au Conseil de trancher. Quoique la médiation ne soit pas obligatoire, les fonctionnaires du CRTC demandent aux compagnies de tenter de régler à l'amiable avant de demander l'intervention du Conseil. Étant donné la déréglementation dans ce secteur d'activité, le CRTC souhaite que les compagnies réapprennent à régler leurs désaccords sans son assistance. Toutefois, il est paradoxal que le CRTC ait entrepris une démarche de réglementation plutôt que de déréglementation lorsqu'il a décidé de soumettre les compagnies de câble à l'obligation de distribuer les

---

<sup>64</sup> D.O.R.S./86-831, mod. D.O.R.S./94-133.

<sup>65</sup> *Loi sur la radiodiffusion supra* note 60, art. 10(1)(h) : «Dans l'exécution de sa mission, le Conseil peut, par règlement: h) pourvoir au règlement—notamment par la médiation—de différends concernant la fourniture de programmation et survenant entre les entreprises de programmation qui la transmettent et les entreprises de distribution».

signaux de programmation. On peut poser l'hypothèse que cette décision fut prise pour favoriser la concurrence dans cette industrie. En effet, la synchronisation de la règle impérative (l'obligation de distribuer les signaux) et de la procédure (le service de médiation) servira implicitement et progressivement à régler les taux de distribution, ce qui aura pour effet d'homogénéiser les taux pratiqués par les compagnies et, à plus long terme, d'équilibrer les forces dans le marché.

b) *Les télécommunications*

Les compagnies qui fournissent des services de télécommunications (locaux et interurbains) peuvent demander la médiation pour régler tous les genres de litiges relatifs à la tarification. La création du service remonte à la publication d'un avis public le 8 décembre 1995.<sup>66</sup> Cet avis public trouve son fondement juridique dans l'article 8(1) des *Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications* lesquelles autorisent le Conseil à émettre des directives sur la procédure.<sup>67</sup> C'est le directeur de la concurrence et de la politique au consommateur qui est responsable du service de médiation et il se rapporte au directeur général. Trois fonctionnaires forment normalement l'équipe de médiation dont le directeur de la concurrence, un avocat et un fonctionnaire expert sur la question en litige (généralement, l'expert est un ingénieur). Au total, il y a environ quatre à cinq employés qui peuvent être appelés à participer à un processus de médiation.

Les fonctionnaires sont saisis d'un dossier lorsqu'une partie dépose une plainte devant le CRTC, laquelle débute par une déclaration du demandeur, suivie d'une réponse de la partie adverse. Une fois la contestation liée, le directeur évalue le dossier et détermine si la médiation est utile. Le cas échéant, il fait parvenir un «avis de procédure de médiation» aux parties, dans lequel il spécifie quels sont

---

<sup>66</sup> Voir Télécommunications—Avis public du CRTC 95-51. Un deuxième avis public a été publié le 1er août 1996 : Télécommunications—Avis public du CRTC 96-28. Celui-ci avait pour objet de renseigner l'industrie sur la procédure de «médiation multilatérale», laquelle sert de forum de discussion et de décision pour établir la réglementation dans un marché concurrentiel en matière de services locaux de télécommunications, concurrence qui sera effective le 1er janvier 1998. Il ne s'agit pas véritablement d'un mécanisme pour régler les litiges, puisqu'il n'y a pas encore de litige. En fait, cette procédure sert plutôt à «négocier» la réglementation qui devrait être mise en place par le CRTC. Si la médiation est infructueuse, le directeur achemine le dossier au CRTC pour décision.

<sup>67</sup> D.O.R.S./79-554, art. 8(1).

les renseignements qu'il serait utile de dévoiler aux membres de l'équipe de médiation ainsi que la date et l'heure de la rencontre. La médiation n'est pas obligatoire. Si on parvient à régler le litige lors de la médiation, l'entente prend soit la forme d'un contrat, soit celle d'une décision du CRTC. L'entente demeure contractuelle lorsqu'elle n'a aucun effet sur les tiers, par exemple, lorsque le litige concerne la facturation entre deux compagnies de télécommunications. Par contre, si une entente intervient entre deux compagnies et qu'elle modifie un tarif (tel un tarif d'interconnexion qui régit la manière et les conditions d'établissement d'une connexion physique entre deux réseaux de télécommunications), elle s'appliquera automatiquement à toutes les autres compagnies en raison de la règle de non-discrimination.<sup>68</sup> C'est pourquoi le CRTC doit rendre une décision approuvant ces ententes.<sup>69</sup> Si la médiation est infructueuse, le directeur achemine le dossier au Conseil pour décision.

Les fonctionnaires invoquent des motifs d'efficacité administrative pour soutenir leur initiative. Ils estiment que la procédure écrite ne leur permet pas d'avoir une connaissance suffisante des problèmes factuels et techniques soulevés dans le dossier, sans laquelle il leur est difficile d'émettre des opinions et des recommandations au Conseil. En rencontrant les parties en médiation, ils souhaitent clarifier les éléments du dossier et, en conséquence, accélérer le règlement du litige. Le délai pour trouver une solution aux désaccords est très variable. Il peut aller d'une semaine à plusieurs mois. La fonction principale du mécanisme de médiation est directement liée à la culture quasi judiciaire qui prévaut en matière de télécommunications et notamment eu égard au respect de la règle *audi alteram partem*. Les fonctionnaires, qui ont un rôle important dans le processus décisionnel, cherchent à comprendre plus profondément comment et dans quelle mesure la plainte affecte une question de politique relative aux télécommunications. D'une certaine manière, la

---

<sup>68</sup> *Loi sur les télécommunications supra* note 62, art. 27 (2) : «Il est interdit à l'entreprise canadienne, en ce qui concerne soit la fourniture de services de télécommunications, soit l'imposition ou la perception des tarifs y afférents, d'établir une discrimination injuste, ou d'accorder—y compris envers elle-même—une préférence induue ou déraisonnable, ou encore de faire subir un désavantage de même nature».

<sup>69</sup> *Ibid.* art. 29 : «Est subordonnée à leur approbation par le Conseil la prise d'effet des accords et ententes—oraux ou écrits—conclus entre une entreprise canadienne et une autre entreprise de télécommunications sur soit l'acheminement de télécommunications par leurs installations respectives, soit la gestion ou l'exploitation de celles-ci, ou de l'une d'entre elles, ou d'autres installations qui y sont interconnectées, soit encore la répartition des tarifs et des autres recettes entre elles».

médiation (en matière de tarif) joue un rôle analogue à la conférence préparatoire, mais sert de plus à régler des désaccords dont les répercussions juridiques sont générales plutôt que particulières.

### 3. L'évaluation environnementale

L'Agence canadienne d'évaluation environnementale a été créée par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*,<sup>70</sup> promulguée en janvier 1995. À l'inverse du Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales qui faisait partie du ministère de l'Environnement, l'Agence est un organisme administratif autonome. Sa responsabilité principale consiste à gérer le processus fédéral d'évaluation environnementale, lequel est enclenché pour tout projet mettant en jeu l'exercice de l'une des attributions énoncées à l'article 5 de cette loi. Tel est le cas lorsque le ministre responsable d'un projet prévoit, par exemple, accorder une aide financière pour sa réalisation, autoriser la cession d'un territoire domanial administré par cette autorité fédérale ou délivrer un permis ou une licence en vue de permettre la mise en oeuvre d'un projet.

Deux niveaux d'évaluation environnementale sont prévus par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* : préalable ou approfondie.<sup>71</sup> Les projets ou les catégories de projets désignés dans la «liste d'étude approfondie», laquelle est établie par règlement,<sup>72</sup> sont examinés selon la procédure y prévue.<sup>73</sup> Les autres font l'objet d'un examen préalable, à moins d'avoir été inscrits sur la «liste d'exclusion». <sup>74</sup> Lorsque l'autorité responsable estime que l'étude approfondie d'un projet nécessite une audience publique, elle peut demander au ministre de l'Environnement de procéder à la nomination d'un médiateur ou d'une commission d'évaluation environnementale.<sup>75</sup> Le ministre ne

---

<sup>70</sup> L.C. 1992, c. 37.

<sup>71</sup> *Ibid.* art. 14 et s. Les critères d'examen se trouvent à l'art. 16.

<sup>72</sup> *Ibid.* art. 2, 59(d).

<sup>73</sup> Cette procédure est également établie par règlement : *ibid.* art. 21(a).

<sup>74</sup> Également établie par règlement : *ibid.* art. 2, 59(c).

<sup>75</sup> *Ibid.* art. 25 : «Sous réserve des alinéas 20(1)(b) et (c), à tout moment, si elle estime soit que le projet, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle estime indiquées, peut entraîner des effets environnementaux négatifs importants, soit que les préoccupations du public justifient une médiation ou un examen par une commission, l'autorité responsable peut demander au ministre d'y faire procéder conformément à l'article 29». Le ministre procédera à la nomination du médiateur après avoir consulté l'autorité responsable et les participants : voir art. 30.

renverra la totalité ou une partie d'un projet pour audience publique devant un médiateur «que si les parties intéressées ont été identifiées et acceptent de participer à la médiation».<sup>76</sup> La médiation est prévue aux articles 29 à 32 de la loi. Afin d'assurer une évaluation indépendante, le médiateur provient de l'extérieur de la fonction publique. Il n'a aucun pouvoir contraignant. Au terme du processus, il dépose un rapport à l'autorité responsable du projet et au ministre.<sup>77</sup> Ce dernier décide s'il peut exercer l'une des attributions prévue à l'article 5 de la *Loi*.<sup>78</sup> Si les parties ayant participé au processus sont en désaccord avec cette décision, elles peuvent en demander le contrôle judiciaire.<sup>79</sup>

La procédure de médiation n'a jamais été utilisée, car au stade de l'audience publique, les questions sous étude sont trop complexes et soulèvent des problèmes politiques d'envergure nationale, lesquels impliquent des groupes variés et des intérêts divergents. Dans ce contexte, il est très difficile pour un médiateur de faire des recommandations, car il est peu probable que la question puisse faire l'objet d'un consensus. Les projets soumis à l'examen préalable se prêteraient vraisemblablement mieux à la procédure de médiation. Ils ont normalement des effets régionaux et les positions des personnes et des groupes sont souvent moins tranchées en ce que chacun a un intérêt plus marqué à trouver une solution qui soit à la satisfaction de tous. C'est en raison de ce défaut dans la conception législative de la médiation que les autorités responsables ont préféré, jusqu'à ce jour, la voie de la Commission d'évaluation environnementale qui est une véritable commission d'enquête.<sup>80</sup> L'article 35 de la loi habilite les membres de la Commission à assigner des témoins à comparaître, à leur «ordonner de déposer» (oralement ou par écrit) ou à «produire les documents et autres pièces» qu'ils jugent nécessaires. Puisque la

---

<sup>76</sup> *Ibid.* art. 29(2).

<sup>77</sup> *Ibid.* art. 32(1).

<sup>78</sup> *Ibid.* art. 37.

<sup>79</sup> *Ibid.* art. 57, à moins qu'elle ne soit uniquement fondée «sur un vice de forme ou une irrégularité technique».

<sup>80</sup> *Ibid.* art. 34 : «La Commission, conformément à son mandat et aux règlements pris à cette fin : a) veille à l'obtention des renseignements nécessaires à l'évaluation environnementale d'un projet et veille à ce que le public y ait accès; b) tient des audiences de façon à donner au public la possibilité de participer à l'évaluation environnementale du projet; c) établit un rapport assorti de sa justification, de ses conclusions et recommandations relativement à l'évaluation environnementale du projet, notamment aux mesures d'atténuation et au programme de suivi, et énonçant, sous la forme d'un résumé, les observations reçues du public; d) présente son rapport au ministre et à l'autorité responsable».

Commission a les pouvoirs d'une cour d'archives, les membres peuvent contraindre les témoins à obéir à leurs ordonnances.

La finalité première de la procédure de médiation est nettement procédurale au sens de la théorie Habermassienne<sup>81</sup> dont le but visé est la participation des intéressés au processus décisionnel. La consultation auprès des populations potentiellement touchées par des décisions des autorités publiques est un phénomène qui s'est considérablement développé lors de cette décennie. Associée à une forme de démocratie plus directe parce que plus participative, la consultation rejoint clairement des préoccupations liées à l'équité procédurale.

### III. LES ENJEUX DE DROIT PUBLIC

L'analyse de quelques exemples de pratiques de médiation et de conciliation dans les organismes fédéraux permet de constater une relation entre le type de procédure de médiation utilisé et les effets des ententes conclues aux termes d'une telle procédure. Cette classification fait ressortir des problématiques distinctes, mais liées au respect de l'ordre public. Les notions d'ordre public en droit civil et de «public interest» en common law requièrent une analyse plus approfondie afin de déterminer adéquatement le cadre juridique qui balise les ententes issues de modes alternatifs. Le caractère impératif de nombreuses dispositions de droit public soulève des questions délicates relatives à ces deux notions. Dans une affaire récente, *Ville de Verdun. Doré*, la Cour suprême a confirmé l'importance de la notion d'ordre public, même dans un contexte de droit public.<sup>82</sup> Issu des principes généraux du droit dans les pays de tradition romano-germanique, l'ordre public apparaît ainsi comme une supranotion qui peut être comparée au «public interest» ou au «*public policy*» en common law dont il est utile de mieux comprendre la portée. À cet égard, l'ordre public joue en droit civil un rôle «correcteur» semblable à celui de l'*equity* en common law. Ce rapprochement n'est toutefois qu'une analogie car l'ordre public apparaît comme une sorte de «notion-gendarme» dont la rationalité ne repose pas sur des considérations d'équité.

Il est légitime de s'interroger sur la latitude dont disposent les autorités fédérales dans l'application de nombreuses lois qui lient directement la Couronne fédérale et ses mandataires. Même si les

---

<sup>81</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, coll. «NRF», Paris, Gallimard, 1997 à la p. 327.

<sup>82</sup> [1997] 2 R.C.S. 862 aux pp. 880-81.

autorités publiques sont assujetties au droit commun des contrats, peu importe qu'il s'agisse de règles de common law ou de droit civil, il n'en reste pas moins qu'une entente négociée conclue afin de prévenir un litige présente plusieurs complications. Le désir de promouvoir de nouvelles solutions afin d'accélérer le traitement de ces cas pose le problème de l'indifférenciation, puisque toute forme de contentieux, peu importe son contenu ou sa finalité, peut faire l'objet de mesures spéciales de gestion des instances. Certes, la variété des domaines qui relèvent de la compétence de la Cour fédérale (droit maritime, droit des télécommunications, droit de l'aéronautique, brevets et propriété industrielle, lettres de change, etc.) permet d'entrevoir de nombreux litiges opposant des parties privées. Mais comme la Cour fédérale dispose encore d'une compétence exclusive sur le contentieux de la légalité pour divers types de recours visant des offices fédéraux, son fonctionnement reste largement orienté vers des questions de droit public.

En droit public, aucun fonctionnaire ne peut contracter si l'exercice de pouvoirs discrétionnaires découlant des lois ou de la prérogative royale se trouve limité au détriment de Sa Majesté, *a fortiori* lorsqu'il s'agit de pouvoirs qui doivent être exercés dans l'intérêt public.<sup>83</sup> Non seulement la Couronne ne peut renoncer de gré à gré à ses privilèges par contrat, mais elle dispose d'immunités spécifiques contre l'exécution forcée et les mesures transactionnelles.<sup>84</sup> D'autre part, la régulation des rapports sociaux par des mécanismes de règlement amiable des différends soulève d'autres enjeux dont le plus évident concerne l'équité procédurale à l'égard des administrés, notamment les questions de transparence, d'accessibilité et de publicité. Malgré l'intérêt, voire l'engouement des autorités fédérales et des justiciables envers des solutions négociées, la nature particulière du droit fédéral leur laisse-t-elle réellement cette possibilité? Avant d'approfondir des questions plus techniques relatives au régime des contrats administratifs, des transactions et des compromis, les liens particuliers du droit fédéral avec la question du droit public doivent être brièvement rappelés.

---

<sup>83</sup> Canada, Ministère de la Justice, *La Couronne en droit canadien* (Océan), Yvon Blais, 1992 à la p. 332 [ci-après *La Couronne en droit canadien*].

<sup>84</sup> Voir D. Mockle, *L'immunité d'exécution : un document d'étude préparé à l'intention de la Commission de réforme du droit du Canada* Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1987; également disponible en version anglaise : D. Mockle, *Immunity From Execution: A Study For the Law Reform Commission of Canada* Ottawa, Law Reform Commission of Canada, 1987 [ci-après *Immunity From Execution*].

### A. Les orientations spécifiques du droit fédéral

En droit administratif canadien, peu d'études sont disponibles afin de montrer comment le droit administratif fédéral obéit à une rationalité et à des impératifs qui diffèrent sensiblement de ceux qui caractérisent les divers droits provinciaux. Dans ses travaux de recherche, la Section de droit administratif de la Commission de réforme du droit n'avait pas retenu ce thème, même si cette question avait été débattue pour l'organisation d'un plan quinquennal ayant pour objet le droit administratif fédéral.<sup>85</sup> Dans les ouvrages de droit administratif, cette problématique n'est pas abordée. Comme les responsabilités et les divers mécanismes de droit public rencontrés en droit fédéral ne diffèrent pas, en principe, de ceux qui caractérisent les compétences attribuées aux institutions administratives des provinces, ce type de questionnement peut paraître trop spéculatif et présenter peu de conséquences pratiques.

La différence est pourtant trop évidente pour ne pas être remarquée. Suivant la formule Paix-Ordre-Bon gouvernement, l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* énumère des compétences qui font prévaloir la régulation et la réglementation, les autorisations et les contrôles, déplaçant ainsi le centre de gravité du droit fédéral vers la police administrative, l'ordre public économique, ainsi que divers types de prérogatives de puissance publique proches de l'exercice de la Souveraineté. Ce qui paraît encore plus décisif comme argument, ce sont les compétences issues directement de la Prérogative royale.<sup>87</sup> Cette dernière ne présente qu'un champ d'application limité pour les droits provinciaux. En comparaison, elle offre sa vraie dimension en droit fédéral puisque seul l'État fédéral dispose de compétences intimement liées à l'exercice de la Souveraineté. En ce sens, les responsabilités des institutions fédérales renvoient directement à la notion d'État, alors qu'en revanche, les provinces sont limitées à des appareils d'État qui n'en font pas pour autant des États au sens strict. Les responsabilités des grandes agences fédérales, plus ou moins copiées sur celles du droit américain, font surgir des problématiques où le droit public emprunte les traits distinctifs des pouvoirs, privilèges et immunités de la puissance publique. Plusieurs organismes figurant dans la liste de l'article 28 de la

---

<sup>85</sup> Canada, Commission de réforme du droit, *Pour un nouveau droit administratif fédéral*, Ottawa, Commission de réforme du droit, 1987 (Commissaire : J. Frecker).

<sup>86</sup> (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n<sup>o</sup> 5.

<sup>87</sup> Voir *La Couronne en droit canadien*, supra note 83, c. 3.

*Loi sur la Cour fédérale* présentent des scénarios proches de la notion de Souveraineté.<sup>88</sup> À cette énumération, il est possible d'ajouter d'autres organismes ne relevant pas de l'article 28 : la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, le Service canadien du renseignement de sécurité, le Tribunal de l'aviation civile du Canada. La liste de certains ministères serait encore plus significative. Certes, les responsabilités de nombreux organismes fédéraux ne permettent pas d'affirmer qu'il existe une différence de principe avec le droit provincial, vu l'existence de missions similaires ou comparables à celles des institutions administratives des provinces. Par ses règles et principes, le droit administratif fédéral n'est pas distinct de celui des provinces, sous réserve de l'application résiduaire du droit civil du Québec en l'absence de dispositions de droit fédéral.

Cette unité de principe qui repose sur la prépondérance d'un droit jurisprudentiel issu de l'interprétation judiciaire de règles de common law doit être toutefois modulée à la lumière du partage des compétences au Canada. Prises globalement, les responsabilités du gouvernement fédéral représentent, sous plusieurs aspects, des orientations distinctes reposant sur l'utilisation de notions et de mécanismes propres à l'exercice de la Souveraineté. Leur contenu reste prédéterminé par les impératifs issus des relations internationales, de l'ordre public économique, de la sécurité intérieure et de la protection du territoire, ainsi que des intérêts nationaux du Canada.

Les questions de champ d'application, de rationalité et de fondement confèrent au droit administratif fédéral, toutes proportions gardées, un caractère original. En contrepartie, d'autres dimensions qui servent à caractériser le droit fédéral en vertu du paragraphe introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* comme le pouvoir d'urgence et la théorie des dimensions nationales,<sup>89</sup> ne peuvent être utilisées de façon convaincante en vue de justifier la spécificité du droit administratif fédéral. Cependant, ces dimensions restent pertinentes en droit constitutionnel afin de mesurer la nature particulière des compétences fédérales. Posée en d'autres termes, cette originalité doit être examinée à la lumière de la réalité des institutions administratives fédérales. Si les ouvrages de droit administratif proposent une

---

<sup>88</sup> Ces organismes incluent le CRTC, le Tribunal canadien du commerce extérieur, l'Office national de l'énergie, l'Office des transports du Canada, le Tribunal de la concurrence.

<sup>89</sup> Voir H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* 3e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997 aux pp. 553-67.

description de l'Administration fédérale,<sup>90</sup> ils n'en tirent pas nécessairement des conclusions qui semblent s'imposer d'elles-mêmes sur l'existence d'un droit administratif fédéral au Canada. À certains égards, cette spécificité ne s'impose pas d'emblée par l'examen de certaines fonctions traditionnelles propres à la gestion et à l'organisation des services. Le contentieux susceptible de découler de l'interprétation d'un contrat d'approvisionnement ne fait pas appel à un scénario susceptible de se démarquer d'un problème similaire en droit provincial. Dans le cadre de la distinction faite par la Cour suprême en 1979 entre les pouvoirs et les devoirs qui présentent une dimension publique, par opposition aux «responsabilités de planification, de construction et d'administration ... qui ont une connotation d'administration ou de gestion privée»,<sup>91</sup> cette originalité ne peut être alléguée lorsque l'Administration fédérale répond à des impératifs de pure gestion. Dans la perspective de l'utilisation potentielle de la conciliation ou de la médiation pour certains types de contrats administratifs, aucun particularisme permettrait de faire des distinctions afin de singulariser le droit fédéral. Mais lorsqu'il s'agit de fonctions dites «publiques», les exigences propres à l'exercice de nombreuses prérogatives de puissance publique confèrent aux responsabilités des ministères et des organismes fédéraux des traits distincts de ceux des provinces, même si par ailleurs, il existe un recoupement en ce qui concerne les activités de contrôle et de police administrative. Il ne s'agit donc pas d'une différence de nature, mais bien d'une différenciation fonctionnelle née de la spécialisation des compétences. Le constat est simple : l'Administration fédérale a d'autres responsabilités que celles des provinces. Ce rappel est important afin de mieux saisir les enjeux de la conciliation et de la médiation dans un espace dominé par le droit public.

*B. Les contrats administratifs, les pratiques transactionnelles et l'ordre public*

Les ententes conclues au terme d'une procédure fédérale de médiation ou de conciliation peuvent impliquer deux parties privées ou une partie privée et l'autre publique. Pour des raisons historiques connues, le droit canadien privé relatif à la propriété et aux droits civils provient de deux sources distinctes : la tradition de common law et celle

---

<sup>90</sup> Voir notamment l'ouvrage de P. Garant, *Droit administratif* 4e éd., vol. 1, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1996.

<sup>91</sup> *Berardinelli. Ontario Housing Corporation*[1979] 1 R.C.S. 275 à la p. 283, juge Estey.

de droit civil. Par contre, le droit public est régi par la common law, même si cette dernière ne fait pas de distinction de principe entre le droit public et le droit privé. En raison de cette singularité propre au droit canadien, un bref rappel des principes guidant le droit applicable aux contrats administratifs est indispensable avant d'examiner les règles régissant les ententes issues d'une procédure de conciliation ou de médiation.

La *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux provinces le pouvoir exclusif de légiférer dans les domaines de la propriété et des droits civils,<sup>92</sup> mais elles ne peuvent pas, en raison des règles relatives à l'immunité d'application des lois, assujettir l'État fédéral à des lois provinciales.<sup>93</sup> Par ailleurs, le Parlement peut incorporer le droit d'une province sur ces matières dans une loi fédérale en utilisant la technique du renvoi, mais il n'est pas compétent pour créer ses propres règles.<sup>94</sup> Cette méthode du renvoi a été utilisée dans la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* où le législateur fait référence aux notions de *tort* et de *responsabilité délictuelle*. Ces expressions renvoient, dans le premier cas, aux règles relatives à la responsabilité civile existant dans les provinces de tradition de common law et, dans le deuxième cas, aux règles du Code civil du Québec. Il n'existe pas une loi fédérale similaire régissant les contrats conclus par ou pour le gouvernement fédéral. Il faut donc puiser dans la jurisprudence pour trouver des pistes afin de résoudre la question du droit applicable.

Afin de préserver l'apparente unité de la common law, la Cour suprême a choisi un compromis en affirmant que celle-ci comprend des règles de droit privé et de droit public. Dans l'arrêt *Laurentides Motels v. Ville de Beauport*,<sup>96</sup> le juge Beetz avait à résoudre, sur le plan des principes, quel était le droit applicable aux corporations municipales

---

<sup>92</sup> *Supra* note 86, para. 92(13). Voir le jugement unanime de la Cour suprême dans *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* [1988] 2 R.C.S. 680 à la p. 695 [ci-après *Clark*]: «Les droits d'action en dommages-intérêts pour blessures et la procédure qui s'y rattache sont des sujets qui, à des fins constitutionnelles, relèvent de la compétence législative exclusive de la province en matière de «propriété et de droits civils» (*Loi constitutionnelle de 1867* *supra* note 86, para. 92(13)) et de «procédure en matière civile» (para. 92(14)).

<sup>93</sup> *Gauthier c. Le Roi*, [1917] 56 R.C.S. 176 à la p. 182. Ainsi, l'art. 1376 du *Code civil du Québec* qui édicte que les règles relatives aux obligations s'appliquent à l'État ne peut pas contraindre l'État fédéral.

<sup>94</sup> *Clark*, *supra* note 92 aux pp. 708-09.

<sup>95</sup> L.R.C. (1985), c. 50, mod. par L.C. 1990, c. 8, art. 20-36.

<sup>96</sup> [1989] 1 R.C.S. 705.

québécoises dans le cadre de relations quasi délictuelles avec des particuliers. Il en vint à la conclusion que le droit public au Québec avait deux sources : le droit écrit et la common law. Comme il n'existait aucune disposition du Code civil régissant la question de la responsabilité d'une corporation publique, le juge Beetz fit référence à la «common law publique» afin de régler le litige,<sup>97</sup> laquelle assujettit une corporation municipale, qui agit dans la sphère opérationnelle de ses pouvoirs discrétionnaires, aux normes de conduite du droit privé.

Tout comme pour les ententes intervenues entre deux parties privées, la «common law publique» précise que c'est le lieu où la cause d'action a pris naissance, c'est-à-dire, «le plus souvent, là où le contrat est exécuté», qui détermine le droit applicable au contrat intervenu entre une partie privée et une autorité publique.<sup>98</sup> Lorsque la cause d'action survient dans une province de tradition de common law, il est d'usage de faire référence à ces règles pour déterminer le droit applicable à ces ententes;<sup>99</sup> lorsqu'elle survient au Québec, ce sont les règles du *Code civil* qui s'appliquent.<sup>100</sup> Les modifications de 1990 à la *Loi sur la Cour fédérale* confirment ce courant jurisprudentiel en concédant que la Cour fédérale possède une compétence concurrente (et non exclusive comme c'était le cas avant ces changements) pour régler tout litige entourant un contrat conclu par ou pour la Couronne du chef du Canada.<sup>101</sup> En somme, peu importe que le contrat ait été conclu entre personnes physiques ou morales de droit privé ou de droit public, ce sont les mêmes règles de droit positif qui gouvernent la formation et la validité des contrats. Au Québec, l'État et ses mandataires sont liés par les dispositions du Livre cinquième sur les obligations (art. 1376 C.c.Q.), ce qui inclut le chapitre deuxième sur le régime des contrats.

En droit civil, l'entente ayant pour objet de mettre un terme au litige s'appelle la transaction; en common law, ce type de contrat est nommé compromis. La transaction est un contrat nommé en vertu du

---

<sup>97</sup> *Ibid.* à la page 726.

<sup>98</sup> R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, 1, 2e éd., Ste-Foy (Qc.), Presses de l'Université Laval, 1984 à la p. 611.

<sup>99</sup> Voir *Bank of Nova Scotia c. The Queen* (1961), 27 D.L.R. (2d) 120 (C. de l'É.).

<sup>100</sup> Voir *The Queen c. Henderson* (1898), 28 R.C.S. 425; *Langlois c. Canadian Commercial Corporation*, [1956] R.C.S. 954; *Persons c. The Queen*, [1966] R.C. de l'É. 538; *Eastern Canada Shipping Ltd. c. La Reine*, [1969] 1 R.C. de l'É. 461; et *Kofman c. La Reine*, [1975] C.F. 557 (T.D.).

<sup>101</sup> Voir la *Loi sur la Cour fédérale* L.R.C. 1985, c. F-7, art. 17(2)(b), conférant une compétence exclusive à la Cour fédérale et la modification de l'article 17(2)(b), L.C. 1990, c. 8, art. 3 octroyant une compétence concurrente.

*Code civil du Québec* L'article 2631 énonce les critères essentiels à sa formation.<sup>102</sup> Pour qu'il y ait transaction, il doit y avoir des concessions réciproques; les concessions unilatérales sont insuffisantes. La transaction a entre les parties l'autorité de la chose jugée, mais elle est exécutoire seulement lorsqu'elle est homologuée.<sup>103</sup> L'erreur de droit ne peut être invoquée pour demander la nullité de la transaction;<sup>104</sup> même si une partie croit erronément que la réclamation est fondée en droit, elle ne peut pas demander son annulation. L'article 2632 interdit aux parties de transiger relativement aux questions qui intéressent l'ordre public.<sup>105</sup> Cette disposition doit être lue en conjonction des articles 8 et 9 du *Code civil*. L'article 8 permet à toute personne de renoncer à l'exercice de ses droits civils, mais dans la seule mesure où le permet l'ordre public. Quant à l'article 9, il interdit aux personnes de déroger, dans l'exercice de leurs droits civils, aux dispositions qui intéressent l'ordre public.

En common law, un contrat est valablement formé lorsqu'il y a entente par laquelle les parties ont l'intention de créer des droits et des obligations réciproques. La notion de réciprocité se nomme contrepartie (*consideration*) : «Valuable consideration has been defined as some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given, suffered, or undertaken by the other at his request».<sup>106</sup> Lorsque deux parties à un litige s'entendent pour régler leur différend par contrat, elles s'engagent dans un compromis (*compromise*), lequel est considéré comme une contrepartie valable en common law,<sup>107</sup> même lorsqu'une partie est une autorité publique.<sup>108</sup> De même que sous le *Code civil*, les erreurs de

---

<sup>102</sup> Art. 2631 C.c.Q. : «La transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques».

<sup>103</sup> *Ibid.* art. 2633.

<sup>104</sup> *Ibid.* art. 2634.

<sup>105</sup> *Ibid.* art. 2632 : «On ne peut transiger relativement à l'état ou à la capacité des personnes ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public».

<sup>106</sup> *Halsbury's Laws of England*, 4e éd., vol. 9(1) (Contract), Londres, Butterworths, 1998 au para. 601.

<sup>107</sup> Voir *Fullerton et al. c. Provincial Bank of Ireland* [1903] A.C. 309 (H.L.), cité avec approbation dans *Shook c. Munro and Davidson* [1947] 3 D.L.R. 271 (Ont. C.A.) : voir *Halsbury's Laws of England*, *supra* note 106 au para. 321.

<sup>108</sup> *Procureur général de Colombie Britannique. Deeks Sand & Gravel Co. Ltd.* [1956] R.C.S. 336.

droit ne sont pas admises pour faire annuler un compromis.<sup>109</sup> Cependant, ceux-ci n'ont pas à faire l'objet d'une homologation pour être exécutoires. Si le compromis est valablement formé, il aura les mêmes effets que tout autre type de contrat.<sup>110</sup> La common law comporte aussi des règles régissant la validité des contrats qui contreviennent non pas à l'ordre public mais à l'intérêt public.<sup>111</sup> Il y a lieu de se demander s'il existe une différence significative entre les deux notions en comparant leur cadre juridique dans chacun des systèmes; dans la négative, il faut tenter de déterminer si ces notions jouent des rôles distincts dans l'ordre juridique.

L'ordre public est une notion dont les contours sont difficiles à cerner, car elle évolue avec le temps et soulève de multiples dimensions.<sup>112</sup> Les commentaires du ministre de la Justice du Québec sur l'article 2632 du *Code civil* constituent un point de départ utile : «Il semble bien qu'elles [les règles d'ordre public] puissent faire l'objet de transactions si elles sont édictées pour la protection d'intérêts privés. Par contre, si elles fondent l'ordre social, moral ou économique, aucune transaction ne serait possible».<sup>113</sup> Le ministre semble reprendre une distinction reconnue en droit civil entre l'*ordre public de protection* (règles dont le fondement prédominant est l'intérêt privé) et l'*ordre public de direction* (règles dont le fondement principal est l'intérêt public).<sup>114</sup> L'ambiguïté des commentaires du ministre naît du fait que ces deux types d'ordre public font partie intégrante de la notion d'ordre public économique et social.<sup>115</sup> Celui-ci doit être compris largement. Il inclut toutes les interventions et la réglementation étatiques relatives aux

---

<sup>109</sup> *Halsbury's Laws of England supra* note 106 au para. 740.

<sup>110</sup> *Ibid.* Nous n'avons trouvé aucune référence dans ce document faisant état de la nécessité d'accomplir une formalité additionnelle afin de rendre les compromis exécutoires.

<sup>111</sup> *Ibid.* au para. 841, 844, où on utilise les expressions «offend against the policy of the law», et «injurious to the public ... policy».

<sup>112</sup> Le Centre de recherche en droit privé et comparé a proposé des définitions de l'ordre public : voir Crépeau, *supra* note 27 aux pp. 405-09.

<sup>113</sup> Québec, Ministre de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil*, II, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 1646.

<sup>114</sup> Voir J.-L. Baudouin, *Les obligations* 4e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1993 à la p. 82; *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal* [1992] 2 R.C.S. 499 [ci-après *Garcia Transport Ltée*]; *Belgo-Fisher (Canada) Inc. c. Lindsay*, [1988] R.J.Q. 1223 (C.A.) [ci-après *Belgo-Fisher*]; et *Ligue de taxis de Montréal Inc. c. S.T.C.U.M.*, J.E. 94-282 (C.S.).

<sup>115</sup> B. Lefebvre, «Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec» dans *Développements récents en droit civil (1994)*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1994, 149 à la p. 154.

échanges économiques.<sup>116</sup> Il vise à rendre les rapports pécuniaires plus équilibrés de manière à tenir compte de l'intérêt général et cherche «davantage à déterminer le contenu des contrats qu'à les interdire».<sup>117</sup> À cette interprétation de la notion d'ordre public s'est graduellement greffée la notion d'ordre public politique, à laquelle il était exclusivement fait référence jusqu'au milieu du siècle. Il vise principalement à interdire la conclusion de certains contrats allant à l'encontre de «valeurs d'ordre extra-pécuniaires et des principes de civilisation».<sup>118</sup> Il comprend entre autres les règles relatives aux libertés publiques et à l'administration de l'État, incluant les lois de police, lesquelles sont associées aux missions traditionnelles de l'État-gendarme et à ses activités de surveillance, de contrôle et de répression.<sup>119</sup> Dans le contexte de l'Administration fédérale, la notion d'ordre public politique est particulièrement importante, car les pouvoirs de l'État fédéral sont davantage orientés vers la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Les fonctions de police administrative doivent être distinguées d'autres types de fonctions administratives, telles que la fonction prestataire de l'État providence et la fonction juridictionnelle<sup>120</sup> qui sont plus clairement liées à la notion d'ordre public économique et social ou la régulation économique qui chevauche l'ordre public politique et économique.

Même si les juges de common law réfèrent aux expressions «*public interest*» ou «*public policy*» et non à *ordre public*, il n'y a pas de coupure fondamentale quant aux fondements et aux contours de ces notions dans les deux systèmes juridiques.<sup>121</sup> En interprétation des lois, le professeur Pierre-André Côté fait référence aux expressions «ordre

---

<sup>116</sup> Tel que le souligne Lefebvre, *ibid.* à la p. 153 : On «doit à Farjat la consécration de cette notion et la contribution doctrinale la plus importante sur ce sujet». Voir G. Farjat, *L'ordre économique*, Coll. «Bibliothèque de droit privé», t. 37, Paris, L.G.D.J., 1963; et G. Ripert, «L'ordre économique et la liberté contractuelle» dans *Mélanges Gény* t. II, Paris, Sirey, 1936 aux pp. 347-53.

<sup>117</sup> J. Ghestin, *Les obligations—le contrat : formation* Coll. «Traité de droit civil», 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1988 aux nos. 93 et s.

<sup>118</sup> J. Flour et J.L. Aubert, *Droit civil—les obligations—sources—l'acte juridique* n° 1, Paris, Armand Colin, 1986 à la p. 234; et Baudouin, *supra* note 114 à la p. 79.

<sup>119</sup> Voir «Zéro contentieux», *supra* note 15 à la p. 93.

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> Tant en droit civil québécois qu'en common law anglo-canadienne, les juges se pencheront sur la validité des contrats intéressant l'ordre public politique, économique et social. Voir L. Bélanger-Hardy et A. Grenon, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois* Scarborough (Ont.), Carswell, 1997 aux pp. 299-303; et Baudouin, *supra* note 114 à la p. 83.

public» et «intérêt public» de manière interchangeable.<sup>122</sup> Toutefois, il semble bien exister une distinction fonctionnelle entre les deux notions, du moins en droit civil. La notion d'ordre public est une supranorme qui agit pour corriger les défauts structurels du système politique, économique et social, tandis que la notion d'intérêt public (ou d'intérêt général) sert à interpréter l'intention prédominante du législateur lorsqu'il a édicté une règle d'ordre public.

Le droit civil distingue entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. Les règles posées dans l'intérêt de la société tout entière et de son bon gouvernement, c'est-à-dire les normes visant davantage l'intérêt général, sont qualifiées de règles d'ordre public de direction. Ces règles tendent à organiser et à régir de façon directe les activités politiques et économiques.<sup>123</sup> L'ordre public de protection comprend les normes ayant avant tout pour mission de protéger l'individu et, en matière de contrat, elles servent à rétablir l'équilibre entre les cocontractants de manière à empêcher le plus fort d'exploiter le plus faible.<sup>124</sup> L'intérêt de cette classification réside dans la sanction qui peut être infligée aux contrats affectant l'un ou l'autre type d'ordre public. La sanction des ententes intéressant l'ordre public de direction est la nullité absolue (art. 1417 C.c.Q.),<sup>125</sup> alors que la sanction pour les contrats affectant l'ordre public de protection est la nullité relative (art. 1419 C.c.Q.).<sup>126</sup> La nullité absolue est l'exception, alors que la nullité relative est la règle (art. 1421 C.c.Q.).<sup>127</sup>

---

<sup>122</sup> Voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois* 2e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1990 aux pp. 219-21. De même dans la version anglaise, le professeur Côté utilise indistinctement les expressions «public order» et «public interest» : P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* 2e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991 aux pp. 198-99.

<sup>123</sup> Baudouin, *supra* note 114 à la p. 82; Lefebvre, *supra* note 115 à la p. 154. En droit public fédéral, voir à titre d'exemple : *Loi sur la radiodiffusion* *supra* note 60; *Loi sur les télécommunications* *supra* note 62; et *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-19 (2è suppl.).

<sup>124</sup> Lefebvre, *supra* note 115 à la p. 154; et Baudouin, *supra* note 114 à la p. 82.

<sup>125</sup> Art. 1417 C.c.Q. : «La nullité d'un contrat est absolue lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection de l'intérêt général».

<sup>126</sup> *Ibid.* art. 1419 : «La nullité d'un contrat est relative lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection d'intérêts particuliers; il en est ainsi lorsque le consentement des parties ou de l'une d'elles est vicié». Voir Baudouin, *supra* note 114 à la p. 83; et J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations* 2e éd., Montréal, Thémis, 1988 aux pp. 195-98. Voir aussi les décisions *Garcia Transport Ltée* *supra* note 114; *Belgo-Fisher* *supra* note 114; et *Pomerleau c. 2319-8419 Québec et al.*, [1989] R.J.Q. 137 (C.S.).

<sup>127</sup> Art. 1421 C.c.Q. : «À moins que la loi n'indique clairement le caractère de la nullité, le contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation est présumé n'être frappé que de nullité relative».

En common law, la sanction sera également modulée en tenant compte du type de contravention à l'ordre public. Les auteures Bélanger-Hardy et Grenon font une distinction entre les contrats nuls en soi, c'est-à-dire ceux qui ont pour objet «la perpétration d'un acte criminel ou d'un délit civil, ... la fraude ... [et] la corruption du système politique et juridique» et les contrats annulables par le juge parce qu'ils «limitent la liberté de commerce de façon déraisonnable». <sup>128</sup> Ces deux catégories de nullité sanctionnent les contrats contrevenant à l'ordre public. Elles correspondraient aux distinctions existant en droit civil entre la nullité absolue des contrats violant l'ordre public de direction et la nullité relative attachée aux contrats contrevenant à l'ordre public de protection.

Quant à la notion d'intérêt public, elle sert à interpréter la supranorme d'ordre public. Lorsqu'un juge est d'avis que le contrat intéresse l'ordre public, <sup>129</sup> il doit examiner s'il s'agit d'une entente touchant l'ordre public de direction ou l'ordre public de protection. La distinction entre ces divisions de l'ordre public est souvent ténue. Ce que les juges cherchent à déterminer est l'aspect prédominant de la règle d'ordre public, en examinant si le souci principal du législateur est de protéger l'intérêt public et non simplement l'intérêt des particuliers. Dans l'affaire *Garcia Transport Ltée* la Cour suprême a énoncé ce principe ainsi : Est-ce que le «législateur voulait non seulement protéger un groupe limité de personnes mais aussi promouvoir le bien-être économique de la société en général»? <sup>130</sup>

Cette analyse permet de mieux saisir la portée du commentaire du ministre de la Justice sur l'article 2632 relatif à l'interdiction de transiger sur des questions intéressant l'ordre public. Cette interdiction vise exclusivement les cas où des règles d'ordre public de direction font l'objet d'une transaction, c'est-à-dire les règles qui, à l'issue du processus d'intervention, sont jugées avoir été édictées dans l'intérêt de la société tout entière. Ainsi, le simple fait de transiger sur ces questions est illégal sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'il y a eu dérogation à l'ordre

---

<sup>128</sup> Bélanger-Hardy et Grenon, *supra* note 121 à la p. 300.

<sup>129</sup> Les critères pour déterminer si une disposition est d'ordre public ont été énoncés dans *Banque Royale du Canadac. Caisse Populaire de Rock Forest et al*[1992] R.J.Q. 987 à la p. 995 (C.S.) : 1) le but ou l'objet de la disposition, en référant si nécessaire au contexte historique (sur ce point, voir *Mousseauc. Société de Gestion Paquin Ltée*[1994] R.J.Q. 2004 (C.S.) (en appel, 500-09-001269-943)); 2) l'existence de raisons sérieuses permettant de remettre en question le principe de la libre négociation; et 3) soupeser les intérêts en présence, c'est-à-dire non seulement les intérêts respectifs des parties en cause, mais également tenir compte des intérêts de la société dans son ensemble.

<sup>130</sup> *Garcia Transport Ltée* *supra* note 114 à la p. 526.

public (art. 9 C.c.Q).<sup>131</sup> Le principe d'interprétation énonçant que la règle particulière l'emporte sur la règle générale mène à conclure que c'est l'article 2632 qui aura préséance. Sa formulation lapidaire, «[o]n ne peut transiger ... sur les autres questions qui intéressent l'ordre public», montre que le ministre de la Justice a raison d'affirmer que sur ces questions «aucune transaction ne serait possible». En common law cependant, il ne semble pas que les règles soient aussi rigides qu'en droit civil, car avant de pouvoir déclarer un contrat nul, le juge devra être convaincu qu'il contrevient à l'ordre public. En posant que la distinction entre l'ordre public de direction ou de protection existe implicitement en common law, du moins en pratique, il semblerait que tout compromis *intéressant* l'ordre public soit valide *a priori*. Par contre, toute clause compromissaire est exclue lorsqu'il y a *contravention* à l'ordre public. Cette distinction pose toutefois des difficultés pratiques considérables.<sup>132</sup>

Dans le contexte des ententes issues de mécanismes utilisés à des fins transactionnelles, il serait utile d'identifier quelles sont, entre toutes les règles gouvernant un secteur d'activité, les prescriptions d'ordre public, ou bien, agir comme le ministère des Travaux publics (Canada) qui refuse de recourir à une procédure non contentieuse pour régler les litiges qui soulèvent des questions de droit. Dans le contexte actuel, les conciliateurs et les médiateurs ne reçoivent pas une formation adéquate afin d'identifier promptement ce genre de problème. Les cours de formation sont orientés vers l'acquisition d'habiletés pratiques et des considérations relatives à l'éthique professionnelle. Le débat sur la compétence des conciliateurs et des médiateurs soulève la question de la responsabilité de l'État : Dans quelle mesure l'Administration pourrait-elle être tenue responsable des fautes de ses conciliateurs et de ses médiateurs qui inviteraient les parties, à tort, à transiger sur des questions d'ordre public? Au Québec, l'article 86 alinéa 2 de la *Loi sur la justice administrative* leur confère une immunité complète.<sup>133</sup>

Dans le contexte des ententes issues de mécanismes utilisés à des fins régulatrices, la question de l'ordre public ne soulève pas le même genre de problème. Puisque les ententes sont normalement approuvées

---

<sup>131</sup> Il s'ensuit qu'il n'est pas possible de renoncer aux règles d'ordre public de direction (art. 8 C.c.Q.), alors que la solution contraire prévaut dans le cas de règles d'ordre public de protection : voir Lefebvre, *supra* note 115 à la p. 158.

<sup>132</sup> Voir généralement P.G. Jobin, «Les effets du droit pénal ou administratif sur les contrats : où s'arrêtera l'ordre public?» (1985) 45 R. du B. 655.

<sup>133</sup> *Loi sur la justice administrative supra* note 3, art. 86, al. 2 : «Ils ne peuvent être poursuivis en justice en raison d'un acte accompli de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions».

par l'organisme administratif, la validité des ententes *intéressant* l'ordre public ne se pose pas, sous réserve du contrôle judiciaire.<sup>134</sup> De plus, appliquer la notion d'ordre public propre au droit privé dans un environnement réglementaire peut conduire à une impasse. En effet, les organismes disposent souvent de larges pouvoirs discrétionnaires afin de prendre des décisions dans l'intérêt public. On ne peut à la fois conférer un pouvoir à un organisme et lui en interdire l'exercice au motif que cette utilisation intéresse l'ordre public. La question de la transparence et de l'accessibilité des procédures aux administrés est plus pertinente ici, car lorsqu'une autorité fédérale prévoit édicter une norme autre qu'un règlement, aucune règle de droit ne la contraint à consulter le public ou à publier la norme.<sup>135</sup> Du côté de la jurisprudence, quoique les règles de l'équité procédurale puissent être invoquées pour toutes décisions administratives affectant les droits, les privilèges ou les intérêts d'un administré, leur application ne s'étend pas aux décisions de nature législative.<sup>136</sup> De même, la théorie de l'expectative légitime n'offre aucune alternative. L'interprétation de la Cour suprême dément toute prétention contraire. L'expectative légitime ne peut pas servir à imposer un devoir de consultation et de publication à l'Administration lorsqu'elle élabore des règles et des politiques.<sup>137</sup> D'une part, cette théorie ne peut pas être utilisée pour réclamer des droits objectifs.<sup>138</sup> D'autre part, elle ne s'applique pas aux décisions purement législatives, cette expression étant largement définie et incluant non seulement le processus législatif, mais aussi l'élaboration de politiques.<sup>139</sup> Il faut cependant constater qu'il existe des avis divergents sur ce que constitue une politique. Dans

---

<sup>134</sup> Dans le cas où l'organisme n'approuverait pas les ententes, leur validité serait plus précaire. Dans la décision *Newfoundland Association of Public Employees. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)* [1996] 2 R.C.S. 3 à la p. 12, le juge Major réitéra la règle qu'il n'était pas permis de se soustraire par contrat à l'application des lois sur les droits de la personne. Les contrats à cet effet sont nuls parce qu'ils sont contraires à l'ordre public : voir *La Commission ontarienne des droits de la personne et alc. La municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202 aux pp. 213-14, juge McIntyre.

<sup>135</sup> La *Loi sur les textes réglementaire* L.R.C. 1985, c. S-22, contraint les autorités fédérales à publier les règlements mais ne les oblige pas à consulter la population sur des projets de règlement. En revanche, la loi constitutive d'un organisme peut assujettir ce dernier au devoir de consultation.

<sup>136</sup> *Knight c. Indian Head School Division No. 19* [1990] 1 R.C.S. 653 à la p. 670.

<sup>137</sup> Voir C. Roy, *La théorie de l'expectative légitime en droit administratif* (Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1993) à la p. 60.

<sup>138</sup> Voir *Assoc. des résidents Vieux St-Boniface Inc. Winnipeg (Ville)* [1990] 3 R.C.S. 1170 à la p. 1204; et *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)* [1991] 2 R.C.S. 525 à la p. 557 [ci-après *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique*].

<sup>139</sup> *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique* *supra* note 138 à la p. 558.

certaines décisions, des juges distinguent entre les actes « législatifs » et les actes « administratifs ». <sup>140</sup> Cette distinction n'est pas utile pour faire avancer le débat sur l'application de la théorie de l'expectative légitime dans le cadre de l'élaboration de politiques par l'Administration, puisque la qualification d'un acte de « décision administrative » prédétermine l'application des règles de l'équité procédurale, du moins lorsque les droits, les intérêts ou les privilèges des administrés sont affectés. <sup>141</sup> Le rappel de ces quelques règles est important, car il permet de mieux comprendre dans quelle mesure l'analyse de la mutation de la fonction régulatoire en droit public est encore peu clarifiée au Canada. <sup>142</sup>

### C. L'indifférenciation des litiges et les privilèges de puissance publique

Les modes alternatifs, notamment la conciliation et la médiation, sont désormais intégrés dans les règles de procédure ou de pratique des Cours comme des mécanismes « normaux » au même titre que la preuve par affidavit ou les interrogatoires hors cours. <sup>143</sup> Cette banalisation laisse leur utilisation potentielle à la discrétion des parties, ce qui leur confère un aspect volontariste susceptible de rassurer quant à la dénaturation de leur finalité première. Sauf quelques exceptions, les règles générales de la procédure contentieuse visent l'égalité des parties et l'application d'un régime uniforme, ce qui permet de perdre de vue, du moins de prime abord, les dimensions de droit public. Il est possible dès lors de se méprendre sur la signification réelle de la médiation en droit public et en droit administratif puisque les vertus curatives des

---

<sup>140</sup> *Sunshine Coast Parents for Frenchc. Sunshine Coast School District No. 46*(1990), 49 B.C.L.R. (2d) 252 (C.S. C.-B.); *Fureyc. Conception Bay Centre Roman Catholic School Board*(1991), 2 Admin. L.R. (2d) 263 (C.S. T.-N), inf. par (1993) 17 Admin. L.R. (2d) 46 (C.A. T.-N.).

<sup>141</sup> Voir D. Wright, « Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law » (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 139.

<sup>142</sup> Au Canada, A.D. Reid préconise l'utilisation de ces mécanismes afin d'assister les autorités publiques dans l'élaboration de politiques et non dans le cadre du règlement de litiges : voir A.D. Reid, « Seeing Regulation Differently: An ADR Model of Policy Formulation, Implementation and Enforcement » (1995-96) 9 *C.J.A.L.P.* 101.

<sup>143</sup> Le *Code de procédure civile du Québec* n'a pas encore été modifié car la magistrature préfère poursuivre des expériences-pilotes, notamment en matière civile et commerciale : voir G. Rouleau, « Médiation : médecine douce du droit » dans *Développements récents en médiation* (1996) *supra* note 21 à la p. 93.

mécanismes de type «ADR» ne sont pas limitées par des restrictions préalables.

Comme ces mécanismes de type alternatif ne font pas l'objet de modulation ou de restriction en fonction des divers champs constitutifs du droit, un phénomène d'indifférenciation en résulte. La rationalité ainsi que les règles spécifiques à chaque champ du droit positif (droit du travail, droit public, etc.) sont relativisées au profit d'une conception utilitariste et communicationnelle des différends. Le mécanisme de la conférence préparatoire en constitue un bon exemple puisqu'il peut être utilisé pour n'importe quel type de litige. Comme les avantages qu'il présente ne semblent pas connaître de limites, autres que celles proprement factuelles du litige, il est utile de réfléchir sur cette prétendue «neutralité» des modes alternatifs. Un bref rappel des finalités de ce mécanisme permet d'approfondir cette question.

Dans les nouvelles règles de la Cour fédérale, le mécanisme de la conférence préparatoire a été maintenu (r. 258–267) dans le même esprit que l'ancienne règle 491 qui en prévoyait l'existence «afin de simplifier le procès, d'abrégé l'enquête, ou de faciliter la solution de l'affaire ou de toute question en litige». En comparaison, la nouvelle règle 263 énumère de façon plus exhaustive et dans un style plus technique l'éventail des possibilités offertes à l'étape de la conférence préparatoire. En droit fédéral, ce mécanisme pourrait être davantage utilisé par les organismes administratifs autonomes ayant statut de tribunal administratif, et déjà, en 1985, la Commission de réforme du droit du Canada en recommandait l'usage extensif.<sup>144</sup> Dans sa proposition d'une *Loi fédérale sur les audiences administratives*, Justice Canada réaffirme la nécessité des conférences préparatoires pour des questions préliminaires et procédurales.<sup>145</sup> Les recherches qui ont porté sur le fonctionnement des tribunaux administratifs au Québec ont montré l'importance et l'efficacité de ce mécanisme, quitte à en préconiser l'utilisation accrue.<sup>146</sup> Dans la *Loi sur la justice administrative* le mécanisme de la conférence préparatoire est prévu (art. 125–127) et son utilisation est laissée à la discrétion du président et des membres du

---

<sup>144</sup> Canada, Commission de réforme du droit du Canada, *Les organismes administratifs autonomes*, Rapport 26, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1985 aux pp. 74, 81 [ci-après *Les organismes administratifs autonomes*].

<sup>145</sup> *Proposition en vue d'une loi fédérale sur les audiences administratives*, supra note 23 aux pp. 33-34.

<sup>146</sup> Voir le Groupe de travail sur les tribunaux administratifs, *Les tribunaux administratifs—l'heure est aux décisions* Québec, Publications du Québec, 1987; et Rapport du Groupe de travail sur l'accessibilité à la Justice, *Jalons pour une plus grande accessibilité à la Justice*, Gouvernement du Québec, Ministère de la Justice, 1991 à la p. 297.

Tribunal. Nos recherches antérieures ont signalé le taux de réussite (30 pour cent de règlements négociés) de ce mécanisme au sein de deux organismes qui ont été intégrés dans le nouveau Tribunal administratif du Québec, la Commission des affaires sociales et le Bureau de révision de l'évaluation foncière.<sup>147</sup>

Ce rappel est important car le mécanisme de la conférence préparatoire est de nature à confirmer les thèses développées par les tenants du mouvement «ADR» qui analysent le litige comme une rupture ou une absence de communication entre les parties.<sup>148</sup> Il suffit qu'un moyen préliminaire soit offert avant l'audition pour que les parties puissent établir un premier contact permettant des échanges directs, avec la perspective de gains appréciables au chapitre des solutions négociées ou des désistements. Ce qui confirme cette observation, c'est que pareil mécanisme puisse aboutir à des ententes négociées alors que sa fonction première reste la préparation de l'audience. Afin de dissiper toute ambiguïté sur la finalité procédurale de ce mécanisme, Justice Canada recommande que les règlements amiables soient exclus des conférences préparatoires.<sup>149</sup> Ce choix a pour but de préserver les règles spécifiques qui sont prévues pour le processus de règlement amiable des conflits. C'est justement parce qu'il existe une dimension de droit public que le document de consultation fait cette réserve, alors qu'en contrepartie, les nouvelles règles de la Cour fédérale offrent, à l'étape de la conférence préparatoire, «la possibilité de régler tout ou partie des questions en litige dans l'action» (r. 263(a)). Dans la phase précédant l'instruction d'une affaire, l'esprit qui anime les nouvelles règles de la Cour fédérale favorise, de toute évidence, le dénouement du litige à un coût socialement utile, sans que des précautions particulières aient été retenues en fonction de la nature de l'instance ou du droit applicable. La règle 257 prévoit d'ailleurs des séances de conciliation «Settlement Discussions» dans un délai de soixante jours afin que les avocats des parties discutent de la possibilité de régler tout ou partie des questions en litige, ainsi que la possibilité de présenter une requête en vertu de la règle 384 pour la tenue d'une conférence de règlement des litiges. L'efficacité administrative est prépondérante comme le montre de nouveaux mécanismes dont la finalité de «fermeture d'instance» est

---

<sup>147</sup> Voir «Les modes alternatifs de règlement des litiges», *supra* note 15 à la p. 120.

<sup>148</sup> Voir Applebey, *supra* note 7 à la p. 37 : «Proponents of ADR use the adversary process as a theory of fundamental distrust between the parties. The creation of trust is central to ADR».

<sup>149</sup> Voir *Proposition en vue d'une loi fédérale sur les audiences administratives*, *supra* note 23 à la p. 34.

évidente : l'examen de l'état de l'instance (r. 380), l'évaluation objective préliminaire de l'instance, ainsi que le mini-procès (r. 387).

Les nouvelles règles de la Cour fédérale ne sont pas aussi uniformes qu'on pourrait le croire puisque le statut spécial des autorités fédérales, ainsi que des dimensions de droit public, refont surface à certaines étapes de la procédure : obtention de documents en la possession d'un office fédéral (privilège de non-divulgence pour raison d'intérêt public)<sup>150</sup> (r. 317), renvois d'un office fédéral (r. 320), signification au Procureur général et à la Couronne (r. 110, 133), avis de question constitutionnelle (r. 69), interplaidoirie (r. 108), pour ne donner que quelques exemples, dont le nombre reste toutefois limité. Cette uniformité peut être la source de méprise sur le statut privilégié de la Couronne fédérale et de ses mandataires. Dans les dispositions relatives aux *Services de règlement des litiges* la règle 386 offre à la Cour fédérale la possibilité d'ordonner qu'une instance ou une question en litige fasse l'objet d'une conférence de règlement des litiges. Avec une disposition de ce type, il est utile de déterminer si un juge de la Cour fédérale peut ordonner aux parties de se soumettre à la médiation. Outre que l'aspect «contrainte» n'est pas conforme à la philosophie consensuelle des modes alternatifs, la Cour fédérale ne peut tout simplement pas ordonner à la Couronne fédérale et à ses mandataires de faire ou ne pas faire certaines choses, *a fortiori* lorsque l'action gouvernementale doit respecter des impératifs de légalité. De toute évidence, il faut revenir sur l'économie générale du droit fédéral, ainsi que sur l'immunité de la Couronne en matière d'exécution forcée.

Cette analyse requiert beaucoup de prudence, puisque dès qu'il s'agit du statut privilégié de la Couronne et de ses mandataires, il est possible d'en surestimer l'importance, tout comme à l'inverse, il ne faut pas en minimiser la portée. Deux privilèges sont en cause. Le premier, davantage connu, permet à la Couronne d'échapper à toute forme d'exécution forcée,<sup>151</sup> ce qui inclut les mesures après jugement, ainsi que celles, tout aussi importantes, qui apparaissent comme des étapes préliminaires pour le déroulement d'une instance : confiscation, rétention, séquestre, apposition de scellés, saisies avant jugement, fouille et perquisition, confection d'inventaires, vente forcée, reddition de comptes, expulsion, mainmise et main-forte, exécution provisoire,

---

<sup>150</sup> *Loi sur la preuve au Canada* L.R.C. 1985, c. C-5, art. 37-39.

<sup>151</sup> Voir *La Couronne en droit canadien*, supra note 83 aux pp. 245, 385; et J. Chitty, *A Treatise on the Law of Prerogatives of the Crown; and the Relative Duties and Rights of the Subject* Farnborough, England, Gregg, 1968 aux pp. 374 et s.

remise de cautions et injonction interlocutoire.<sup>152</sup> Pour résumer, dans le cas de réclamations ou de contestations dirigées contre la Couronne, le recours à la contrainte judiciaire pour diverses mesures destinées à protéger les droits de la poursuite est en principe exclu. Cette immunité de la Couronne contre toute forme de «specific performance» est issue des règles de common law.<sup>153</sup> Elle a été reprise dans la codification britannique de 1947,<sup>154</sup> ainsi que dans celle de 1953 au Canada : *Loi sur la responsabilité de la Couronne/The Crown Liability Act*.<sup>155</sup> Lors de la rédaction de la *Loi sur la Cour fédérale*, cette immunité a été retenue par le législateur au paragraphe 56(5),<sup>156</sup> avant que celui-ci soit abrogé lors de la réforme de 1990.<sup>157</sup> L'immunité d'exécution subsiste toutefois dans la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*<sup>158</sup> à divers titres : exclusion des actions réelles (procédures *in rem*) contre l'État (art. 14), effet déclaratoire des jugements rendus contre l'État (art. 22), et enfin, non-exécution par voie de contrainte des jugements rendus contre l'État (art. 29). Dans le règlement d'application de la loi,<sup>159</sup> certaines formes de contrainte sont toutefois admises pour les poursuites intentées devant les tribunaux provinciaux sous le régime de la Partie II de la loi : interrogatoire préalable (art. 7), production de la liste des documents relatifs à la matière en litige (art. 8) et confession de jugement (art. 9). Aucune ordonnance de cautionnement ne peut être rendue contre l'État (art. 11). L'immunité d'exécution en faveur de la Couronne est également une réalité tangible dans les «*Crown Proceedings Acts*» de plusieurs provinces anglo-canadiennes.<sup>160</sup> Au Québec, cette immunité est reconnue explicitement dans les dispositions du *Code de procédure civile* relatives «aux causes

---

<sup>152</sup> Pour la version anglaise de ces mesures issues de la terminologie civiliste, voir la note du traducteur dans la version anglaise de *Immunity From Execution* supra note 84 à la p. 1.

<sup>153</sup> Chitty, supra note 151 à la p. 376.

<sup>154</sup> *Crown Proceedings Act* 1947 (R.-U.), 10 & 11 Geo. VI, c. 44, art. 25.

<sup>155</sup> *Loi sur la responsabilité de la Couronne* S.C. 1952-53, c. 30, para. 17(1).

<sup>156</sup> *Loi sur la Cour fédérale* supra note 101.

<sup>157</sup> L.C. 1990, c. 8, art. 18.

<sup>158</sup> Supra note 95.

<sup>159</sup> *Règlement sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif (tribunaux provinciaux)*, D.O.R.S./91-604.

<sup>160</sup> Au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur les procédures contre la Couronne* N.B. 1973, c. P-18, para. 17(6); au Manitoba, *Loi sur les procédures contre la Couronne* M. 1987, c. P140, para. 16(6); en Alberta, *Proceedings Against the Crown Act* R.S.A. 1980, c. P-18, art. 25; en Ontario, *Loi sur les instances introduites contre la Couronne* L.R.O. 1990, c. P-27, paras. 14(1), 21(1); et en Nouvelle-Écosse, *An Act Respecting Proceedings against the Crown* N.S. 1989, c. 360, para. 20(5).

intéressant l'État». <sup>161</sup> Il faut retenir de ces diverses immunités qu'on ne peut pas, dans le cadre d'un litige, obliger la Couronne à faire ou ne pas faire lorsqu'elle dispose de pouvoirs discrétionnaires et qu'elle n'est pas liée par une disposition de la loi pour agir dans un sens déterminé. En ce sens, elle ne peut pas être contrainte de mettre fin à un litige par de la négociation ou de la médiation car il s'agirait d'une forme indirecte, sinon directe, d'exécution forcée.

En matière de médiation, cette immunité n'acquiert sa véritable signification que par le rapprochement avec la deuxième, issue également des règles de common law : l'immunité de principe de la Couronne contre le *set-off*. Celui-ci correspond à la compensation en termes civilistes. Plusieurs nuances doivent être faites. En common law, le *set-off* est un moyen de défense (*cross claim*) que la partie défenderesse peut opposer au demandeur dans le cadre d'une instance contentieuse. À ce titre, le *set-off* est limité à la compensation pécuniaire (comme en droit civil), ce qui oblige à le distinguer du *counterclaim* qui, comme son nom l'indique, présente pour le défendeur la possibilité de répliquer à la partie demanderesse par n'importe quelle poursuite ou réclamation. En termes de droit civil, ce moyen correspond à la demande reconventionnelle, celle-ci ayant toutefois un sens plus limité car la réclamation doit résulter de la même source que la demande principale, ou d'une source connexe (art. 172 C.p.c.). Dans les diverses lois provinciales relatives aux *Crown Proceedings* la Couronne dispose d'une immunité traditionnelle contre le *set-off*,<sup>162</sup> avec toutefois quelques adoucissements.<sup>163</sup> L'immunité n'en reste pas moins la règle pour toute demande de compensation en matière fiscale et pénale.<sup>164</sup> Au Québec, les choses se présentent sous un jour quelque peu différent

---

<sup>161</sup> Il est utile de signaler l'exclusion des mesures provisionnelles dans le *Code de procédure civile*, notamment les saisies avant jugement, le séquestre et l'injonction (art. 94.2), ainsi que l'exclusion de l'interrogatoire après jugement et de l'exécution forcée (art. 94.9). Il n'est pas possible d'utiliser des recours extraordinaires ou des mesures provisionnelles pour forcer un ministre ou un fonctionnaire à agir dans un sens déterminé (art. 100), sous réserve évidemment des dispositions relatives au mandamus (art. 844).

<sup>162</sup> British Columbia, Law Reform Commission, *Report on Set-Off* no. 97, Vancouver (B.C.), The Commission, 1988.

<sup>163</sup> La compensation est admise dans certaines lois si les deux dettes relèvent du même ministère, organisme, ou société d'État.

<sup>164</sup> Voir, par exemple, Nouveau Brunswick, *Loi sur les procédures contre la Couronne* supra note 160, para. 14(5) : «Nul ne peut se prévaloir d'une demande en compensation ou d'une demande reconventionnelle dans des procédures intentées par la Couronne pour recouvrer des impôts, taxes, droits ou amendes, ni se prévaloir, dans des poursuites de toute autre nature intentées par la Couronne, d'une demande en compensation ou d'une demande reconventionnelle découlant d'un droit ou d'une demande de remboursement d'impôts, de taxes, droits ou amendes».

puisque la compensation, ainsi que la transaction, relèvent des dispositions contenues dans le livre cinquième du *Code civil du Québec*,<sup>165</sup> une partie du *Code* à laquelle l'État est assujéti par le jeu de l'article 1376, ainsi que les organismes et autres personnes morales de droit public. Cette ouverture ne débouche pas sur une situation substantiellement différente de celle du droit anglo-canadien puisque le deuxième alinéa de l'article 1672 précise que «[l]a compensation ne peut être invoquée contre l'État, mais celui-ci peut s'en prévaloir». La Couronne fédérale peut se prévaloir de ces dispositions de droit provincial à titre de droit résiduaire relevant de la rubrique *Propriété et droits civils*, sous réserve des dérogations expresses des lois fédérales.

Avant de clarifier l'état du droit fédéral, il est utile de rappeler que cette immunité de la puissance publique contre la compensation et le *set-off* n'est pas étrangère à l'immunité d'exécution. Dans une étude publiée en 1976, Robert Décary, actuellement juge à la Cour fédérale, établissait clairement ce lien en affirmant «[s]ince as a matter of law no execution shall issue on a judgement against the Crown, a claim against the Crown is never demandable and thus is not amenable to compensation, since compensation presumes two debts that are liquidated and demandable».<sup>166</sup> En 1987, nous avons retenu la même analyse.<sup>167</sup> Même si la compensation relève en droit civil de l'extinction des obligations, le simple fait de contraindre la Couronne à liquider une dette en un temps et des circonstances qui échappent à son contrôle, réintroduit la problématique de l'exécution forcée, ou plus précisément, de l'exécution non volontaire et non désirée. Le fondement de l'immunité contre le *set-off* et la compensation n'est rien de plus que l'immunité d'exécution.

En droit fédéral, cette immunité peut être tempérée par des dispositions qui autorisent expressément les autorités administratives à compenser des dettes issues de ministères ou organismes différents. Le paragraphe 155(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*<sup>168</sup> prévoit que le «ministre compétent» responsable du paiement d'une somme due par son ministère peut recourir à la compensation par le recouvrement d'une créance devenue payable à Sa Majesté du chef du

---

<sup>165</sup> Art. 1672-82 C.c.Q. (compensation); et art. 2631-37 (transaction).

<sup>166</sup> R. Décary, «Compensation Against the Federal Crown» (1976) 22 McGill L.J. 321 à la p. 321.

<sup>167</sup> Voir *Immunity From Execution supra* note 84 à la p. 90 : «Compensation necessarily involves execution, because if A invokes it he may lead B to execute his obligation. Within this meaning, compensation takes the form of an indirect means of execution».

<sup>168</sup> *Loi sur la gestion des finances publiques* L.R.C. 1985, c. F-11.

Canada dans le cours de l'administration d'un autre ministère ou organisme. Selon paragraphe 155(4), la déduction ou la compensation ne peut être effectuée sans le consentement du ministre. Paragraphe 155(3) autorise le Receveur général à déduire ou à compenser les paiements effectués en trop à titre de salaire, de traitement ou d'allocation. Si l'autorisation expresse du Conseil du Trésor n'est pas requise pour chaque dette, ce dernier n'en a pas moins précisé les modalités administratives requises.<sup>169</sup> Lorsque des dispositions législatives fédérales, relativement nombreuses, prévoient la compensation au profit des autorités fédérales, sans que les administrés puissent en contrepartie s'en prévaloir, ces dispositions prévalent sur la généralité de l'article 155 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. L'immunité contre la compensation se matérialise désormais par des dispositions *ad hoc* dans le *corpus* des lois fédérales. Il ne faut pas également se méprendre sur «l'ouverture» offerte par l'article 155. La compensation ne peut intervenir que sur approbation administrative ce qui n'est pas conforme au scénario civiliste où elle s'opère de plein droit entre les parties (art. 1673 C.c.Q.).<sup>170</sup> Cette autorisation préalable est un rappel du principe de l'immunité.

Au terme de cette analyse, il est plus facile d'évaluer la portée des nouvelles règles de la Cour fédérale. Ces règles, de nature réglementaire, ne peuvent supprimer les privilèges et immunités de la Couronne, lesquels ne peuvent être modifiés que par la voie législative ou par le jeu de l'interprétation judiciaire, ce dernier scénario nécessitant, à toutes fins utiles, des consignes claires de la Cour suprême. En vertu de la règle 386, il est manifeste que la Cour fédérale ne peut ordonner à la Couronne fédérale et à ses mandataires de se soumettre à des *conférences de règlement des litiges*. La chose reste toutefois possible si les autorités fédérales y consentent, la possibilité de les contraindre se limitant aux organismes qui ne sont pas associés au statut spécial de la Couronne.

En effet, cette réserve à l'égard des pouvoirs de la Cour ne doit pas être interprétée de façon à exclure toute forme de médiation. En

---

<sup>169</sup> Voir, par exemple, Canada, Conseil du Trésor, *Guide d'administration financière pour les ministères et les organismes du Gouvernement du Canada* (Ottawa, Information Canada, 1973 à la p. 10.6.2.

<sup>170</sup> Art. 1673 C.c.Q. : «La compensation s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes qui sont l'une et l'autre certaines, liquides et exigibles et qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de biens fongibles de même espèce». Selon l'article 1674 : «La compensation s'opère même si les dettes ne sont pas payables au même lieu». Il est utile également de signaler l'article 1676 : «La compensation s'opère quelle que soit la cause de l'obligation d'où résulte la dette».

droit canadien, les autorités fédérales et provinciales ont délibérément retenu un régime procédural fondé sur l'application du régime de droit commun pour les autorités publiques dans chaque *Crown Proceedings Act*, ainsi que dans la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. À moins d'une disposition spéciale visant à préserver un régime dérogatoire pour la Couronne et ses mandataires, les autorités fédérales sont assujetties au même régime procédural que les particuliers. Comme la médiation a été introduite par une modification des règles de pratique de la Cour fédérale, une question de principe doit être clarifiée. Si les droits et privilèges de la Couronne ne peuvent être modifiés que par voie législative ou par le jeu de l'interprétation judiciaire, il devient donc indispensable d'examiner l'ensemble des dispositions pertinentes afin de vérifier si le mécanisme de la médiation ne porte pas atteinte à des privilèges existants ou à d'autres règles de droit public.

À défaut de pouvoir examiner l'ensemble des questions liées à l'utilisation de la médiation, cette étude montre qu'il n'est pas possible de la rendre obligatoire à l'égard de la Couronne. Dans d'autres développements de cette étude, c'est la possibilité même de transiger sur la portée ou l'application de dispositions législatives qui soulève de sérieux doutes. En Cour fédérale, c'est probablement le contentieux de la responsabilité contractuelle et quasi-délictuelle de l'État qui devrait se prêter le mieux aux exigences de la logique transactionnelle. Lorsque l'objet du litige repose exclusivement sur la fixation d'une indemnité pécuniaire, la médiation peut être appelée à jouer un rôle important afin d'éliminer des procédures longues et onéreuses. Ce n'est que dans quelques années qu'un premier bilan pourra être fait.

#### *D. La justice administrative et la diversité des fonctions administratives*

Si les règles de la Cour fédérale renvoient à des considérations plus générales en matière de contentieux administratif et de pratiques transactionnelles, le fonctionnement des tribunaux administratifs fédéraux soulève d'autres enjeux. Puisque ce domaine fait encore l'objet de consultations à des fins de réforme, plusieurs questions doivent être clarifiées. Afin d'analyser ces enjeux propres à la justice administrative, le rapprochement avec le droit américain est ce qui répond le mieux aux exigences du modèle canadien puisque la similitude du cadre institutionnel et juridique entre les grandes agences fédérales des deux pays est significative, quoique non identique. À la différence du système

américain, le modèle canadien reste marqué par la confusion relative des pouvoirs qui caractérise la tradition britannique du droit public, ce qui permet aux organismes fédéraux d'exercer des types de compétence relevant de la division tripartite des fonctions et d'entretenir des liens étroits avec toutes les autorités issues de cette trilogie traditionnelle : parlement, cabinet et ministres, cours judiciaires.<sup>171</sup> Malgré cette différence, le droit américain reste pertinent puisque la conceptualisation et la création des organismes fédéraux ont été largement inspirées du modèle américain.<sup>172</sup>

Dans ce contexte, il ne faut pas s'étonner que le document de consultation de Justice Canada aux fins de la création d'une *Loi fédérale sur les audiences administratives* reprenne les critères du droit américain pour les «processus de règlement des conflits à l'amiable».<sup>173</sup> Afin de déterminer s'il est indiqué ou contre-indiqué d'avoir recours à une solution négociée, les organismes fédéraux seraient assujettis à des exigences calquées directement sur les dispositions du *Administrative Dispute Resolution Act* de 1990 relatives aux «Alternative Means of Dispute Resolution».<sup>174</sup> La simple énumération des facteurs défavorables au règlement amiable des litiges réintroduit directement la question du droit public. À cet égard, il est utile de reproduire ce que le droit américain considère comme contre-indiqué pour l'utilisation des modes alternatifs :

- (1) a definitive or authoritative resolution of the matter is required for precedential value, and such a proceeding is not likely to be accepted generally as an authoritative precedent;
- (2) the matter involves or may bear upon significant questions of Government policy that require additional procedures before a final resolution may be made, and such a proceeding would not likely serve to develop a recommended policy for the agency;
- (3) maintaining established policies is of special importance, so that variations among individual decisions are not increased and such a proceeding would not likely reach consistent results among individual decisions;

---

<sup>171</sup> Voir les remarques du juge Dickson dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle* [1981] 1 R.C.S. 714 à la p. 728, ainsi que celles du juge La Forest dans *Douglas Kwantlen Faculty Assoc. v. Douglas College* [1990] 3 R.C.S. 570 à la p. 601 [ci-après *Douglas College*].

<sup>172</sup> Voir *Les organismes administratifs autonomes*, supra note 144.

<sup>173</sup> *Proposition en vue d'une loi fédérale sur les audiences administratives*, supra note 23 à la p. 25.

<sup>174</sup> *Administrative Dispute Resolution Act*, Pub. L. No. 101-552, 104 Stat. 2736 (codifié tel que modifié au 5 U.S.C. §§571-591 (1990)). Cette loi est généralement reproduite en annexe dans les ouvrages de droit administratif américain. Voir J.L. Mashaw, R.A. Merrill et P.M. Shame, *Administrative Law, the American Public Law System: Cases and Materials*, 3e éd., St. Paul, (Minn.), West 1992, ann. E à la p. 1160.

- (4) the matter significantly affects persons or organizations who are not parties to the proceedings;
- (5) a full public record of the proceeding is important, and a dispute resolution proceeding cannot provide such a record; and
- (6) the agency must maintain continuing jurisdiction over the matter with authority to alter the disposition of the matter in the light of changed circumstances, and a dispute resolution proceeding would interfere with the agency's fulfilling that requirement.<sup>175</sup>

Ces considérations de principe renvoient à la problématique fort connue de la polyfonctionnalité ou de la multifonctionnalité en droit administratif. Un organisme administratif autonome peut exercer simultanément des fonctions de réglementation et de formulation de politiques, d'attribution de permis ou de licences, de contrôle et d'inspection, de gestion, et enfin, de règlement des plaintes et litiges. L'utilisation de méthodes dites alternatives requiert prudence et discernement à la lumière des nombreux enjeux politiques, administratifs, économiques, sociaux et juridiques. Il est symptomatique de constater que, même en droit américain, terre par excellence des formules alternatives de règlement des différends, le législateur a fixé des balises pour les agences fédérales. L'examen attentif de ces critères fait ressortir de façon explicite la dimension proprement politique du travail des grandes agences fédérales, ce qui rend impossible la confusion des enjeux publics avec l'idée d'une justice privée fonctionnant au seul avantage des parties directement intéressées. Pour l'utilisation des mécanismes de type «ADR», il n'est pas possible de transposer sans nuance des considérations de droit privé et commercial dans ce qui constitue le «public litigation». Si la confidentialité peut être la règle en droit privé, la transparence et la publicité doivent, au contraire, primer en droit public.

Comme la notion d'ordre public n'existe pas en droit anglo-américain, il ne faut pas s'étonner de son absence sur la liste des critères proposés par l'*Administrative Dispute Resolution Act*. L'existence de cette notion en droit canadien oblige à un questionnement lucide sur la question. Suivant la philosophie qui a prévalu jusqu'ici, il ne peut être dérogé aux règles qui intéressent l'ordre public ou aux lois dites «d'ordre public». Ce critère devrait être retenu par Justice Canada en vue d'une *Loi fédérale sur les audiences administratives*. Le risque potentiel de voir «l'ordre public social» être réduit à des fins pédagogiques et

---

<sup>175</sup> *Administrative Dispute Resolution Act* supra note 174 §572(b).

propédeutiques<sup>176</sup> est trop évident pour permettre d'improviser selon la nature des dossiers. À brève échéance, c'est la cohérence interne du droit fédéral qui serait menacée. Comme le remarque le Professeur Ouellette, il y a «matière à réflexion sur l'opportunité de permettre à des fonctionnaires de concilier, à leur discrétion, des intérêts qui ne sont pas les leurs, que ce soit le patrimoine public ou l'intérêt public». <sup>177</sup> Il est utile de rappeler que seul le Parlement peut annuler ou modifier tous pouvoirs, droits ou avantages attribués par une loi fédérale.<sup>178</sup> Même si le pouvoir de transiger ou de négocier peut se déduire de l'existence de la personnalité morale,<sup>179</sup> cette qualité existe d'abord pour la conduite des affaires relevant des obligations et du patrimoine propres à un organisme administratif, et non pas pour négocier la portée de dispositions législatives. Sur ce point, les organismes fédéraux doivent rester prudents en l'absence d'une *Loi de procédure en matière de justice administrative*.

Comme le montre l'exemple du Tribunal administratif du Québec où la conciliation est laissée à la discrétion du président et des membres du Tribunal,<sup>180</sup> de nombreuses questions surgissent sur l'utilité de balises précises. Certes, la pertinence d'une solution négociée requiert une évaluation discrétionnaire du dossier en tenant compte de l'ensemble des facteurs : nature du litige, nombre et identité des parties, cadre juridique, éléments factuels, décisions antérieures sur des situations similaires, enjeux politiques, transparence et publicité, opportunité du processus décisionnel, avantages budgétaires et financiers, longueur anticipée des négociations eu égard à la nature des points contestés, marge de pouvoir discrétionnaire laissée à l'autorité administrative et, enfin, la nature administrative ou juridictionnelle de la procédure suivie. Si ces habilités peuvent être celles d'un juge, il est légitime de s'interroger sur le degré de latitude qui peut être laissé au conciliateur ou au médiateur, surtout si ce tiers ne relève pas du personnel spécialisé de l'organisme. En droit américain, ce «neutral» peut être un employé permanent ou temporaire du Gouvernement

---

<sup>176</sup> Voir «Les modes alternatifs de règlement des litiges», *supra* note 15 à la p. 132. Un questionnement du même type a été esquissé dans l'étude de Karakatsanis, *supra* note 13 à la p. 135.

<sup>177</sup> Y. Ouellette, *Les tribunaux administratifs au Canada* Montréal, Thémis, 1997 à la p. 211. Voir également Yvan Bousquet, *La conciliation et l'administration publique, Actes de la XIIIe conférence des juristes de l'État* Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1998 à la p. 262.

<sup>178</sup> *Loi d'interprétation* L.R.C. 1985, c. I-21, para. 42(1).

<sup>179</sup> *Ibid.* art. 21(1)a.

<sup>180</sup> *Loi sur la justice administrative* *supra* note 3, art. 120.

fédéral, tout comme il peut être «any other individual who is acceptable to the parties to a dispute resolution proceeding».<sup>181</sup> Malgré l'existence de «standards» publics pour ces tiers intervenants ou de codes d'éthique, la nature spécifique du droit public requiert un processus d'homologation ou de reconnaissance par l'organisme administratif qui le parraine. Il est indispensable qu'un membre de l'organisme ayant le statut de juge administratif puisse revoir attentivement les termes d'une entente. Comme il s'agit de droit public, il est également légitime de s'interroger sur la possibilité que ces ententes puissent devenir des décisions au même titre que celles rendues dans le cadre de l'exercice d'une fonction juridictionnelle. Il est difficile de concevoir que dans des matières dites «publiques», les modes alternatifs puissent être utilisés pour le seul avantage des parties. L'alternativisme et l'informalisme constituent les fondements d'une justice secrète, non publicisée, exclusive, dont la portée à l'égard des tiers reste mal clarifiée en droit canadien. Si le contractualisme constitue l'un des fondements de la conciliation, faut-il en étendre la portée au point de réduire considérablement la signification des principes élaborés par un tribunal administratif aux fins d'un ordre public social ou économique? Au Québec, l'entente conclue au terme d'un processus de conciliation devient à l'issue d'un réexamen, une «décision» officielle du Tribunal administratif du Québec.<sup>182</sup> Cette «homologation interne» offre l'avantage de l'opposabilité à l'égard des tiers, de la transparence et de la publicité, de la cohérence décisionnelle, ainsi que la possibilité de recourir à l'exécution forcée. Non seulement le droit américain n'offre rien de comparable, mais il insiste trop ostensiblement sur la confidentialité, ce qui laisse présumer une conception de la conciliation-médiation trop exclusivement orientée vers les seuls intérêts des parties.<sup>183</sup>

À la lumière de cette analyse comparative, il est plus facile d'évaluer les propositions du document de Justice Canada relatif à l'élaboration d'une *Loi fédérale sur les audiences administratives*. Au chapitre de l'ordre public, deux suggestions formulées dans la rubrique «Règlement des conflits à l'amiable» concourent au renforcement de l'autorité de la loi pertinente pour l'issue du litige : (1) En cas d'incompatibilité, les dispositions législatives régissant la question

---

<sup>181</sup> *Administrative Dispute Resolution Act* supra note 174 §573(a).

<sup>182</sup> *Loi sur la justice administrative* supra note 3, art. 124; l'accord intervenu entre les parties est «entériné par le Tribunal, met fin à l'instance et devient exécutoire comme une décision de celui-ci».

<sup>183</sup> *Administrative Dispute Resolution Act* supra note 174 §573(a).

soulevée l'emporteraient en autorité sur celles relatives au règlement amiable des litiges de la future *Loi sur les audiences administratives*(2) L'organisme et son personnel ne seraient pas autorisés à aider les intervenants à conclure une entente incompatible avec l'esprit ou les dispositions de la loi pertinente pour l'issue du litige.<sup>184</sup> En dépit de leur utilité, ces solutions restent insuffisantes car il n'est pas prévu que l'organisme puisse censurer des accords contraires à l'ordre public. Certes, pour des motifs identiques à ceux du droit américain, il est prévu en amont, avant l'étape de la conciliation-médiation, que l'organisme puisse refuser une formule alternative.<sup>185</sup> Par contre, en aval, rien n'a été suggéré quant à la nécessité de superviser les ententes intervenues quant à leur autorité ou leur portée pour la cohérence décisionnelle, ce qui constitue une lacune importante. Il faut toutefois noter que l'organisme pourrait, en cours de négociations, utiliser son pouvoir discrétionnaire pour interrompre le processus afin de rendre une décision conforme à la procédure normale.<sup>186</sup> Le document de consultation n'étant pas d'une clarté suffisante, il semblerait qu'en cas d'impasse persistante pour certains points en litige, une affaire soumise au processus de conciliation-médiation pourrait être renvoyée à l'organisme en vue d'une décision finale. Cette décision serait alors assimilée à une demande d'ordonnance par consentement,<sup>187</sup> laquelle ferait l'objet de dispositions spécifiques dans la future *Loi sur les audiences administratives*. Dans cette perspective, l'organisme ne pourrait pas rendre une ordonnance contraire à la loi,<sup>188</sup> alors qu'en contrepartie, on ne peut que rester perplexe sur le cadre juridique applicable aux solutions négociées. La partie consacrée au *Processus de règlement des conflits* (sic) à l'amiable serait conçue comme indépendante du reste de la loi, ce qui rendrait inopérantes les autres

---

<sup>184</sup> Voir *Proposition en vue d'une loi fédérale sur les audiences administratives* *supra* note 23 aux pp. 25, 27.

<sup>185</sup> *Ibid.* à la p. 26.

<sup>186</sup> *Ibid.* à la p. 28 : «Le responsable du processus de négociation-conciliation doit, à la demande de l'organisme, l'informer de l'évolution du dossier sans en dévoiler le contenu. C'est dans ce contexte que l'organisme pourrait en cas de lenteurs ou d'impasse dans les négociations, mettre fin à cette formule de règlement amiable».

<sup>187</sup> *Ibid.* à la p. 29.

<sup>188</sup> *Ibid.* à la p. 24 : «Selon le document de consultation, un organisme serait tenu de refuser une ordonnance par consentement lorsque les modalités de cette ordonnance seraient contraires aux dispositions de la loi pertinente pour le litige, ou encore, si ces modalités n'en respecteraient pas l'esprit général et l'objet».

dispositions de la *Loi sur les audiences administratives*, sous réserve de dérogations.<sup>189</sup>

D'autres lacunes peuvent également être signalées, surtout en ce qui concerne le statut des amiables compositeurs appelés à faire de la conciliation, de la négociation, de la médiation et des transactions. Deux correctifs s'imposent. Comme le montrent les exemples du Tribunal administratif du Québec<sup>190</sup> et de la Commission des lésions professionnelles,<sup>191</sup> un code de déontologie devrait être élaboré pour les conciliateurs, car le document de Justice Canada reste très vague sur l'identité de ces intercesseurs appelés à offrir leurs bons offices. Par ailleurs, même s'il est prévu dans le document de Justice Canada que ce «tiers impartial» ne serait pas contraignable, ni autorisé à communiquer des renseignements obtenus dans un processus de règlement amiable, il est indispensable d'être prudent. Non seulement faut-il prévoir expressément sa non-contraignabilité devant une cour judiciaire ou un tribunal administratif, mais encore faut-il exclure toute possibilité de poursuite en justice contre ce «tiers impartial» pour un acte accompli de bonne foi dans l'exercice de ses fonctions. En fait, les «protections et privilèges» prévus dans le document de consultation pour les membres d'un organisme<sup>192</sup> devraient couvrir également le personnel de ces organismes, ainsi que les «tiers» impliqués dans le règlement amiable des litiges. Point positif, le document de Justice Canada exclut, sous certaines conditions, la participation de ces tiers à la reprise de l'instance en cas d'échec des négociations. Il est prévu notamment qu'ils ne seraient pas admis à participer aux délibérations consécutives ni à la rédaction des motifs.<sup>193</sup>

Dans le document de Justice Canada, un dernier élément, et non des moindres, mérite réflexion. Si l'organisme peut offrir le personnel et les autres ressources nécessaires afin de faciliter le règlement amiable des litiges, il est prévu en contrepartie, qu'il «ne devient pas lui-même

---

<sup>189</sup> *Ibid.* à la p. 25.

<sup>190</sup> *Loi sur la justice administrative* *supra* note 3, art. 76 : «Le président doit édicter un code de déontologie applicable aux conciliateurs et veiller à son respect».

<sup>191</sup> *Loi instituant la Commission des lésions professionnelles et modifiant diverses dispositions législatives* L.Q. 1997, c. 27, art. 426 (modifiant la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* L.R.Q. 1986, c. A-3.001) : «Le président doit édicter un code de déontologie applicable aux assesseurs et aux conciliateurs et veiller à son respect».

<sup>192</sup> Voir *Proposition en vue d'une loi fédérale sur les audiences administratives* *supra* note 23 à la p. 68.

<sup>193</sup> *Ibid.* à la p. 28.

une partie au processus de règlement». <sup>194</sup> Cette réserve a pour effet d'exclure les organismes fédéraux de ce type de processus, alors qu'ils sont en réalité impliqués directement dans un nombre substantiel de litiges relatifs à des révocations ou suspensions de permis. Cette exclusion a pour effet de préserver leur fonction de police administrative de toute forme de compromission, ce qui peut être interprété comme un élément positif pour l'autorité et la portée des lois fédérales. Avec cette exception, le scénario déjà observé pour l'utilisation de la conciliation-médiation en droit administratif semble se répéter : ces modes alternatifs permettraient à l'Administration de départager des parties privées sans que ses propres droits et intérêts puissent être affectés. <sup>195</sup> Cette exclusion risque toutefois d'être compromise par la participation potentielle d'autres personnes morales de droit public, notamment les ministères et organismes fédéraux à des litiges susceptibles d'être déferés en conciliation. Dans cette perspective, il faudra tenir compte de la problématique déjà esquissée sur le statut juridique de la Couronne et de ses mandataires en droit canadien. Dans le cadre d'un processus de règlement amiable, la présence de parties privées et publiques, dont les statuts et pouvoirs divergent souvent de façon significative, confère une autre dimension au cadre juridique de la conciliation-transaction. À cet égard, les obligations qui pèsent sur des organismes publics excluent d'emblée diverses considérations de ces processus informels de négociation. De toute évidence, la question du statut juridique de l'Administration fédérale ne peut être éludée et c'est probablement ce statut qui risque de réintroduire tout ce que la littérature de type ADR oblitère ou occulte.

Le projet d'instaurer une *Loi fédérale sur les audiences administratives* ne vise que la procédure de règlement des litiges sans tenir compte de la spécialisation des organismes fédéraux. Selon des critères largement connus, ces derniers, s'ils sont considérés comme des tribunaux administratifs, peuvent être classés comme purement juridictionnels ou polyfonctionnels. Si la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, ainsi que la Commission nationale des libérations conditionnelles, correspondent à la première catégorie, les polyfonctionnels, plus proches du modèle nord-américain des grandes agences fédérales, sont largement représentés par des organismes du type CRTC. Aux fins d'une analyse ayant pour objet la conciliation-médiation, il ne faut pas négliger la diversité des fonctions

---

<sup>194</sup> *Ibid.* à la p. 25.

<sup>195</sup> Voir «Zéro contentieux», *supra* note 15 à la p. 85.

administratives. Le document de Justice Canada est orienté vers l'exercice de fonctions quasi-judiciaires ou juridictionnelles, ce qui ne correspond pas à des scénarios où un organisme administratif de type polyfonctionnel est appelé à remplir d'autres fonctions.<sup>196</sup> Comme le montre une étude de la Commission de réforme du droit, les auteurs ne s'entendent pas sur une typologie complète des divers types de fonctions administratives, et la diversité reste la règle.<sup>197</sup> Pour évaluer les enjeux de la conciliation et des formules fondées sur la négociation, le cadre juridique peut varier substantiellement selon le type de fonction exercée, cette modulation pouvant survenir au sein d'un même organisme.<sup>198</sup> Afin de dresser un portrait de l'Administration fédérale, l'éclatement de type polycentrique reste la règle. Par la diversité de leurs mandats, pouvoirs, statuts et fonctions, les organismes autonomes ne peuvent faire l'objet d'une représentation uniforme afin de mesurer les avantages et les difficultés qui découlent du recours à des formules dites «alternatives». Même en se limitant au règlement des différends, les enjeux ne seront pas du même type s'il s'agit d'un mécanisme de plaintes (Commission canadienne des droits de la personne, Office des transports du Canada, Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada, d'un litige de type contradictoire opposant des parties privées (Conseil canadien des relations du travail) ou d'un litige opposant les autorités fédérales à des employés de la Fonction publique (Commission des relations de travail dans la Fonction publique), à des prestataires (Commission d'appel des pensions, Tribunal d'appel des anciens combattants) ou à des entreprises (Offices des appels relatifs aux permis de pêche de l'Atlantique et du Pacifique, Tribunal de la concurrence).<sup>199</sup>

Ces contraintes subtiles et nombreuses dépendent étroitement du cadre juridique. Dès lors, il ne faut pas s'étonner des progrès de la conciliation dans des domaines où les dimensions plus proprement factuelles ou monétaires sont déterminantes pour l'issue d'un litige. La

---

<sup>196</sup> Voir P. Issalys, «La régulation par un organisme administratif autonome comme modèle de contrôle et de participation» (1983) 24 C. de D. 831.

<sup>197</sup> Voir F.F. Slatter, *Le Parlement et les organismes administratifs* (Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1982 aux pp. 9-21).

<sup>198</sup> Outre le type de fonction, il faut évaluer la nature de l'organisme, les contraintes de sa loi habilitante, l'existence de sa qualité de personne morale, les lois dont-il a pour mission de contrôler l'application et, éventuellement, les liens de subordination à un ministère ainsi que le statut de mandataire de la Couronne (cette dernière hypothèse est exclue pour les tribunaux administratifs à cause des exigences de l'indépendance et de l'impartialité).

<sup>199</sup> Voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

recension proposée dans la première partie de cette étude confirme cette tendance. Trois champs se dégagent plus facilement : (1) Contrats d'approvisionnement et gestion; (2) Relations de travail; (3) Environnement. Pour ce dernier champ, des considérations plus proprement matérielles liées au choix d'un site ou d'un corridor pour une route, une ligne de transmission ou un tunnel favorisent l'utilisation de mécanismes de négociation et de conciliation entre les parties intéressées. Il ne faut pas toutefois entretenir trop d'illusions, puisque même dans des domaines où des considérations monétaires et économiques peuvent paraître prépondérantes, comme par exemple tout ce qui relève de la détermination d'un tarif, d'un prix, d'une indemnité ou d'une prestation, le cadre du litige reste prédéterminé par la législation et la réglementation, voire les termes d'une convention collective.<sup>200</sup> À titre d'exemple, les tarifs en matière de télécommunications font appel à des considérations autres que pécuniaires : les modifications d'un réseau de télécommunications, les usages d'un circuit d'interconnexion de réseaux ainsi que les circuits de réserve. À titre comparatif, l'idéologie de pacification des rapports sociaux que sous-tend l'utilisation des modes alternatifs trouve un terrain plus propice dans le règlement des conflits publics. L'affaire *Royal Oak Mines* est un bon exemple puisque le contexte factuel du litige montre que la cinquième et dernière décision du CCRT dans le conflit de la mine Giant à Yellowknife plaçait les parties devant le recours à la médiation exécutoire en cas d'impasse pour le règlement des derniers points en litige.<sup>201</sup> Il est utile de relire attentivement l'analyse du juge Cory sur l'expertise du Conseil relative aux relations de travail, un «domaine dynamique, complexe et délicat» qui requiert beaucoup de «compétences et d'expérience».<sup>202</sup> En dépit du fait qu'il s'agissait pour cette affaire de négociations collectives, un domaine à la fois singulier et original à bien des égards, il est vraisemblable de supposer que

---

<sup>200</sup> Afin de mesurer les contraintes qui prédéterminent l'exercice des pouvoirs du CRTC, voir à titre d'exemple : *British Columbia Telephone Coc. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739.

<sup>201</sup> *Royal Oak Mines Inc.c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*[1996]1 R.C.S. 369, 385-86.

<sup>202</sup> *Ibid.* à la p. 403. Voir également *Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514. Prince Rupert Grain Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 432 aux pp. 450-51 où le juge Cory, toujours à propos du CCRT affirme : «En résumé, la loi impose au Conseil l'obligation formelle de déterminer si l'unité de négociation proposée est habile à négocier. Cela exige du Conseil qu'il mette à profit ses compétences et ses connaissances spécialisées dans le domaine des relations du travail. Il doit prendre sa décision en fonction des faits qui lui sont soumis et non dans l'abstrait».

l'expertise technique et scientifique de nombreux tribunaux administratifs fédéraux pour l'appréciation d'enjeux extra-juridiques jouera un rôle déterminant dans la progression de formules alternatives comme la négociation, la conciliation et la médiation. Dans les domaines de pointe de la technoscience, le centre de gravité d'un litige peut échapper plus facilement aux balises traditionnelles du droit.

En définitive, s'il faut spéculer sur le développement potentiel de la conciliation en droit administratif fédéral, les tribunaux administratifs seront appelés, de façon plus significative que le domaine des contrats et de la gestion, à jouer un rôle important afin de concilier la pression du droit avec les nouveaux impératifs issus des technosciences. Si la conciliation-médiation restent fortement imprégnées par un «substrat mythologique lié à la non-violence»,<sup>203</sup> la véritable médiation sera davantage le produit de subtils compromis entre le droit et d'autres disciplines, ce qui réintroduit par la problématique de l'interdisciplinarité, l'originalité de la justice administrative.

#### IV. CONCLUSION

L'inventaire des diverses expériences de conciliation et de médiation dans l'Administration fédérale correspond au but initial de cette étude. Dans la perspective d'une date butoir, celle de 1998, le nombre limité des expériences tentées par quelques ministères et organismes fédéraux ne laisse pas augurer, du moins pour la décennie actuelle, des bouleversements ou des transformations majeures dans le fonctionnement des institutions administratives. Ce constat est donc relativement neutre, en ce sens que rien ne permet d'accréditer l'idée d'une progression exponentielle des modes alternatifs, tout comme à l'inverse, rien ne justifie, dans l'immédiat, des scénarios pessimistes sur la précarisation de la règle de droit dans un univers dominé par les pratiques transactionnelles. L'évolution ultérieure du droit et des institutions pourrait toutefois transformer les usages et les pratiques, ce qui projette davantage ces modes alternatifs dans le futur. À défaut de pouvoir anticiper la suite des événements, l'apparition des modes alternatifs en droit administratif oblige néanmoins à envisager des formes nouvelles de régulation en droit public.

Un premier constat s'impose : la progression des modes alternatifs favorise la diversification, ainsi qu'un plus grand raffinement des modes de régulation de la puissance publique dans un contexte

---

<sup>203</sup> É. Le Roy, «La médiation mode d'emploi» (1995) 29 Dr. & S. 39 à la p. 47.

dominé par l'éclectisme et la recherche de nouvelles formules. À cet égard, les modes alternatifs ne seraient tout au plus qu'un reflet des transformations de l'action administrative. La nouveauté apparente du phénomène ne simplifie pas les choses puisqu'elle rend difficile une mise à distance ou toute autre forme de recul afin de mesurer correctement l'ensemble des enjeux. Bien plus que l'émergence des modes alternatifs en droit public, c'est davantage l'apparition de certains mythes et de plusieurs interrogations dont il faudrait faire l'analyse.

Pour le domaine du mythe, la progression de ces formules alternatives peut conduire à de réelles méprises quant à l'instauration d'un ordre juridique conventionnel, notamment quant à son importance et sa nouveauté. Cette projection résulte d'une erreur chronologique qui, par négation implicite du passé récent, associe le développement du contractualisme à la post-modernité ou au néo-libéralisme. Cette apparence de nouveauté n'est en fait qu'une illusion puisque le contrat est un procédé classique de la gestion publique : Administration contractante et Administration souveraine coexistent depuis plusieurs décennies dans les ouvrages de droit administratif des pays occidentaux. Le véritable démarrage du contractualisme résulte en réalité de l'avènement de l'État providence avec l'instrumentalisation croissante du droit afin d'atteindre des objectifs économiques et sociaux, ce qui a entraîné une diversification des procédés, ainsi que la transformation de techniques plus classiques.<sup>204</sup> Le contrat administratif en est un bon exemple puisqu'il est devenu progressivement une technique de gouvernement<sup>205</sup> afin de promouvoir des objectifs et favoriser des ajustements.<sup>206</sup> La progression de l'État providence a déstabilisé la conception classique du droit en le privant de ses caractéristiques traditionnelles : la permanence, la généralité, l'unité, et la hiérarchisation des règles ont été en partie sacrifiées aux exigences nouvelles d'un droit éclaté, «en mille morceaux», au caractère technique très accusé.<sup>207</sup> Le «bricolage conventionnel» en est une illustration

---

<sup>204</sup> C.-A. Morand, «La contractualisation du droit dans l'État providence» dans F. Chazel et J. Commaille, dirs., *Normes juridiques et régulation sociale* Coll. «Droit et Société», Paris, L.G.D.J., 1991, 139 à la p. 143.

<sup>205</sup> T. Daintith, «Regulation by Contract: The New Prerogative» (1979) 32 *Curr. Leg. Probs.* 41 à la p. 59.

<sup>206</sup> Sur le contrat administratif comme instrument de régulation : voir A. Lajoie, *Contrats administratifs : jalons pour une théorie* Montréal, Thémis, 1984 à la p. 5; sur le contrat administratif à titre de moyen de l'action gouvernementale, voir P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale* Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997 aux pp. 874-77.

<sup>207</sup> J. Chevallier, *L'État de droit* Coll. «Clefs», Paris, Montchrestien, 1992 à la p. 113.

puisque la finalité première du contrat peut faire plus facilement l'objet de diverses mutations afin d'unir rationalité budgétaire, impératifs de gestion et application des politiques publiques.<sup>208</sup> Depuis plusieurs décennies, la littérature juridique est ponctuée par de nombreuses études sur la progression des formules contractuelles en droit administratif. Pour la production anglophone et francophone, leur nombre est trop important pour en faire une recension exhaustive.<sup>209</sup> Ce qu'il faut en déduire, c'est la constante progression de formes moins contraignantes de l'action administrative qui résultent de diverses transformations de la technique juridique dans les sociétés occidentales pour le dernier quart du XXe siècle.<sup>210</sup> Bien plus qu'une transformation, il s'agit de diversification où coexistent, pour l'interventionnisme étatique, les formules traditionnelles et alternatives. Les modes alternatifs apparaissent ainsi comme un élargissement, ou le signe d'une progression du contractualisme, sans qu'on puisse dresser le constat d'une rupture. Ce qui peut toutefois donner l'illusion de la nouveauté, c'est le discours sur la contractualisation de l'ordre juridique,<sup>211</sup> d'où la nécessité de faire la distinction entre les techniques contractuelles et la rhétorique dont elles font l'objet.

Si la rupture ne résulte pas du contractualisme à titre de mode d'intervention de la puissance publique, il faut la chercher ailleurs, notamment dans la gestion des litiges et des conflits. Les liens entre conciliation-médiation et régulation sociale sont trop évidents pour ne pas constater cette transformation du rôle des appareils administratifs et judiciaires dans le traitement de la litigiosité. Ici encore, non pas transformation, mais diversification des finalités de la fonction juridictionnelle. Si la négociation et le rétablissement de la dimension communicationnelle deviennent progressivement des impératifs dans la gestion des litiges, le rôle du juge évoluera vers une plus grande polyvalence, la figure d'Hercule, celle du conseiller judiciaire, succédant

---

<sup>208</sup> Voir R.P. McAfee et J. McMillan, *Incentives in Government Contracting* Toronto, University of Toronto Press, 1988 à la p. 65.

<sup>209</sup> Dans une thèse non publiée, le Professeur Sestier de l'Université Jean-Moulin-Lyon III a fait une importante analyse du phénomène conventionnel en droit administratif français : J.-F. Sestier, *Le développement des techniques administratives conventionnelles* thèse pour le doctorat d'État en droit, Lyon, Université Jean-Moulin, Lyon III, 1988.

<sup>210</sup> Sur le rôle des pouvoirs publics dans l'exercice de missions quotidiennes de négociation, de conciliation et de compromis, voir P. Amselek, «L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales» [1982] R.D.P. 275 aux pp. 287-93.

<sup>211</sup> Sur l'ordre juridique conventionnel et la «mode contractuelle», voir J. Caillousse, *Introduire au droit*, 3e éd., Coll. «Clefs», Paris, Montchrestien, 1998 aux pp. 101, 122.

à Jupiter, figure d'autorité et de puissance.<sup>212</sup> Cette modification dans la conceptualisation des litiges, différends et conflits, est annonciatrice de la recomposition de la fonction juridictionnelle. La progression des modes non contentieux ne signifie aucunement l'abandon du paradigme traditionnel du jugement, mais l'élargissement à de nouvelles formules qui font l'objet d'un surinvestissement symbolique et discursif. À titre de rhétorique de l'apaisement et de la pacification des rapports sociaux, les modes alternatifs reposent ainsi sur des «tropismes réducteurs» qui opposent volontiers ce qui est officiel, centralisé et institutionnalisé, à l'informalisme, à la post-modernité, à la liberté et à la convivialité.<sup>213</sup> Il en résulte parfois des illusions sur la liberté des parties belligérantes afin qu'elles puissent s'affranchir des contraintes du droit positif, à plus forte raison lorsque les acteurs ne mesurent pas la différence entre déjudiciarisation et déjuridicisation.<sup>214</sup> Cette étude suffirait à le montrer. D'autres ambivalences apparaissent également puisque les modes non contentieux de règlement des litiges en droit administratif ne sont pas nécessairement des «alternatives» à la gestion institutionnelle des litiges. Lorsque les services de médiation et de conciliation sont offerts à des parties privées par des institutions administratives ou judiciaires, est-il possible d'entretenir l'illusion de «modes alternatifs» ou d'une véritable «déjudiciarisation»? Il serait utile de réfléchir sur la diversité de la terminologie française, qui au-delà de l'acronyme «ADR», pose clairement l'existence de finalités qui relèvent de registres différents : «modes alternatifs», «modes non contentieux», «modes non juridictionnels», «solutions de rechange», «règlement amiable», «déjudiciarisation», «solutions extra-judiciaires». La prolifération des termes contribue au brouillage des pistes et à l'occultation des enjeux, dont les plus importants sont incontestablement la discrète récupération dont les modes alternatifs font l'objet par les professionnels du droit et les institutions administratives. Si les modes alternatifs sont progressivement intégrés par l'appareil judiciaire et administratif, l'alternativisme devra être repensé afin d'introduire des nuances

---

<sup>212</sup> Voir F. Ost, «Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge» dans P. Bouretz, dir., *La force du droit : Panorama des débats contemporains*, Coll. «Philosophie», Paris, Esprit, 1991, 241 à la p. 249; et F. Ost, «Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée» dans G. Timsit, A. Claisse et N. Belloubet-Frier, dirs., *Les administrations qui changent : Innovations techniques ou nouvelles logiques?* Coll. «Politique d'aujourd'hui», Paris, Presses Universitaires de France, 1996, 73.

<sup>213</sup> L. Assier-Andrieu, *Le droit dans les sociétés humaines*, Coll. «Essais et Recherches», Paris, Nathan, 1996 à la p. 182.

<sup>214</sup> Voir Y.-M. Morissette, «(Dé)judiciarisation, (dé)juridicisation et accès à la justice» (1991) 51 R. du B. 585 aux pp. 589-93.

devenues indispensables. S'il est incontestable que la médiation soit associée à une offre marchande de services, il ne faut pas, en revanche, entretenir d'illusions sur son intégration progressive dans diverses formes de procédures administratives, avec personnel spécialisé à l'appui.

Enfin, une interrogation subsiste sur la compatibilité de ces pratiques transactionnelles avec les exigences de l'État de droit et la primauté du droit. La progression des modes alternatifs peut laisser craindre le pire dans des domaines où doivent prévaloir l'ordre public et les garanties minimales. Non seulement pour les groupes les plus vulnérables, mais pour la cohérence et la stabilité de la règle de droit, le développement de pratiques administratives fondées sur des compromis, des arrangements et des accommodements ne laisse-t-il pas augurer «[l]a grande braderie de la médiation»<sup>215</sup> ou, pire encore, la descente dans «l'enfer marchand»?<sup>216</sup> Selon les clichés colportés par les manuels du type *Mediation: How it Works?*, les différents types de mécanismes associés aux modes alternatifs apparaissent pourtant comme des pratiques simples, inoffensives, voire banales, au point que les professionnels du droit se trouvent obnubilés par l'apparence de facilité, avec l'absence corrélative de toute réflexion critique. Cette attitude est peut-être plus problématique que les pratiques elles-mêmes, puisque cette étude confirme que le droit administratif, comme d'autres domaines du droit, est simplement à l'étape de l'expérimentation. Rien ne justifie pour l'instant des scénarios pessimistes sur le déclin de l'ordre normatif classique dans ses attributs traditionnels fondés sur la permanence, l'abstraction, la généralité et l'intemporalité. Fait plus significatif, cette étude révèle l'existence de clivages dans les modes alternatifs, voire à la limite, un tableau un peu décousu en fonction des divers champs de l'action administrative, ce qui confirmerait l'impossibilité scientifique d'en arriver à des conclusions péremptoires sur la pertinence de ces «solutions de rechange». Le juriste est ainsi renvoyé à un portrait éclaté, à cet égard très «post-moderne», tant pour les divers champs constitutifs du droit qui ne peuvent être confondus, que pour le droit administratif lui-même, également fracturé, miniaturisé, selon la nature des organismes et des fonctions. Cette parcellisation pourrait conforter l'idée d'un droit fragmenté qui ruinerait d'avance toute possibilité de synthèse, cantonnant ainsi praticiens et chercheurs à la micro-analyse.

---

<sup>215</sup> Guillaume-Hofnung, *supra* note 20 à la p. 126.

<sup>216</sup> Le Roy, *supra* note 203 à la p. 40.

Mais au-delà de ces difficultés, l'introduction des modes alternatifs dans le règlement des litiges inaugure des formes nouvelles de régulation.<sup>217</sup> Non pas l'abandon de celles qui existent déjà, mais une plus grande diversification, qui loin de se traduire par une menace pour l'État de droit, pourrait tout au contraire, en constituer un raffinement supplémentaire. La négociation suppose l'idée d'adaptation. Une littérature moins connue qui a pour objet le thème *compliance* insiste sur l'inefficacité des mécanismes classiques de sanctions dans certains domaines de l'action administrative.<sup>218</sup> Elle tente de démontrer que la négociation raisonnée avec les acteurs sociaux pourrait potentiellement donner de plus grands résultats. Dans cette perspective relationnelle et communicationnelle, la règle de droit atteindrait ainsi un degré de réalisation ultime par sa transposition exacte à des situations factuelles complexes. Loin d'être diluée, cette règle pourrait être plus efficace par l'adhésion et la participation des acteurs, le volontarisme ayant ainsi pour effet de pallier à l'inefficacité ou à l'inadaptation de l'unilatéralité pure de la loi ou de la réglementation. Le célèbre et très controversé projet de loi C-62, *Loi sur l'efficacité de la réglementation*<sup>219</sup> est une illustration de cette recherche de formules alternatives. Dans certains domaines, ce pari semble difficile puisque des normes minimales, déjà insuffisantes comme le montre l'exemple type de l'environnement, pourraient être revues à la baisse ou leur application différée dans le temps pour que les entreprises puissent en amortir les coûts. De même, les autorités politiques, dans le contexte de la globalisation, pourraient être tentées d'échapper à certaines contraintes ou engagements par des compromis ou des «arrangements».

Entre le perfectionnement de l'ordre normatif par l'implication directe des acteurs et sa dénaturation qui pourrait résulter d'une vision

---

<sup>217</sup> Sur le thème des transformations de l'Administration et de ses modèles, voir les nombreux travaux du Professeur Timsit, notamment : G. Timsit, «Les nouveaux modèles d'administration» dans G. Timsit, dir., *Théorie de l'administration* Paris, Economica, 1986 aux pp. 169-203; et G. Timsit, «L'administration : vers un nouveau modèle?» dans G. Timsit, dir., *Archipel de la norme* Coll. «Les voies du droit», Paris, Presses Universitaires de France, 1997 aux pp. 52-56.

<sup>218</sup> Voir Canada, Commission de réforme du droit du Canada, *Droit, objectifs publics et observation des normes* Document de travail 51, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1986 à la p. 85; J.T. Scholz, «Voluntary Compliance and Regulatory Enforcement» (1984) 6 L. & Pol'y 385 à la p. 392; et J.T. Scholz, «Cooperation, Deterrence, and the Ecology of Regulatory Enforcement» (1984) 18 L. & Soc'y Rev. 179 à la p. 219. À ce sujet, Reid, *supra* note 142 à la p. 110 affirme : «A traditional command-penalty enforcement model tends to engender adversarial attitudes between agency staff and regulatees, marked by grievances, judgment, threats of prosecution, licence revocation and litigation, and generally hostile relations».

<sup>219</sup> P.L. C-62, *Loi sur l'efficacité de la réglementation* 1<sup>er</sup> sess., 35<sup>e</sup> Parl., 1994 (1<sup>er</sup> lecture le 6 décembre 1994).

trop angélique de la volonté réelle des diverses parties d'obéir aux objectifs publics, le fossé qui sépare ces deux approches est considérable. Si les résultats de cette recherche ne permettent pas de trancher entre diverses rhétoriques qui opposent «holisme» et manichéisme, ils montrent néanmoins que l'utilisation des modes alternatifs en droit administratif requiert prudence et discernement. Le législateur est ainsi confronté à une alternative, au sens français du terme, puisqu'il peut se limiter à des solutions ponctuelles en autorisant des institutions administratives à transiger en fonction de divers scénarios, ou de façon complémentaire, prévoir des dispositions législatives plus générales qui indiqueraient clairement où et comment transiger, tant pour les tribunaux administratifs que pour le contentieux administratif. Compte tenu de l'importance des enjeux, cette seconde hypothèse devrait faire l'objet d'un examen sérieux. Comme il s'agit de l'application des lois fédérales, ce n'est pas le Conseil du trésor ou d'autres organismes qui doivent indiquer le «comment», car ils n'ont pas cette compétence sur le plan constitutionnel, mais le Parlement qui doit proposer des balises claires pour tous les domaines du droit administratif. Selon les exigences du droit constitutionnel, il possède cette compétence car ce sont des lois fédérales relevant de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui font l'objet de ces formes alternatives de régulation et seul le Parlement peut intervenir. Des critères semblables à ceux du droit américain, avec une référence précise à l'ordre public et à des notions du type *public policy/public interest* devraient être introduits dans la *Loi sur la Cour fédérale*. À défaut d'assumer cette responsabilité, les autorités fédérales pourront méditer sur les causes politiques et juridiques qui ont causé la perte du projet de loi C-62, ainsi que celle du projet de loi C-25 de 1996,<sup>220</sup> lorsque les contraintes structurelles du droit public sont niées ou négligées. Et si d'aventure les autorités fédérales préfèrent l'attentisme ou l'improvisation, le danger de la censure judiciaire est réel, surtout lorsque l'ordre public et les droits fondamentaux sont en cause : «On ne peut tolérer que le gouvernement poursuive des politiques qui violent les droits reconnus par la Charte au moyen de contrats et d'ententes conclus avec d'autres personnes ou organismes».<sup>221</sup> Le Canada est encore un État de droit qui repose sur la primauté du droit, ce qui présuppose que le droit public aura inévitablement préséance, par juge interposé, sur la logique transactionnelle.

---

<sup>220</sup> P.L. C-25, *Loi sur les règlements* 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> Parl., 1996.

<sup>221</sup> Le juge La Forest dans *Douglas College*, *supra* note 171 à la p. 585.