

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LE DROIT AUX PRESTATIONS D'ASSURANCE-EMPLOI SOUMIS À
L'ÉPREUVE DU PROCESSUS DE CONTESTATION AVANT ET APRÈS LA
RÉFORME DE 2013

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT

PAR
STÉPHAN CORRIVEAU

JANVIER 2015

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Ce mémoire est la conclusion d'une démarche qui s'est révélée être particulièrement intéressante et dynamique. Il ne fait aucun doute dans mon esprit que cette constatation est largement due à la vitalité, à la créativité et à la compétence des personnes que j'ai côtoyées au cours des deux années qu'a duré mon programme.

D'entrée de jeu, il me faut souligner l'ouverture d'esprit du département qui m'a accepté comme étudiant en dépit d'un parcours académique peu conventionnel, démontrant, encore une fois, le sens de l'innovation qui caractérise le Département des sciences juridiques de l'UQAM. Chacune des personnes qui m'ont enseigné a fait preuve d'une énergie et d'une générosité remarquables. Évidemment, mes remerciements ciblent particulièrement ma directrice Rachel Cox, mais aussi tous ceux et celles qui m'ont enseigné. Martin Gallié, Daniel Mockle, Lucie Lamarche, Lucie Lemonde, Jean-Guy Ouellet et Gilbert Nadon ont su éveiller en moi le goût de la recherche, du savoir et de la réflexion.

Je dois aussi saluer les nombreuses organisations et institutions qui m'ont soutenu financièrement, dont la Fondation de l'Université du Québec, la Fondation de l'Université du Québec à Montréal, le Syndicat des professeurs de l'UQAM, le Service aux collectivités de l'UQAM, l'Institut d'études internationales de Montréal, la Faculté de science politique et de droit et, finalement, le Département des sciences juridiques.

J'ai également bénéficié d'une collaboration exceptionnelle du Mouvement autonome et solidaire des sans-emploi (MASSE), en particulier de sa permanence et de ses

affiliés montréalais que sont le Mouvement action chômage de Montréal et le Comité chômage de l'Est de Montréal. Tout au cours de la recherche, cette collaboration m'a permis de recevoir de précieuses informations sur la mise en œuvre pratique de la réforme de l'assurance-emploi, en plus de me donner accès à un forum de réflexions et d'échanges techniques et politiques, sur le programme d'assurance-chômage tel qu'il est, mais aussi tel qu'il pourrait être.

Il serait inconvenant d'oublier mon nouvel employeur, le Réseau québécois des OSBL d'habitation, qui m'a accordé un congé sans solde pour procéder à la rédaction de ce mémoire, quelques mois à peine après m'avoir embauché.

Je dois des remerciements les plus sincères à mes proches dont le soutien et la tolérance n'ont jamais fait défaut, en dépit de mes comportements quasi-obsessionnels des deux dernières années.

Finalement, ma conjointe Carole Boucher mérite, quant à elle, un *ex-voto* non seulement pour m'avoir supporté et encouragé, mais pour son aide précieuse, y compris pour la révision méticuleuse de l'orthographe et de la grammaire du mémoire, mais aussi de l'ensemble des travaux remis au cours du programme.

Avec toute l'aide et le soutien dont j'ai bénéficié, il va de soi que toute erreur, omission ou lacune dans ce mémoire ne peut être que de mon entière responsabilité.

AVANT-PROPOS

*Pauper ubique jacet!*¹, s'écriait la reine Élisabeth I après avoir fait le tour de l'Angleterre. Dans la quarante-troisième année de son règne, on se voit enfin forcé de reconnaître le paupérisme comme institution nationale et d'établir la taxe des pauvres. Les auteurs de cette loi eurent honte d'en déclarer les motifs, et la publièrent sans aucun préambule, contre l'usage traditionnel. [...] Quelques propriétaires fonciers et quelques riches fermiers de l'Angleterre méridionale se réunirent en conciliabule pour approfondir la loi sur les pauvres récemment promulguée. Puis ils résumèrent le résultat de leurs études communes dans un écrit [...] qu'ils soumièrent ensuite à l'avis d'un célèbre jurisconsulte d'alors [...]. En voici un extrait :

Quelques-uns des riches fermiers de la paroisse ont projeté un plan fort sage au moyen duquel on peut éviter toute espèce de trouble dans l'exécution de la loi. Ils proposent de faire bâtir dans la paroisse une prison. Tout pauvre qui ne voudra pas s'y laisser enfermer se verra refuser l'assistance. On fera ensuite savoir dans les environs que, si quelque individu désire louer les pauvres de cette paroisse, il aura à remettre, à un terme fixé d'avance, des propositions cachetées indiquant le plus bas prix auquel il voudra nous en débarrasser. Les auteurs de ce plan supposent qu'il y a dans les comtés voisins des gens qui n'ont aucune envie de travailler, et qui sont sans fortune ou sans crédit pour se procurer soit ferme, soit vaisseau, afin de pouvoir vivre sans travail. Ces gens-là seraient tout disposés à faire à la paroisse des propositions très avantageuses. Si çà et là des pauvres venaient à mourir sous la garde du contractant, la faute en retomberait sur lui, la paroisse ayant rempli à l'égard de ces pauvres tous ses devoirs. Nous craignons pourtant que la loi dont il s'agit ne permette pas des mesures de prudence de ce genre. Mais il vous faut savoir que le reste des freeholders (francs tenanciers) de ce comté et des comtés voisins se joindra à nous pour engager leurs représentants à la Chambre des Communes à proposer une loi qui permette d'emprisonner les pauvres et de les contraindre au travail, afin

¹ Le pauvre est partout !

*que tout individu qui se refuse à l'emprisonnement perde son droit à l'assistance. Ceci, nous l'espérons, va empêcher les misérables d'avoir besoin d'être assistés*².

•••••

Il n'y a pas de mauvais emploi. Le seul mauvais emploi, c'est de ne pas avoir d'emploi (...). Vous faites le nécessaire pour gagner votre vie. (...) [L]e gouvernement doit se débarrasser des éléments dissuasifs du système d'assurance-emploi pour les gens qui se joignent au marché du travail³.

•••••

Depuis maintenant 30 ans, je m'engage en faveur de la justice sociale au Québec, au Canada et à l'échelle internationale. Au cours de ces trois décennies, les déclarations, les lois, les chartes et les codes censés garantir et promouvoir la justice, l'égalité, le respect des individus et des collectivités se sont accumulés.

Pourtant, pendant ces mêmes trois décennies, l'écart entre les riches et les pauvres s'est accru et la détérioration environnementale s'est intensifiée. À quelques mois de l'échéance, plus personne n'ose parler des « objectifs du millénaire » des Nations Unies tellement ceux-ci semblent relever de l'utopie alors qu'il y a 15 ans, « le plus

² Karl Marx, *Le capital, critique de l'économie politique*, Livre premier, Moscou, Éditions du progrès, 1982 à la p 687.

³ Propos du ministre fédéral des Finances, M. James Flaherty, expliquant et justifiant la réforme de l'assurance-emploi. Hélène Buzzetti et Marie Vastel, « Tous les emplois sont de bons emplois, affirme Flaherty » (15 mai 2012), en ligne : Le Devoir [de Montréal] <<http://goo.gl/ajb5qm>> (consulté le 3 décembre 2012).

grand rassemblement de chefs d'État et de gouvernements de tous les temps⁴ » annonçait son engagement et sa confiance à atteindre ceux-ci.

Le 24 novembre 1989, le Parlement votait à l'unanimité une motion en faveur de l'élimination de la pauvreté chez les enfants canadiens avant l'an 2000. Vingt-cinq ans plus tard, le nombre et le taux de pauvreté des enfants canadiens ont augmenté⁵.

On pourrait multiplier les exemples de ce type sur des pages et des pages, mais ceux-ci suffisent pour saisir que ce qui m'a poussé à entreprendre cette démarche en droit social, c'est la volonté de comprendre comment les outils du droit formel semblent impuissants à garantir l'atteinte des objectifs annoncés par la rhétorique des décideurs et encore moins, à avancer vers une société plus juste.

La réforme de l'assurance-emploi, qui a pris de court l'ensemble des acteurs sociaux, constitue à sa face même un exemple patent de mesures qui accroissent l'injustice et l'appauvrissement. Cette réforme, annoncée sous la bannière « Emploi, croissance, et prospérité⁶ », visait à « moderniser le Programme », avec de « légers changements ». Pourtant, une fois qu'ils ont compris les impacts de cette réforme, c'est par dizaines de milliers que les travailleurs et les travailleuses ont pris la rue pour manifester leur mécontentement et dénoncer les effets néfastes que ces changements auront sur leur vie et sur celle de leur communauté.

⁴ Organisation des Nations Unies, « Les OMD - Objectifs du Millénaire pour le développement (OMD) », en ligne : Éliminer la pauvreté <<http://www.un.org/fr/millenniumgoals/bkgd.shtml>> (consulté le 2 juillet 2014).

⁵ Sid Frankel et al, *Rapport 2013 sur la pauvreté des enfants et des familles au Canada*, Toronto, Campagne 2000, 2013 à la p 3, en ligne : Campagne 2000 <<http://goo.gl/dKDSW9>> (consulté le 1 juillet 2014).

⁶ James Flaherty, *Emplois, croissance, et prospérité à long terme, Le plan d'action économique de 2012, Le discours du budget*, 29 mars 2012, en ligne : Gouvernement du Canada <<http://www.budget.gc.ca/2012/rd-dc/speech-discours-fra.html>> (consulté le 30 novembre 2012).

Alors que tous les projecteurs se tournaient vers les aspects les plus évidents de la réforme (imposition de nouvelles exigences sur la recherche d'emploi, catégorisation des prestataires, etc.), j'ai choisi de me concentrer sur un volet qui a un impact immédiat moins spectaculaire, mais probablement plus profond : la réforme du processus de contestation des décisions de la Commission de l'assurance-emploi du Canada. Un peu comme McLuhan en arrive à affirmer que « le médium, c'est le message », les droits procéduraux représentent une dimension ontologique du droit substantiel, pourrions-nous dire, quand on observe la mise en œuvre concrète de la justice. Que valent les droits substantiels annoncés dans un programme comme l'assurance-emploi, si en pratique le cadre procédural en bloque l'accès ? C'est à partir de cette intuition que la démarche de ce mémoire s'est engagée et que la question de recherche s'est construite.

.....

Les droits des sans-emploi est l'un des premiers dossiers sur lequel mon engagement social a porté; en 1983, en tant que délégué du mouvement étudiant au comité organisateur de la Grande marche pour l'emploi, puis au Comité exécutif national du Regroupement autonome des jeunes (qui mena la lutte contre la discrimination dans l'aide sociale) et, finalement, au Regroupement des chômeurs et chômeuses du Québec, principale organisation nationale de défense des droits des sans-emploi québécois de l'époque. Ainsi, la réforme de l'assurance-emploi était pour moi comme un appel à un retour aux sources de mon action.

L'assurance-chômage est l'expression moderne des programmes de sécurité du revenu développés par les sociétés occidentales depuis le *Speenhamland Act*⁷ anglais

⁷ Jacques Rodriguez, « De la charité publique à la mise au travail ? » [2008] La vie des idées, en ligne : La vie des idées <<http://goo.gl/ixynBs>> (consulté le 7 novembre 2012).

du XVII^e siècle pour aboutir à ce qui est un mélange de considérations économiques keynésiennes et de politiques sociales bismarckiennes⁸. Les profondes mutations que vit le régime d'assurance-emploi depuis quelques années visent l'adaptation du programme⁹ à une soi-disant nouvelle économie¹⁰. Pourtant, à lire le *Speenhamland Act*, l'exploitation des personnes, des communautés et de l'environnement n'a rien de nouveau, sinon qu'elle devient de plus en plus sophistiquée, y compris par la globalisation qui multiplie les interactions possibles entre les sociétés, leurs économies et leurs systèmes politiques et juridiques.

A cet état de fait, il n'existe qu'une seule réponse probante pour qui souhaite plutôt une évolution en faveur de la justice, du partage et du respect, c'est-à-dire l'intensification des résistances et le raffinement des stratégies et des analyses. C'est dans cet esprit que s'inscrit la démarche qui a permis la rédaction de ce mémoire et dans l'espérance de faire une contribution, aussi modeste soit-elle, en faveur de ces objectifs.

⁸ George Campeau, *De l'assurance-chômage à l'assurance-emploi*, Montréal, Boréal, 2001.

⁹ Bruno Palier et Claude Martin, « From 'a Frozen Landscape' to Structural Reforms: The Sequential Transformation of Bismarckian Welfare Systems » dans *Reforming the Bismarckian welfare systems*, Malden, MA; Oxford, Blackwell Pub, 2008, 1-20 à la p 7.

¹⁰ Guy Standing, *The Precariat, the New Dangerous Class*, London / New York, Bloomsbury Academic, 2011.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	v
LISTE DES FIGURES	xiii
LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES	xiv
RÉSUMÉ	xv
ABSTRACT.....	xvi
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I	
LES CONSIDÉRATIONS THÉORIQUES ET MÉTHODOLOGIQUES.....	7
1.1 Le cadre théorique	7
1.1.1 L'effectivité.....	10
1.1.2 L'équité procédurale	16
1.1.3 L'accessibilité à la justice	17
1.1.4 Les processus de contestation au croisement des notions d'accessibilité et d'équité procédurale	19
1.2 Des indicateurs d'accessibilité et d'équité procédurale.....	20
1.2.1 Une modélisation de l'évolution du processus de contestation	23
1.3 La méthodologie de la démarche	26

CHAPITRE II	
LES FAITS SAILLANTS DU PROCESSUS DE CONTESTATION	
AVANT ET APRÈS LA RÉFORME.....29	
2.1	Un portrait général du processus avant la réforme.....29
2.2	Un portrait général du processus après la réforme.....33
2.2.1	La révision administrative.....35
2.2.2	Le Tribunal de la sécurité sociale.....38
2.2.2.1	La composition du TSS38
2.2.2.2	La structure du TSS38
2.2.3	La division générale du TSS39
2.2.3.1	Les décisions de la division générale.....40
2.2.3.1.1	Le rejet sommaire.....40
2.2.3.1.2	Les conférences.....41
2.2.4	La division d'appel du TSS.....42
2.2.5	Le fonctionnement du TSS.....45
2.3	Un bilan des modifications du processus de contestation46
CHAPITRE III	
L'ACCESSIBILITÉ DU PROCESSUS DE CONTESTATION,	
VECTEUR DE L'EFFECTIVITÉ DU DROIT AUX PRESTATIONS.....47	
3.1	L'accessibilité du mécanisme de contestation, un enjeu d'équité sociale et d'effectivité du programme d'assurance-emploi.....47
3.1.1	La (dé)localisation et le type d'audience48
3.1.2	L'appel du rejet sommaire54
3.1.3	Le temps, c'est de l'argent55
3.1.4	La complexité.....57
3.1.5	Prête-moi ta plume, que j'écrive un mot : la capacité de s'exprimer par écrit.....59
3.1.6	L'augmentation du nombre de procédures et de paliers décisionnels.....60
3.1.7	Le pouvoir de l'information.....61
3.2	Un bilan de l'accessibilité du processus de contestation post-réforme.....62

CHAPITRE IV	
L'ÉQUITÉ PROCÉDURALE, VECTEUR DE L'EFFECTIVITÉ	
DU DROIT AUX PRESTATIONS D'ASSURANCE-EMPLOI.....	67
4.1 Le processus de contestation post-réforme à l'aune des principes de l'équité	
procédurale	67
4.1.1 Les critères pour établir la portée de l'obligation de respecter	
les règles d'équité procédurale	71
4.1.2 L'application des critères de l'affaire Baker aux différents paliers	
du processus de contestation	72
4.2 La règle <i>audi alteram partem</i> ou le droit d'être entendu	73
4.2.1 La révision administrative : la CAEC est-elle obligée de jouer	
cartes sur table ?	75
4.2.2 Le rejet sommaire par la division générale du TSS :	
une possibilité accrue de tomber entre les mailles du filet.....	78
4.2.3 L'obligation du TSS de tenir une audience en personne.....	81
4.3 La règle <i>nemo judex in sua causa</i> , ou nul ne peut être juge et partie.....	84
4.3.1 L'indépendance et l'impartialité des membres du TSS	85
4.3.2 Le paritarisme au sein du processus de contestation.....	91
4.3.3 Les délais et les prescriptions.....	93
4.3.4 Une chance supplémentaire au coureur :	
le traitement des faits nouveaux	96
4.4 Un bilan du respect de l'équité procédurale dans le cadre du processus	
de contestation post-réforme	97
CONCLUSION.....	103
BIBLIOGRAPHIE.....	112

LISTE DES FIGURES

Figure	Page
1.1 Modélisation de l'évolution de l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi et identification du secteur de l'indicateur « Processus de contestation ».....	15
1.2 Modélisation de l'évolution de l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi selon les indicateurs d'accessibilité et d'équité procédurale du processus de contestation	25
1.3 Modélisation de l'évolution de l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi en fonction du processus de contestation.....	26
2.1 Le processus de contestation pré-réforme.....	32
2.2 Le processus de contestation post-réforme	34
3.1 Évolution de l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi selon l'accessibilité du processus de contestation avant et après la réforme de 2013	66
4.1 Évolution de l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi selon l'équité procédurale du processus de contestation avant et après la réforme de 2013	102
C.1 Évolution de l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi lorsqu'il est soumis à l'épreuve du processus de contestation avant et après la réforme de 2013	106

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

CA	Conseil arbitral
CAEC	Commission de l'assurance-emploi du Canada
CAF	Cour d'appel fédérale
CEIC	Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada
CSC	Cour suprême du Canada
DA	Division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale
DG	Division général du Tribunal de la sécurité sociale
JA	Juge-arbitre
LAE	Loi sur l'assurance-emploi
LMRHDC	Loi sur le ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences
LRQ	Lois refondues du Québec
LRO	Lois refondues de l'Ontario
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
RA	Révision administrative
RAE	Règlement sur l'assurance-emploi
RDR	Règlement sur les demandes de révision
RPC	Régime de pension du Canada
RTSS	Règlement sur le Tribunal de la sécurité sociale
SV	Sécurité de la vieillesse
TSS	Tribunal de la sécurité sociale

RÉSUMÉ

L'accessibilité et l'équité procédurale sont parmi les principaux facteurs qui déterminent si un processus d'appel joue son rôle dans la mise en œuvre d'un droit substantiel. Dans le contexte de l'assurance-emploi, les barrières (ou les passerelles) qui inhibent (ou permettent) l'accessibilité et l'exercice serein des recours prévus pour les assurés sans emploi qui se font refuser des prestations, témoignent de l'(in)efficacité du processus et de l'(in)effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi. Dans le cadre des deux lois omnibus adoptées à l'occasion du budget 2012, le gouvernement fédéral a réformé le programme d'assurance-emploi. D'ordre substantiel et procédural et réalisée sous prétexte de rendre l'ancien processus plus expéditif et plus économique, cette réforme s'inscrit dans la continuité des différentes réformes mises de l'avant depuis 1990, lesquelles ont successivement restreint les droits des assurés et des prestataires. Toutefois, elle se distingue par l'ampleur des modifications relatives aux processus de contestation des décisions de la Commission de l'assurance-emploi du Canada (CAEC). L'imposition d'une révision administrative obligatoire et la création du Tribunal de la sécurité sociale sont au cœur de la réforme du processus de contestation. Ces nouvelles instances s'accompagnent d'un grand nombre d'innovations procédurales, dont l'usage intensif des communications électroniques, la déterritorialisation des décideurs et des audiences ainsi que par la fin du paritarisme. Le mémoire tente d'évaluer si, depuis la réforme, le processus de contestation des décisions de première instance du programme d'assurance-emploi favorise l'effectivité du droit aux prestations des assurés. Pour ce faire, il utilise une approche socio-axiologique du droit basée sur les notions d'accessibilité et d'équité procédurale en valorisant la perspective des prestataires du programme. La démarche fragmente ces deux concepts socio-juridiques en onze indicateurs afin de mener une étude systématique tant factuelle que théorique. Ces fragments sont ensuite agglomérés à l'aide d'une représentation graphique qui permet d'estimer l'aire d'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi et de comparer celle-ci avec la situation précédant la réforme. Le résultat net de la comparaison pré et post-réforme démontre que les niveaux d'accessibilité et d'équité procédurale du processus de contestation ont diminué et que, conséquemment, l'effectivité du droit aux prestations prévue par le programme s'en trouve affectée de façon négative.

Mots clés : Assurance-emploi, Assurance-chômage, Prestations de chômage, Assurance sociale, Processus de contestation, Justice administrative, Effectivité du droit, Accessibilité à la justice, Équité procédurale, Droit social, Droit du travail, Droit d'appel, Révision interne, Révision administrative, Tribunal de la sécurité sociale

ABSTRACT

Accessibility and procedural fairness are among the key factors that determine if an appeal process plays the role it should in ensuring implementation of a substantive right. In the context of employment insurance, the mechanisms that restrain — or facilitate — access to and ready use of the appeal process by unemployed workers reveal the degree of effectiveness of this process, and thus any procedural limitations on the implementation of the right to employment insurance benefits. In two omnibus bills linked to the 2012 budget, the federal government amended both substantive and procedural aspects of the Employment Insurance Program. Under the pretext of making the process more expeditious and economical, the changes introduced build on a series of reforms that since 1990 have successively restricted the rights of insured persons to benefits. However, the recent reform differs from the others because of the extent of changes to the appeal process for first-level Canada Employment Insurance Commission (CEIC) decisions. A mandatory administrative review process and the creation of the Social Security Tribunal are central to the new appeal process, as well as other changes including extensive use of electronic communications, delocalization of hearings, dislocation of jurisdictional bodies and the end of joint worker-employer representation on these bodies. This thesis attempts to critically assess whether the new appeal process actually promotes implementation of insured persons' right to benefits. It does this by use of a socio-axiological approach to law based on the concepts of access to justice and procedural fairness as seen from the claimants' point of view. In a factual and theoretical study, these two socio-legal concepts are broken down into eleven indicators. These indicators are then grouped together in a model that, through the lens of the appeal process, allows for comparison of the right to employment insurance benefits before and after the recent reform. The net result of the comparison shows that after the reform, the levels of accessibility and procedural fairness of the appeal process have decreased and in this respect, the right of insured persons to receive employment insurance benefits has been adversely affected by the reform.

Keywords: Employment Insurance, Unemployment Insurance, Unemployment Benefit, Social Insurance, Appeal Process, Administrative Justice, Effectiveness of Law, Access to Justice, Procedural Fairness, Social Law, Labour Law, Appellate Law, Internal Review, Administrative Review, Social Security Tribunal

INTRODUCTION

Dans le cadre des deux lois omnibus adoptées à l'occasion du budget 2012¹¹, le gouvernement fédéral a réformé le programme d'assurance-emploi. L'entrée en vigueur des derniers volets de la réforme a eu lieu à la fin de 2013. D'ordre substantiel¹² et procédural¹³, cette réforme s'inscrit dans la continuité des différentes réformes mises de l'avant depuis 1990, lesquelles ont successivement restreint les droits¹⁴ des assurés et des prestataires¹⁵. Toutefois, cette dernière réforme se distingue

¹¹ *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en oeuvre d'autres mesures*, LC 2012, c 19 [C-38], en ligne : <<http://goo.gl/zg2BaH>>; *Loi no 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en oeuvre d'autres mesures*, LC 2012, c 31 [C-45], en ligne : <<http://goo.gl/Nn17dz>>.

¹² Selon le ministère de la Justice du Québec [Justice Québec, « Droit substantiel » (2 octobre 2007), en ligne : Termes juridiques <<http://goo.gl/pMYMYML>> (consulté le 3 juillet 2014).] et la base de données terminologiques et linguistiques du gouvernement du Canada [Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, « Substantive » (2 octobre 2007), en ligne : Les mots du droit - Terminimum Plus - Bureau de la traduction <<http://goo.gl/PkYnrL>> (consulté le 3 juillet 2014).], l'expression « droit substantif » — pourtant retrouvée fréquemment dans la littérature juridique québécoise — est un anglicisme à éviter au profit des expressions « substantiel » et « matériel » adoptées ici.

¹³ Ces modifications législatives et réglementaires touchent les droits des assurés et des prestataires, mais aussi les aspects financiers et organisationnels du programme, tels que l'abolition de l'Office de financement de l'assurance-emploi et la fixation des taux de cotisations.

¹⁴ Campeau, *supra* note 8; George Campeau, « La Loi C-13 et l'assurance-chômage: la seconde phase de la réforme conservatrice » (1993) 9 *JL & Soc Pol'y* 62; Pierre Issalys, « Les sanctions administratives de l'assurance-emploi : entre solidarité, assurance et répression » (2009) 50:3-4 *C de D* 825.

¹⁵ Les expressions « assuré » et « prestataire » seront utilisées ici en accord avec la définition établie à l'article 2(1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, LC 1996, c 23 [LAE], en ligne : <<http://canlii.ca/t/694q3>>.

- « assuré » Personne qui exerce ou a exercé un emploi assurable;
- « prestataire » Personne qui demande ou qui a demandé des prestations en vertu de la présente Loi.

Il est vrai que l'expression « prestataire » est trompeuse quand elle désigne une personne à qui on a

par l'ampleur des modifications relatives aux processus de contestation des décisions de la Commission de l'assurance-emploi du Canada (CAEC).

La CAEC est appelée à rendre des décisions sur une panoplie de sujets en lien avec le droit aux prestations d'assurance-emploi dont les principales catégories sont le contrôle d'admissibilité aux différents types de prestations (régulière, maladie, adoption, etc.), les enquêtes sur les circonstances entourant la perte d'emploi (manque de travail, inconduite, départ volontaire, fin de contrat, etc.), la vérification de la disponibilité, le contrôle des démarches de recherche d'emploi, l'identification et l'évaluation des trop-payés, la détermination des sanctions et pénalités pour fausses déclarations¹⁶.

Les principales modifications substantielles apportées au régime d'assurance-emploi par la réforme de 2012 comprennent la redéfinition de la notion d'emploi convenable, la catégorisation des prestataires en fonction de leur recours aux prestations dans le passé (prestataires fréquents, prestataires occasionnels ou « travailleurs de longue durée), la réduction de la durée des prestations dans les régions à haut taux de chômage, le resserrement des exigences d'admissibilité aux prestations dans les régions à haut taux de chômage, la dissolution de l'Office de financement de

refusé lesdites prestations, mais la cohérence linguistique avec la Loi a primé sur l'élégance littéraire dans le choix du vocabulaire.

Par ailleurs, l'expression « appelant » pourra aussi être utilisée quand il sera question de la partie qui initie une démarche d'appel à une étape ou une autre du processus de contestation. Ce rôle, selon les circonstances, peut être tenu par le prestataire, l'ex-employeur de celui-ci, une association ouvrière ou patronale, ou encore la CAEC.

¹⁶ D'entrée de jeu, il importe de souligner que le processus de contestation étudié dans le cadre de ce mémoire ne cible pas les décisions visant l'assurabilité d'un emploi, les cotisations au programme [LAE, *supra* note 15, part IV; *Loi de l'impôt sur le revenu*, LRC 1985, c 1 (5e suppl), en ligne : <canlii.ca/t/697bh>.] et les mesures de soutien à l'emploi [LAE, *supra* note 15, art 25(2).]. Hier comme aujourd'hui, ces enjeux sont traités par des voies de recours différentes de celles analysées ici et n'ont pas été touchées par la réforme de 2013.

l'assurance-emploi du Canada ainsi qu'une nouvelle méthode de calcul des gains de travail reçus en période de prestation.

Les modifications substantielles apportées par la réforme risquent d'accroître¹⁷, à tout le moins pendant un certain temps, les litiges relatifs entre autres à la notion d'emploi convenable. Cette notion détermine le type d'emploi qu'un prestataire a l'obligation d'accepter et, *a contrario*, justifie la cessation des prestations dans l'éventualité du refus d'un emploi considéré convenable selon la Loi. La définition d'un emploi convenable s'est considérablement élargie avec la réforme, en particulier pour les prestataires dits occasionnels ou fréquents. Le Tribunal appelé à trancher ces désaccords jouera donc un rôle clé dans la détermination des nouveaux contours du droit relatif aux prestations d'assurance-emploi.

En 2011 et 2012, ce sont respectivement 26 769 et 22 009 prestataires d'assurance-emploi qui ont contesté des décisions de la CAEC devant le Conseil arbitral¹⁸. L'ajout de nouveaux paliers décisionnels, la mise sur pied d'un nouveau tribunal, la disparition quasi complète des caractéristiques paritaires du processus d'appel et les modifications susceptibles de toucher aux principes d'équité procédurale sont autant de sujets qui attirent l'attention des assurés et des prestataires en plus de soulever

¹⁷ Guillaume Bourgault-Côté, « Tribunal de la sécurité sociale : Des délais quatre fois plus longs » (14 juin 2014), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/U5qYnQ>> (consulté le 20 juillet 2014). Dans cet article publié au printemps 2014, la ministre d'État Candice Bergen informait la Chambre des communes que le « TSS a reçu un plus grand nombre de dossiers que prévu. »

¹⁸ Commission de l'assurance-emploi du Canada, *Assurance-emploi, Rapport de contrôle et d'évaluation 2011*, 2, 1, coll 3, Gatineau (Québec), Commission de l'assurance-emploi du Canada, 2012 à la p 120, en ligne : CAEC <<http://goo.gl/mWOuhv>> (consulté le 2 décembre 2012); Commission de l'assurance-emploi du Canada, *Rapport de contrôle et d'évaluation de l'assurance-emploi 2012*, Gatineau (Québec), Commission de l'assurance-emploi du Canada, 2013 à la p 166, en ligne : CAEC <<http://goo.gl/Xni6gf>> (consulté le 2 septembre 2013). Ces mêmes sources indiquent que 1,85 million de nouvelles demandes étaient déposées en 2011 et 1,88 en 2012.

l'intérêt de nombreux juristes dans le domaine de l'assurance-emploi et du droit administratif fédéral.

Le Tribunal de la sécurité sociale est au cœur du processus. La Gazette du Canada présente celui-ci comme « un processus d'appel équitable et accessible, à un coût moindre pour les contribuables¹⁹ » qui devrait permettre, à terme, de faire « économiser 25 millions de dollars par année²⁰. » Cette nouvelle instance aura-t-elle un impact positif sur l'accessibilité aux prestations ? Quelles seront les répercussions des modifications règlementaires et législatives sur l'action des représentants des sans-emploi (juristes, mais aussi travailleurs sociaux, conseillers syndicaux et organisateurs communautaires) ? Comment faut-il considérer l'évolution des normes d'équité procédurale qu'apporte la réforme ? Quelle portée aura le recours généralisé aux « audiences » par écrit, par téléphone et par vidéoconférence²¹ sur le nouveau système d'appel ? Cette nouvelle manière de faire provoquera-t-elle un effet de découragement et de renonciation de la part des prestataires dont la demande a fait l'objet d'une décision négative ? Ou, au contraire, s'agira-t-il, tel qu'annoncé, d'un processus d'appel plus équitable qui favorisera l'accès au Tribunal ? Autant d'enjeux et de préoccupations qui peuvent être regroupés autour de la question de recherche centrale de ce mémoire : la transformation du processus de contestation des décisions de première instance du programme d'assurance-emploi favorise-t-elle l'effectivité du droit aux prestations prévues par le programme ? En d'autres termes, l'accès effectif aux prestations offertes par le programme est-il amélioré ou risque-t-il plutôt

¹⁹ Ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences, « Résumé de l'étude d'impact de la réglementation » 147:8 Gazette du Canada Partie II 859 à la p 859.

²⁰ *Ibid* à la p 867.

²¹ Généralisation des audiences par télé et vidéoconférence, communication des documents par voie électronique, etc.

d'être restreint par les modifications apportées au processus de contestation des décisions de la Commission de l'assurance-emploi du Canada ?

Les pages qui suivent cherchent à répondre à ces questions dans l'espoir d'apporter une contribution constructive à la réflexion académique touchant le droit administratif. Il est également souhaitable que ce type de recherche alimente les débats sociaux qui devraient entourer toute transformation significative d'une instance aussi importante pour la mise en œuvre concrète d'un programme social de l'envergure de l'assurance-emploi.

Les modifications apportées au processus de contestation des décisions de la CAEC s'inscrivent dans une reconfiguration du droit administratif canadien qui touche plusieurs institutions fédérales de nature quasi-judiciaire. Il faut souligner que le TSS se substitue non seulement à l'ancien régime de contestation en vigueur dans le domaine de l'assurance-emploi, mais il a aussi juridiction pour entendre les contestations dans le domaine de la Sécurité du revenu ainsi que celles découlant du Régime de pensions du Canada. À eux seuls, ces trois programmes représentent des versements annuels aux citoyens de l'ordre de 80 milliards de dollars²², ce qui constitue l'essentiel des transferts directs à des fins sociales du gouvernement fédéral aux individus. Il faut également souligner la mise en œuvre, en décembre 2012 (quelques mois après l'annonce du TSS), du nouveau processus d'appel en matière

²² Service Canada, *Rapport annuel du Régime de pensions du Canada 2011-2012*, 2012 à la p 1, en ligne : Gouvernement du Canada <<http://goo.gl/rmNyU7>> (consulté le 25 juillet 2013); Service Canada, *Régime de pensions du Canada – Sécurité de la vieillesse, Rapport trimestriel des montants mensuels et données d'avril à juin 2012*, Ottawa, Service Canada, 2012 à la p 2, en ligne : Gouvernement du Canada <<http://goo.gl/rcfnhA>> (consulté le 25 juillet 2013); Office de financement de l'assurance-emploi du Canada, *Rapport actuariel sur le taux de cotisation d'assurance-emploi 2013*, 2012 à la p 33, en ligne : Office de financement de l'assurance-emploi du Canada <<http://goo.gl/nm6Hbf>> (consulté le 15 janvier 2013).

d'immigration et de reconnaissance du statut de réfugié²³ qui, pour sa part, touche un quart de million de personnes par année²⁴. Au premier coup d'œil, il existe des similitudes entre ces nouveaux processus de contestation : généralisation des audiences écrites (aux dépens des audiences de vive voix), décideur siégeant seul, transfert de tâches cléricales vers les parties, pour ne nommer que celles-là. L'intérêt de ce mémoire est d'autant plus grand, car des parallèles risquent de se dessiner quant aux impacts de ces différentes réformes sur les justiciables canadiens.

²³ *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, LC 2010 c 8, en ligne : <<http://goo.gl/bDgrQn>> (consulté le 6 juillet 2014); *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, LC 2012 c 17, en ligne : <<http://goo.gl/aa9VYP>> (consulté le 6 juillet 2014); *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001 c 27, en ligne : <<http://canlii.ca/t/69bwd>>.

²⁴ Citoyenneté et Immigration Canada, *Résidents permanents par catégorie, 2009-2013*, Citoyenneté et Immigration Canada, 2014, en ligne : Gouvernement du Canada <<http://goo.gl/iL2Afi>>.

CHAPITRE I

LES CONSIDÉRATIONS THÉORIQUES ET MÉTHODOLOGIQUES

Ce premier chapitre expose le cadre théorique et les références à partir desquelles a été élaborée une liste des indicateurs d'accessibilité et d'équité procédurale qui seront utilisés tout au long du mémoire. On y trouve aussi une proposition originale pour illustrer l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi lorsque celui-ci est soumis au processus de contestation. L'ensemble est d'abord introduit par une mise en contexte des tendances récentes dans le domaine du droit administratif fédéral et se conclut par une présentation du plan du mémoire.

1.1 Le cadre théorique

Le développement d'un cadre théorique approprié pour une recherche en sciences juridiques est une étape déterminante du processus scientifique. En effet, différentes approches sont possibles et il convient d'effectuer une réflexion sérieuse avant de choisir un cadre, car celui-ci a nécessairement un impact sur le résultat de la recherche entreprise. « [L]e cadre [...] structure l'objet de recherche; il offre une perspective singulière, un angle d'attaque particulier, à une réalité sociale donnée. L'objet étudié change selon la perspective théorique adoptée²⁵. »

²⁵ Lawrence Olivier, Guy Bédard et Julie Ferron, *L'élaboration d'une problématique de recherche : sources, outils et méthode*, Paris, L'Harmattan, 2005 aux pp 79-80.

Si, traditionnellement, les approches positivistes dominent le droit, il est acquis depuis longtemps que d'autres concepts analytiques sont applicables au droit.

[E]ntre une « théorie pure du droit », qui conçoit l'ordre juridique comme un système autonome, gouverné par les seules lois de la logique formelle, et une sociologie du droit, qui met en avant la dimension sociale de la norme juridique, le fossé est profond²⁶.

C'est dans cet espace que le présent mémoire se situe. Il aurait été difficile de mener une démarche purement positiviste, puisque s'il faut en croire les exégètes, « le droit positif n'inclut point la justice dans sa définition²⁷ » et l'objectif de ce texte est d'évaluer l'impact du processus de contestation sur le droit substantiel d'obtenir la protection annoncée par le programme et donc de réaliser son objectif « de procurer des prestations aux chômeurs²⁸ ». Les considérations relatives à la véritable possibilité pour les prestataires de mettre en œuvre leurs droits substantiels confèrent donc une approche multi-disciplinaire à la démarche entreprise ici²⁹. Ceci explique les nombreuses références à des sources politiques, économiques et sociologiques tout au long du texte, même si les considérations et les références juridiques restent indubitablement au premier plan.

²⁶ Jacques Chevallier, « Droit, ordre, institution » [1989] 10 *Droits Revue française de théorie juridique* 19-22 à la p 19.

²⁷ Jean Carbonnier, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit » [1990] 11: *Droits Revue française de théorie juridique* 5 à la p 7.

²⁸ *Abrahams c Procureur général du Canada*, [1983] 1 RCS 2 (CSC) à la p 10 [*Abrahams*], en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1lpd3>>.

²⁹ L'interaction entre le droit procédural et le droit substantiel relève clairement de l'étude du droit, mais l'approche et le traitement des questions procédurales abordées dans ce mémoire prennent en considération des problématiques telles que l'analphabétisme, la technologie et la situation économique des individus. Ces notions sont étrangères aux considérations procédurales traditionnelles

Ce mémoire tient pour acquis que les racines historiques et sociales du cadre procédural du droit servent en partie à rendre légitime et intelligible, la norme subjective du droit substantiel actuel³⁰. Cette approche explique bien la pertinence d'une analyse de l'effectivité du caractère substantiel du programme d'assurance-emploi sous l'angle des aspects procéduraux de son processus de contestation.

Les travaux du professeur de philosophie du droit, Valentin Petev, offrent des balises qui permettent de garantir l'harmonie étymologique d'une recherche où se côtoient les notions relevant de l'étude du droit et d'autres sciences. L'approche socio-axiologique du droit défendue par le professeur Petev se prête très bien à cette fonction, tout en offrant des référents théoriques pertinents à la démarche.

[L]es acteurs sociaux, créant le droit d'après les valeurs qu'ils ont assumées, doivent observer ces mêmes valeurs quand ils font usage des réglementations juridiques qui les contiennent. Autrement, l'application et la réalisation des normes juridiques ne seraient pas correctes et les actes juridiques individuels, exercés sur leur base, ne seraient pas licites³¹.

Dans ce texte, les modifications procédurales apportées au régime d'assurance-emploi seront examinées en croisant la notion socio-juridique de l'accessibilité à la justice et la notion juridique de l'équité procédurale. À l'instar du cadre conceptuel de l'accès à la justice administrative proposé par le professeur Lorne Sossin, cette recherche s'intéressera à la perspective de ceux et celles affectés par les décisions en

comme l'indépendance des décideurs, les moyens d'appel ou le droit d'être représenté (qui sont aussi pris en compte bien évidemment).

³⁰ Gustavo Just, *Interpréter les théories de l'interprétation*, coll L'ouverture philosophique, Paris, L'Harmattan, 2005 à la p 97.

³¹ Valentin Petev, « Virtualité et construction de la réalité sociale et juridique » (1999) 43 *Archives de philosophie du droit* 27 à la p 34.

question³², en l'espèce des employés ayant cotisé au régime qui se voient refuser le droit aux prestations alors qu'ils se trouvent sans emploi et déposent une demande de prestations. Ce choix est largement motivé par le fait qu'il s'agit d'étudier une loi sociale, l'assurance-emploi, ayant comme objectif « le versement de prestations aux chômeurs³³ ».

Les bases théoriques étant posées, il faut aussi définir plus précisément les concepts précis qui seront utilisés tout au long du mémoire, soit l'effectivité, l'équité procédurale et l'accessibilité ainsi que les liens entre eux.

1.1.1 L'effectivité

La problématique dont il est question dans ce mémoire fait appel aux notions d'effectivité et d'ineffectivité. Selon le professeur de sociologie du droit Romano Bettini, ces termes réfèrent « à la possibilité d'une mesure des écarts existant entre le droit en vigueur et la réalité sociale qu'il est censé ordonner. Il s'agit d'un concept évaluatif de la réception et de la mise en œuvre des normes juridiques³⁴. » L'objet de

³² Lorne Mitchell Sossin, « Access to Administrative Justice and Other Worries » dans Colleen M Flood et Lorne Mitchell Sossin, dir, *Administrative law in context*, Second Edition, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2013, 211 à la p 212. L'article de Austain Sarat [Austin Sarat, « "...The law is all over": Power, resistance and the legal consciousness of the welfare poor » (1990) 2 Yale JL & Human 343.] fait une solide démonstration de la pertinence de cette approche.

³³ Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can), art 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 RCS 669 au para 17, en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1lshf>>.

³⁴ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, traduit par Sylvie Cimamonti, Paris / Bruxelles, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence / E Story-Scientia Éditions juridiques et fiscales, 131 « Effectivité » par Romano Bettini à la p 131. La question de l'effectivité et du droit a fait l'objet d'un bon nombre de publications. Dès les années 1950, Jean Carbonnier [Jean Carbonnier, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1958.] lançait le débat et d'autres l'ont repris sans cesse depuis, y compris bon nombre d'importants théoriciens du droit dont Lenoble et Ost [Jacques Lenoble et François Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980.], Perrin [Jean-François Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Paris, Librairie Droz, 1979.] ou Sarat [Austin Sarat, « Legal

la démarche entreprise ici est donc d'évaluer si le processus de contestation, à travers ses règles, ses normes et ses exigences, permet de s'approcher du droit matériel annoncé par le programme ou si, au contraire, le processus s'érige comme un obstacle à la distribution de prestations aux ayants droit. Autrement dit, quel est le rôle de la procédure lorsqu'elle module la distance qui sépare le droit en vigueur et la réalité sociale des assurés ?

Cependant, l'efficacité du processus n'est pas garante pour autant de l'effectivité du droit qu'il est censé protéger. Au plan de la contestation d'une décision, des considérations d'efficacité, dont notamment la réduction des coûts administratifs, peuvent entrer en conflit avec des considérations d'effectivité du droit en litige, comme l'écrivent le professeur Sossin et la procureure de la Couronne Zirma Yetnikoff, « it may be that the cost of administrative justice is more than what a particular government can afford or wishes to spend³⁵ ». Pour illustrer ce fait, en commentant la possibilité de rejeter les pourvois en cassation par une procédure simplifiée, des juristes du Conseil d'État français soulignent :

les procédures d'admission des pourvois en cassation sont légitimes. Mais il faut aussi se souvenir que ces procédures conçues comme des outils de gestion des stocks ou de maîtrise des flux portent en elles le germe d'une

effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition » (1985) 9 Legal Studies Forum 23.] et d'autres encore tels que Leroy [Yann Leroy, « La notion d'effectivité du droit » [2011] 79 Dr et Soc 715.] et Allott [Antony Allot, « The Effectiveness of Law » (1981) 15:2 Valparaiso University Law Review 230.]. Le sujet a aussi été abordé par des sociologues qui se sont penchés sur le droit, dont Bourdieu [Pierre Bourdieu, « L'opinion publique n'existe pas » dans *Question de sociologie*, Paris, Éditions de minuit, 1984, 222.] et Durkheim [Émile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 16e édition, coll Bibliothèque de philosophie contemporaine, Paris, Les Presses universitaires de France, 1967.], [Émile Durkheim, « Le divorce par consentement mutuel » dans *Émile Durkheim, Textes. 2. Religion, morale, anomie*, coll Le sens commun, Paris, Éditions de minuit, 1975, 181.].

³⁵ Lorne Mitchell Sossin et Zirma Yetnikoff, « I Can See Clearly Now: Videoconference Hearings and the Legal Limit on How Tribunals Allocate Resources » [2007] 25 Windsor YB Access Just 247 à la p 272.

atteinte à l'exercice du droit de se pourvoir en cassation et à l'effectivité de ce droit³⁶.

Les professeurs Pierre Issalys et Denis Lemieux rappellent que « [l]a rationalisation juridique de l'action gouvernementale ne doit cependant pas dissimuler que celle-ci est aussi une action politique³⁷ ». Le professeur britannique Harris Neville indique que « a wide range of economic and social policy objectives are also being pursued³⁸ » quand un gouvernement adopte une réforme de l'ordre de celle de 2013 en matière d'assurance-emploi. Ainsi, le législateur et le pouvoir exécutif doivent arbitrer différents impératifs, parfois contradictoires, ce qui peut avoir comme effet de moduler le niveau d'effectivité du droit en contrepartie de l'atteinte d'objectifs budgétaires, économiques, sociaux et politiques.

Afin d'illustrer l'approche utilisée, il est possible de conceptualiser un graphique de type « radar » dont chacun des secteurs représente l'évolution temporelle d'un aspect du programme d'assurance-emploi. La combinaison de ces différents volets du programme et de sa gestion constitue l'aire couverte par l'accès effectif à des prestations d'assurance-emploi. Au cours des années, en fonction des multiples réformes législatives adoptées par le Parlement et des nombreuses mesures administratives mises en place par le pouvoir exécutif, les différents volets connaissent une évolution qui élargit, ou réduit l'aire d'effectivité de tel ou tel aspect du droit aux prestations d'assurance-emploi. Évidemment, cette projection graphique

³⁶ Denis Garreau et al, « Du bon usage de la procédure d'admission des pourvois en cassation » [2012] Recueil Dalloz 1137.

³⁷ Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives*, 3e édition, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2009 à la p 51.

³⁸ Neville Harris, *Law in a Complex State: Complexity in the Law and Structure of Welfare*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2013 à la p v.

ne permet pas d'estimer, en soi, le niveau d'effectivité du droit, elle permet toutefois d'évaluer de façon dynamique l'évolution de l'effectivité.

La figure 1.1 permet de visualiser un exemple pratique d'un niveau d'évaluation de l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi à un moment précis. Il est important de prévenir le lecteur que les différents secteurs définis dans ce graphique ne sont pas définitifs. En effet, tel qu'indiqué plus haut, l'objet de ce mémoire se limite aux processus de contestation, qui ne constituent que l'un des secteurs du graphique. La construction d'une définition globale de l'ensemble des indicateurs et variables à prendre en considération, et la pondération de chacun d'entre eux, justifierait à elle seule un travail de recherche à part entière. Il en va de même pour le contenu de chacun des secteurs.

Dans la figure 1.1, l'échelle des valeurs (de 0 à 7) représente l'intensité du droit, plus on s'approche du point zéro, moins le droit est effectif. Il s'agit d'une simple représentation destinée à faciliter la lecture du graphique. Il n'est pas ici question de quantifier le niveau des droits analysés, même si certains aspects peuvent plus facilement se plier à ce genre d'exercice (le montant ou la durée des prestations par exemple). Il faut plutôt interpréter ces courbes comme des indicateurs d'intensité. Plus on est au centre du radar, moins cet aspect du droit aux prestations est affirmé avec intensité par le programme, inversement, plus on s'éloigne du centre, plus ce même aspect du programme est généreux face à celui-ci.

La courbe « Situation A » de la figure 1.1 représente l'état de la situation au moment de référence initial. Chaque secteur s'est vu attribuer la même valeur de départ (5). Cette décision n'ayant aucune incidence puisque c'est l'évolution du secteur qui donne de l'intérêt à cette approche. Le choix d'attribuer une valeur d'origine identique à chaque secteur, et une pondération identique d'un secteur sur l'autre, induit évidemment une distorsion de la représentation (et ouvre la porte à de nombreux

débats théoriques fort intéressants), mais ce choix méthodologique permet aussi de simplifier la lecture, ce qui est l'un des objectifs de l'exercice.

L'utilité et la valeur dynamique de l'exercice se révèlent en combinant les données exprimant les variations du programme d'une époque à une autre (suite à des modifications législatives ou administratives). Afin d'illustrer ce concept, la courbe « Situation B » de la figure 1.1 donne l'exemple d'une évaluation de l'impact d'une réforme sur l'ensemble du programme. Il est nécessaire ici de souligner le caractère non scientifique des données utilisées pour la projection suggérée, l'exercice n'étant effectué, à cette étape, que pour créer une image de la démarche méthodologique employée.

Dans l'exemple soumis ici, certains indicateurs (efficacité administrative, taux de chômage, mesures de contrôle, etc.) pointent vers une augmentation de l'effectivité du droit aux prestations, alors que d'autres (emploi convenable, disponibilité, etc.) témoignent d'une diminution de l'effectivité, pendant qu'un troisième groupe (rémunération, sexe, âge) n'est pas affecté par les changements législatifs qui créent la situation B. Selon cet exemple, dans l'ensemble, l'effectivité du programme d'assurance-emploi serait moindre dans la situation B qu'à l'époque de la situation A puisque l'aire d'effectivité couverte par la zone « Situation B » est moins importante que l'aire d'effectivité « Situation A ».

La zone triangulaire rouge permet d'identifier l'aire sur lequel est concentré le mémoire, soit le processus de contestation.

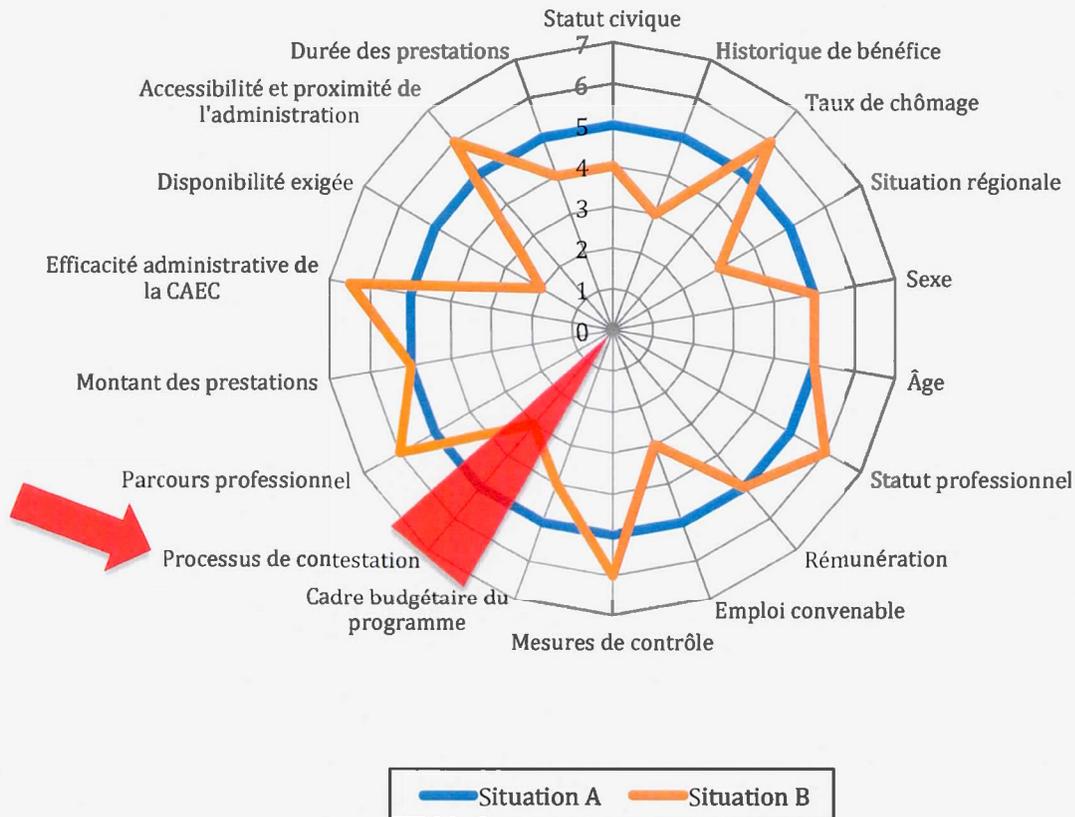


Figure 1.1 • Modélisation de l'évolution de l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi et identification du secteur de l'indicateur « Processus de contestation »

Gardant cette mise en contexte graphique à l'esprit, le processus de contestation mis en place lors de la réforme de 2013 sera analysé afin d'estimer l'impact de celui-ci sur l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi. En fait, l'objet du

mémoire vise à illustrer le lien entre l'évolution de différents aspects procéduraux de ce processus de contestation dans l'effectivité du droit aux prestations. Pour ce faire, il faut d'abord préciser ce qui est entendu par les notions juridiques clés utilisées pour cette analyse, soit l'équité procédurale et l'accessibilité à la justice.

1.1.2 L'équité procédurale

Concernant l'équité procédurale, par la plume du juge Le Dain dans l'arrêt *Cardinal*, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'

à titre de principe général de *common law*, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne³⁹. [références omises]

Le professeur Michael Adler affirme que « [p]rocedural considerations are also an important component of social justice⁴⁰. » Passant par la notion d'équité sociale, le lien entre l'équité procédurale et le bon fonctionnement des programmes sociaux tels l'assurance-emploi, est bien établi.

Social equity has particular salience for the poor because social inequalities are often addressed through government welfare programs [...] How the bureaucracy implements this law implicates issues of social equity; if done capriciously or arbitrarily then government can justly be

³⁹ *Cardinal c Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 RSC 643 (CSC) à la p 653 [*Cardinal*], en ligne : RSC <<http://canlii.ca/t/1ftwj>> (consulté le 9 septembre 2013).

⁴⁰ Michael Adler, « Understanding and Analysing Administrative Justice » dans Michael Adler, dir, *Administrative justice in context*, Oxford ; Portland, Or, Hart Pub, 2010, 129 à la p 132.

accused of violating its obligation to provide benefits in a fair and equitable manner.⁴¹

Une évaluation qui intègre ces différents concepts d'équité procédurale et d'équité sociale permet de concilier les considérations de droit substantiel avec une approche plus systémique car, « [l]es droits sociaux sont tout autant des droits substantifs [sic] que des droits procéduraux qui ont pour exigence minimale, mais non exclusive, la protection de la pleine citoyenneté des exclus⁴². »

Il est donc entendu qu'il existe un lien reconnu entre le respect de l'équité procédurale dans l'administration d'un programme de protection sociale et l'effectivité du droit à la protection sociale que celui-ci vise à offrir.

1.1.3 L'accessibilité à la justice

La notion d'accessibilité à la justice rejoint à plusieurs égards la notion d'équité procédurale. Par exemple, au Québec, les deux premiers articles de la Loi sur la justice administrative⁴³ identifient l'accessibilité et l'équité procédurale comme étant des piliers de la justice administrative.

⁴¹ Vicki Lens, « Administrative Justice in Public Welfare Bureaucracies: When Citizens (Don't) Complain » (2007) 39:3 Administration & Society 382-408 aux pp 382-383.

⁴² Lucie Lamarche, « Le droit social et les droits sociaux : des outils dissonants pour la régulation sociale dans le contexte du néolibéralisme » [2011] SSRN, en ligne : SSRN <<http://goo.gl/oklhCV>> (consulté le 7 novembre 2012).

⁴³ *Loi sur la justice administrative*, LRQ, c J-3, en ligne : <<http://canlii.ca/t/68zn7>>.
1. La présente loi a pour objet d'affirmer la spécificité de la justice administrative et d'en assurer la qualité, la célérité et l'**accessibilité**, de même que d'assurer le respect des droits fondamentaux des administrés.

[...]

2. Les procédure menant à une décision individuelle prise à l'égard d'un administré par l'Administration gouvernementale, en application des normes prescrites par la loi, sont conduites dans le respect du devoir d'**agir équitablement**. [L'emphase est de nous]

Pour le professeur Sossin, entre autres, « [a]ccess to a decision-maker may make the difference between justice and injustice⁴⁴. » Cette simple constatation explique pourquoi l'accessibilité à la justice est au cœur de la réflexion quand vient le temps d'analyser un processus de recours destiné à un groupe vulnérable de notre société tel que les sans-emploi, puisque « access is also a matter of resources⁴⁵ ». Pourtant, comme le souligne le professeur Sossin, jusqu'à récemment, « texts on administrative law rarely canvassed questions of access to administrative justice⁴⁶. » Ce mémoire souhaite contribuer à combler cette lacune.

Dans les pages qui suivent, l'accessibilité à la justice est entendue à la manière proposée par le professeur Pierre Noreau :

La notion d'accès à la justice renvoie à un idéal abstrait, mais également à un objectif institutionnel et organisationnel précis : la garantie que soient réunies toutes les conditions susceptibles de faciliter le recours à l'institution judiciaire. On renvoie ici au problème des coûts et des délais de justice, mais également au sentiment de (perte de) contrôle du justiciable sur le cheminement de son dossier. Abordée plus globalement encore, la notion d'accès à la justice renvoie aux conditions matérielles, relationnelles et logistiques entourant le recours aux services judiciaires⁴⁷.

Cette définition est tout à fait en harmonie avec celle présentée par le professeur Sossin qui, lui aussi, intègre des éléments sociaux ainsi que des considérations telles que l'indépendance judiciaire quand il affirme que

⁴⁴ Sossin, *supra* note 32 à la p 212. Dans l'affaire *BCGEU*, la Cour suprême du Canada affirme même que la primauté du droit repose sur l'accessibilité à la justice. [*BCGEU c British Columbia (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 214 (CSC) à la p 230 [*BCGEU*], en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1ftbp>> (consulté le 9 septembre 2013).]

⁴⁵ *Ibid* à la p 225.

⁴⁶ *Ibid* à la p 211.

access to administrative justice extends not only to standing, guidelines, fees, and representation, but also to whether decisions are well reasoned and delivered in a timely fashion. Access in this sense may also extend to whether decision makers are appointed under a competitive merit-based process and whether decision-makers are able to access appropriate training and education⁴⁸.

L'accessibilité et l'équité procédurale sont parmi les principaux facteurs qui déterminent si un processus d'appel joue son rôle dans la mise en œuvre d'un droit substantiel. Dans le contexte de l'assurance-emploi, les barrières (ou les passerelles) qui inhibent (ou permettent) l'accessibilité et l'exercice serein des recours prévus pour les assurés sans emploi qui se font refuser des prestations, témoignent de l'(in)efficacité du processus et de l'(in)effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi.

1.1.4 Les processus de contestation au croisement des notions d'accessibilité et d'équité procédurale

Pour le professeur Sossin, « [t]he logic of fairness, however, is that it must be viewed from the standpoint of those affected by decision making and, **from this perspective, accessibility and fairness are inextricably linked**⁴⁹. » [l'emphase est de nous] Pour arriver à cette conclusion, le professeur Sossin s'appuie, entre autres, sur les travaux du professeur Roderick McDonald qui propose des critères d'accessibilité à la justice. Parmi ceux-ci, on peut y lire qu'un système accessible devrait être compréhensible

⁴⁷ Pierre Noreau, « Accès à la justice et démocratie en panne : constats, analyses et projections » dans Pierre Noreau, dir, *Révolutionner la justice*, Montréal, Thémis, 2010 à la p 29.

⁴⁸ Sossin, *supra* note 32 à la p 232.

⁴⁹ *Ibid* à la p 231.

par ses usagers et offrir un traitement raisonnablement rapide, mais aussi offrir un traitement équitable à un coût raisonnable⁵⁰.

1.2 Des indicateurs d'accessibilité et d'équité procédurale

En ajoutant les indications principalement tirées des textes des professeurs Huscroft⁵¹, Noreau⁵², Villaggi⁵³, Issalys, Lemieux⁵⁴, Garant⁵⁵ et quelques autres⁵⁶ tant sur l'équité procédurale que l'accessibilité, il a été possible d'identifier des indicateurs pertinents ou communs à ces deux notions. C'est ce que présente le tableau 1 plus bas.

Les délais	La durée, mais aussi la prévisibilité de la durée des procédures et le temps nécessaire à consacrer aux procédures.
------------	---

⁵⁰ *Ibid* aux pp 212-213.

⁵¹ Grant Huscroft, « From Natural Justice to Fairness: Thresholds, Content, and the Role of Judicial Review » dans Lorne Mitchell Sossin et Colleen M Flood, dir, *Administrative law in context*, Second Edition, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2013, 147.

⁵² Noreau, *supra* note 47.

⁵³ Jean-Pierre Villaggi, *L'administration publique québécoise et le processus décisionnel: des pouvoirs au contrôle administratif et judiciaire*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2005.

⁵⁴ Issalys et Lemieux, *supra* note 37.

⁵⁵ Patrice Garant, Philippe Garant et Jérôme Garant, *Droit administratif*, 6e édition, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2010.

⁵⁶ Pour répertorier la littérature scientifique pertinente, ce sont les sources bibliographiques disponibles des grandes bases de données spécialisées, notamment HeinOnline, Westlaw, Jstor, Dalloz et CANLii qui répertorient l'essentiel des publications scientifiques en droit qui ont été utilisées. Autant que possible, les références théoriques les plus récentes et les plus pertinentes à cette étude ont aussi été consultées, tout particulièrement celles indiquées par M^e Rachel Cox, M. Martin Gallié et M^e Lucie Lamarche, tous trois professeurs au Département de sciences juridiques de l'UQAM.

La représentation	La possibilité et la facilité d'obtenir des services de représentation adéquats.
La complexité	La simplicité de la marche à suivre qui permet de comprendre et de respecter les procédures facilement et simplement. La possibilité de reprendre une démarche mal entreprise sans être pénalisé ⁵⁷ .
La médiatisation des relations entre le prestataire et l'appareil	L'exigence d'utiliser des méthodes médiatisées de communication (interaction avec un ordinateur, vidéoconférence, téléconférence, correspondance écrite, etc.) plutôt qu'une interaction directe avec une personne.
L'indépendance des décideurs et de l'institution	Les décideurs ont la sécurité d'emploi et une rémunération suffisante pour ne pas craindre de répercussion négative sur leur carrière dans le cas d'une décision défavorable à l'État; les décideurs sont libres d'influences et d'attaches avec les autorités politiques et administratives; l'institution fonctionne de manière autonome face au pouvoir exécutif.

⁵⁷ Bien qu'en principe, le droit administratif est caractérisé par une approche et un fonctionnement informel, il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre de règles et de contraintes sont imposées aux parties dans leurs démarches. Plusieurs auteurs, dont le professeur Huscroft, constate que « Because the tribunal will be intimately familiar with its own rules [...]. Failure to comply with a tribunal's rules may cause delay and expense for the client and will erode the patience of the tribunal » [Huscroft, *supra* note 51 à la p 189.]. L'indicateur élaboré ici accorde donc une valeur aux processus et aux instances qui sont capables d'atténuer (sinon même d'éliminer) les conséquences négatives généralement attribuables à l'inexpérience ou aux ressources limitées de l'appelant. En d'autres termes, la possibilité que « le fond l'emporte sur la forme ».

L'information	L'information nécessaire est disponible pour toutes les parties, sans conditions et sans préalables, afin de connaître les faits étudiés ainsi que les infractions et les sanctions précises qui y sont (potentiellement) associées, y compris par l'accès à la jurisprudence.
La transparence des procédures	La connaissance préalable, et en cours de route, de l'ensemble des étapes, de l'identité des décideurs et des parties, des faits soulevés, des procédures entamées, des moyens d'appel, des ressources disponibles, des coûts potentiels.
Les moyens d'appel autorisés	Plus le nombre et la diversité des moyens d'appel autorisés sont vastes, plus l'accès au processus de contestation est large.
Le coût des procédures de contestation	L'ensemble des dépenses relatives au recours doit être pris en compte. Outre les dépenses monétaires directes comme les frais judiciaires et indirectes comme l'embauche d'un représentant, la perte de salaire due au temps consacré aux procédures, les dépenses de secrétariat (photocopie, accès à l'internet, impression de documents), les déplacements, il faut aussi inclure le stress, le soutien sollicité auprès de l'entourage (pour obtenir des témoignages, des avis d'experts, etc.), l'impact sur le statut social d'avoir des démêlés avec la justice, le sentiment d'incompétence vécu lorsque confronté à une institution « experte » dans les procédures.

La compétence des décideurs	Le niveau de connaissance des décideurs, incluant leur expertise relative à la loi, aux règlements et à la jurisprudence, mais aussi du domaine qu'ils doivent arbitrer, de son territoire, de ses caractéristiques sociales, de sa démographie et de sa situation économique, etc.
Le droit d'appel	Plus il y a de possibilités de faire appel auprès de différentes instances, plus l'indicateur est favorable. Par exemple, la possibilité de demander une annulation ou une (ou plusieurs) modification(s) d'une décision ainsi que les conditions d'accès (de plein droit ou sur permission) à un niveau supérieur du processus.

**Tableau 1 • Indicateurs d'accessibilité et d'équité procédurale
d'un processus de contestation**

La démarche et la justification qui appuient l'identification de chacun de ces points sont intégrées aux chapitres qui forment le corpus principal de ce mémoire, il serait donc superfétatoire d'exposer ici les assises qui justifient ce choix. Cependant, l'identification de ces éléments d'évaluation permet d'ores et déjà de procéder à l'illustration graphique de l'approche conceptuelle de l'effectivité telle qu'elle est envisagée ici.

1.2.1 Une modélisation de l'évolution du processus de contestation

Puisque cette illustration est de nature dynamique, en superposant les données pré et post-réforme relatives tant aux considérations d'accessibilité qu'à celles en lien avec l'équité procédurale, une idée de l'évolution de l'effectivité se dessine. L'exemple utilisé ici permet également de visualiser que l'aire d'effectivité peut tout autant

s'accroître que se contracter, selon les choix législatifs et administratifs régulant le programme.

En combinant les valeurs minimales d'accessibilité et d'équité procédurale des deux époques (« Situation A » et « Situation B ») tel qu'exposé à la figure 1.2, on obtient l'aire réelle de chacune d'elles et donc le niveau d'effectivité du droit aux prestations en fonction de l'évolution des processus de contestation. C'est ce que présente la figure 1.3. Encore une fois, il est important de noter que les données des figures 1.2 et 1.3 sont utilisées ici à la seule fin d'illustration méthodologique et n'ont aucune valeur réelle.

Cette représentation graphique de l'évolution de l'effectivité comporte plusieurs limites, la première et la plus évidente étant bien sûr liée au fait que la mise en œuvre du droit se conjugue différemment pour chaque justiciable, chaque cause étant un cas d'espèce. De plus, l'exercice de quantification du droit est par essence extrêmement périlleux, les droits ne pouvant s'additionner, se soustraire et se multiplier. C'est pourquoi il est ici question de niveaux d'intensité des différentes variables observées et non d'une évaluation numérique précise. Il n'en demeure pas moins que chaque jour, les juges évaluent l'application des lois, des règles et des normes, déterminant la portée et la préséance des unes sur les autres, en faveur d'une partie ou d'une autre. Il s'agit donc, malgré ses limites, d'un exercice utile car il permet de schématiser et d'agglomérer plusieurs facteurs théoriquement distincts les uns des autres (l'indépendance des décideurs, les délais, la transparence du processus, les coûts, la médiatisation, les moyens d'appel, etc.) mais qui, en pratique, forment un tout pour la personne qui entame la contestation d'une décision défavorable.

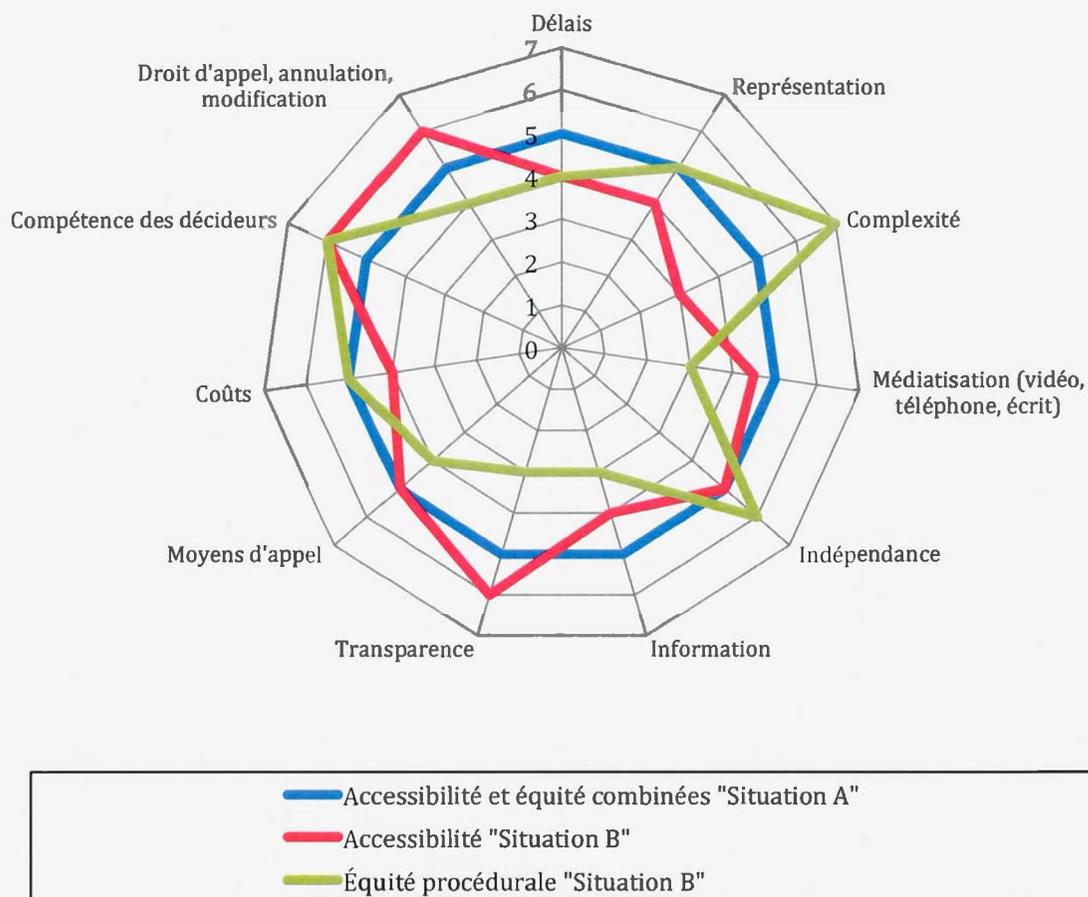


Figure 1.2 •• Modélisation de l'évolution de l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi selon les indicateurs d'accessibilité et d'équité procédurale du processus de contestation

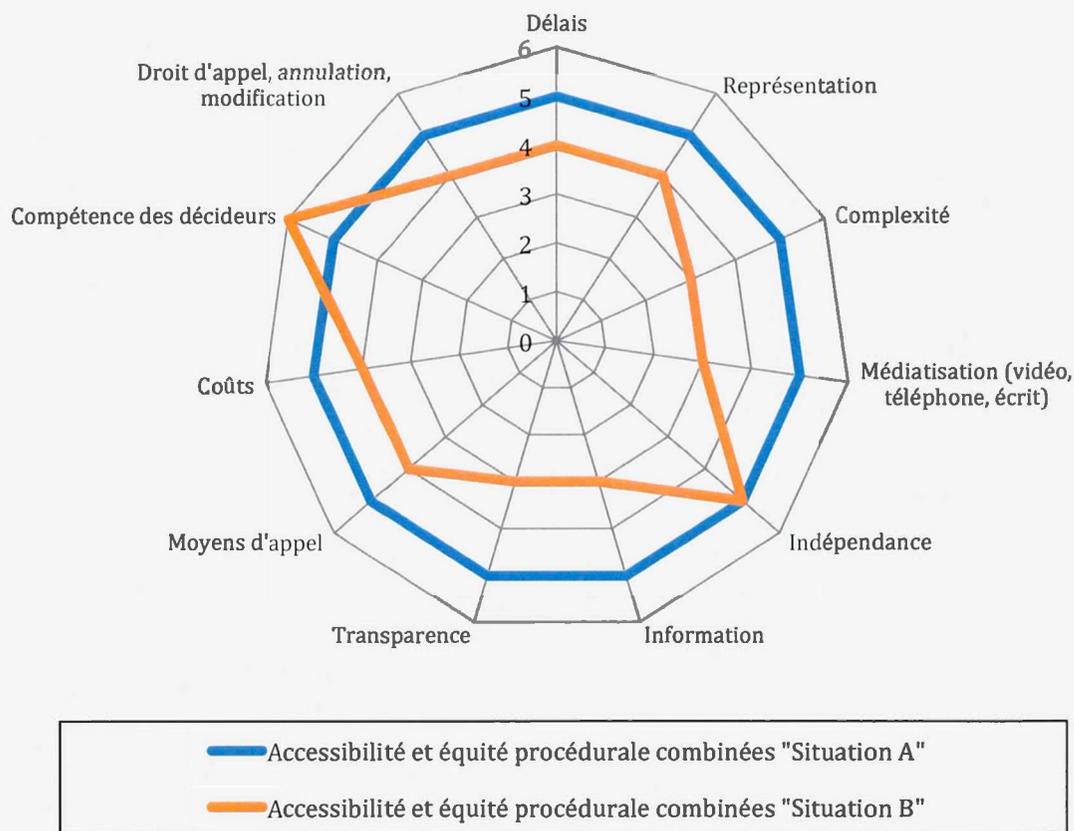


Figure 1.3 •• Modélisation de l'évolution de l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi en fonction du processus de contestation

1.3 La méthodologie de la démarche

La méthode utilisée pour mener la recherche et la rédaction de ce mémoire s'inspire de la méthodologie classique pour l'étude du droit : l'étude des lois, des règlements, de la jurisprudence et de la doctrine. À ces sources traditionnelles s'ajoute une revue

de la littérature des sciences humaines pertinente à l'administration de la justice, notamment en sociologie, en science politique et en communication. Le tout a été complété par la cueillette de données statistiques et empiriques sur le processus de contestation précédant et suivant la réforme.

Parmi les références juridiques, les principales décisions de la Cour suprême touchant les notions d'équité procédurale, de justice naturelle et d'indépendance judiciaire en droit administratif fédéral ont été consultées avec une attention particulière. Avec l'aide précieuse de M^e Jean-Guy Ouellet et de M^e Gilbert Nadon, praticiens spécialisés en assurance-emploi et chargés de cours en sciences juridiques, les décisions touchant les règles de justice naturelle et d'équité procédurale issues du juge-arbitre et de la Cour d'appel fédérale en la matière ont été fouillées en profondeur. Les communications faites dans le cadre d'un forum organisé par la CAEC⁵⁸ et deux entrevues complètent les sources documentaires utilisées. Les entrevues ont été menées auprès de personnes en situation d'autorité et ayant le statut de porte-parole autorisé, soit Mme Mary Lou Donnelley, commissaire de la CAEC, et M^e Michel Mathieu, avocat principal du TSS. Ces entrevues ont servi entre autres à valider l'interprétation des données recueillies au sujet du processus de contestation après la réforme⁵⁹.

⁵⁸ Tenu le 5 décembre 2013 à l'initiative de la Commissaire représentant les organisations ouvrières à la CAEC, ce forum, où étaient invités les principales organisations syndicales, les organisations de défense des droits des prestataires ainsi que quelques praticiens spécialisés et l'auteur de ce mémoire, a vu défiler la plupart des figures d'autorité de l'appareil gouvernemental responsables de l'assurance-emploi (y compris du processus de contestation), du ministre Jason Kenny à la directrice générale des politiques en assurance-emploi en passant par des sous-ministres, des adjoints ministériels et le directeur du service des appels. Ces responsables ont fait le tour des différents aspects de la réforme, tant d'un point de vue des objectifs visés qu'au niveau du (mal)fonctionnement du programme, une dizaine de mois après l'entrée en vigueur de la réforme.

⁵⁹ Puisque les deux personnes interviewées sont des experts et des porte-paroles autorisés dans leur domaine, que les entrevues n'ont pas été faites à l'aide d'une grille d'entrevue similaire pour les deux, que les questions posées visaient à obtenir leurs avis à titre d'experts reconnus dans ce domaine sur des questions/enjeux/situations qui leur sont familiers et que ces entrevues constituent une source

Ce mémoire est structuré en quatre chapitres. Le premier chapitre permet de contextualiser l'arrivée des changements au processus en plus de définir le cadre théorique et la méthodologie. Le second est une description analytique des voies de recours à la disposition des prestataires insatisfaits d'une décision rendue par la CAEC à leur égard avant et après la réforme de 2013. Pour chacun des paliers décisionnels, un court rappel expliquera l'ancien régime puis présentera la nouvelle structure en soulignant les différences et les innovations apportées par la réforme. Le troisième chapitre se concentre sur le processus post-réforme en focalisant sur l'impact des changements apportés au plan de l'accessibilité à la justice. Il évalue les conséquences potentielles de ces changements sur l'effectivité du droit aux prestations. Le quatrième chapitre s'intéresse à la conformité du processus de contestation aux principes d'équité procédurale suite à la réforme. Ce dernier chapitre est articulé autour des deux principales règles de l'équité procédurale en droit administratif, soit *audi alteram partem* (le droit d'être entendu) et *nemo iudex in sua causa* (nul ne peut être juge et partie), telles qu'elles sont dorénavant appliquées et en tentant de déterminer si les modifications apportées influencent l'effectivité du droit substantiel aux prestations d'assurance-emploi.

de référence, mais pas une source d'information, en ce sens que leur propos ne constituent pas la matière étudiée en tant que tel, il n'était pas nécessaire d'obtenir l'approbation du comité institutionnel d'éthique de la recherche avec les êtres humains de l'UQAM avant de faire les entrevues ou d'y faire référence ici.

CHAPITRE II

LES FAITS SAILLANTS DU PROCESSUS DE CONTESTATION AVANT ET APRÈS LA RÉFORME

Ce chapitre fait d'abord un rapide survol du processus de contestation des décisions de la CAEC avant la réforme, en soulignant ses caractéristiques telles qu'elles se sont affinées au cours des 72 années pendant lesquelles il a été en vigueur, puis expose le processus en place aujourd'hui en mettant en évidence les ruptures et les différences provoquées par la réforme de 2013. Le chapitre offre au passage deux illustrations synthétisant les versions pré et post-réforme du processus de contestation étudié ici.

2.1 Un portrait général du processus avant la réforme

Trouvant ses racines⁶⁰ dans le *National Insurance Act*⁶¹ britannique de 1911, le régime de contestation en vigueur jusqu'à récemment s'articulait principalement autour du Conseil arbitral (CA) qui représentait la principale voie de recours des prestataires qui choisissaient de contester une décision de la CAEC⁶². Constitué en

⁶⁰ Canada Department of Labour, « Unemployment Insurance In Canada Historical Background Of Legislation-outline Of Administration Of Unemployment Insurance Act, 1940-1943 » (1943) 43 *The Labour Gazette* 640; Pierre Issalys et Gaylord Watkins, *Les prestations d'assurance-chômage, une étude de la procédure administrative à la Commission d'assurance-chômage*, coll Droit administratif, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1978 à la p 139.

⁶¹ *National Insurance Act, 1911*, (R-U) 1 & 2 Geo V, c 55, art 88-90.

⁶² LAE, *supra* note 15 à l'ancien art 114.

vertu de l'ancien article 111 de la LAE, le CA avait la compétence pour se prononcer sur les décisions de la CAEC à l'exception de celles relatives aux prestations d'emploi⁶³, à l'assurabilité et aux cotisations qui ne pouvaient y faire l'objet d'un appel⁶⁴. Le CA relevait de la CAEC⁶⁵, et celle-ci voyait à la sélection, puis au programme de formation de ses membres. C'est la CAEC qui décidait de la composition des CA. Celui-ci était composé de trois personnes⁶⁶, soit deux assesseurs (l'un nommé à partir d'une liste fournie par les organisations ouvrières, l'autre à partir d'une liste soumise par les organisations patronales) et un président (nommé par le gouverneur en conseil) et, afin de fournir une garantie d'impartialité, les membres du conseil étaient choisis à tour de rôle sur chacune des trois listes⁶⁷.

Le CA avait un caractère paritaire (employeurs, employés, gouvernement), il siégeait localement et la Loi lui imposait un délai maximal de 30 jours⁶⁸ pour entendre un appel.

Le prestataire qui désirait contester une décision de la CAEC en faisant appel au CA⁶⁹ recevait automatiquement une copie du dossier motivant la décision de la CAEC pour se préparer à l'audience. Le CA tenait une audience *de novo*. Pendant le délai

⁶³ *Ibid*, art 64. Les prestations d'emploi visent les personnes qui participent aux programmes de formation, souvent qualifiés de « mesures actives » ou de « mesures d'employabilité ».

⁶⁴ *Ibid*, art 90.

⁶⁵ *Ibid*, art 111-112.

⁶⁶ *Ibid* à l'ancien art 111.

⁶⁷ *Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332 à l'ancien art 78(1) [RAE], en ligne : <<http://canlii.ca/t/69064>>.

⁶⁸ LAE, *supra* note 15, art 114.

⁶⁹ *Ibid* à l'ancien art 114.

statutaire de 30 jours⁷⁰ entre le dépôt de l'avis de contestation par le prestataire et l'audience du CA, la CAEC effectuait une révision administrative⁷¹. En 2011-2012, 63% des 22 009 appels ont été entendus par le Conseil arbitral dans les 30 jours suivant le dépôt de l'avis d'appel,⁷² soit une performance exemplaire si, à titre indicatif, on la compare avec les délais typiques de plusieurs tribunaux administratifs québécois⁷³.

Si l'une des parties souhaitait contester la décision du CA, elle bénéficiait d'un appel de plein droit au juge-arbitre⁷⁴ (JA) devant être déposé dans les 60 jours de la décision⁷⁵. La CAEC avait à son tour 60 jours pour faire parvenir aux parties une copie du dossier et de ses observations⁷⁶, suite à quoi le JA tenait son audience. Les juges-arbitres étaient recrutés parmi les juges, en fonction ou à la retraite, de la Cour fédérale ou d'une cour supérieure⁷⁷. Il était possible de soumettre les décisions du JA

⁷⁰ *Ibid* à l'ancien art 114(1).

⁷¹ Révision administrative informelle sous l'auspice de l'ancien article 120 de la LAE.

⁷² Commission de l'assurance-emploi du Canada, *supra* note 18 à la p 166.

⁷³ En 2012, la Régie du logement a pris 26,2 semaines comme délai moyen pour une première audience en fixation de loyer et 64 semaines dans les dossiers qu'elle qualifie de « Cause civile prioritaire »; selon la correspondance échangée avec la Commission des lésions professionnelles, celle-ci prenait un peu plus de cinq mois en moyenne pour tenir une audience suite au dépôt d'une contestation; si on se fie à son Rapport annuel de gestion 2012-2013, la Section affaires sociales du Tribunal administratif du Québec a eu besoin, en moyenne, de 20,4 mois pour fixer une audition pour les dossiers de Sécurité du revenu. Régie du logement, *Rapport annuel de gestion 2012-2013*, Montréal, Régie du logement, Québec, 2013, en ligne : <goo.gl/2YHsOm>; Tribunal administratif du Québec, *Rapport annuel de gestion 2012-2013*, Québec, Tribunal administratif du Québec, 2013, en ligne : <<http://goo.gl/BcWdNv>>.

⁷⁴ LAE, *supra* note 15 à l'ancien art 115(1).

⁷⁵ *Ibid* à l'ancien art 116.

⁷⁶ RAE, *supra* note 67 à l'ancien art 85(3).

⁷⁷ LAE, *supra* note 15 aux anciens art 112(1), (2).

à un contrôle judiciaire⁷⁸ devant la Cour d'appel fédérale (CAF). Voir la figure 2.1 pour une illustration du processus pré-réforme.

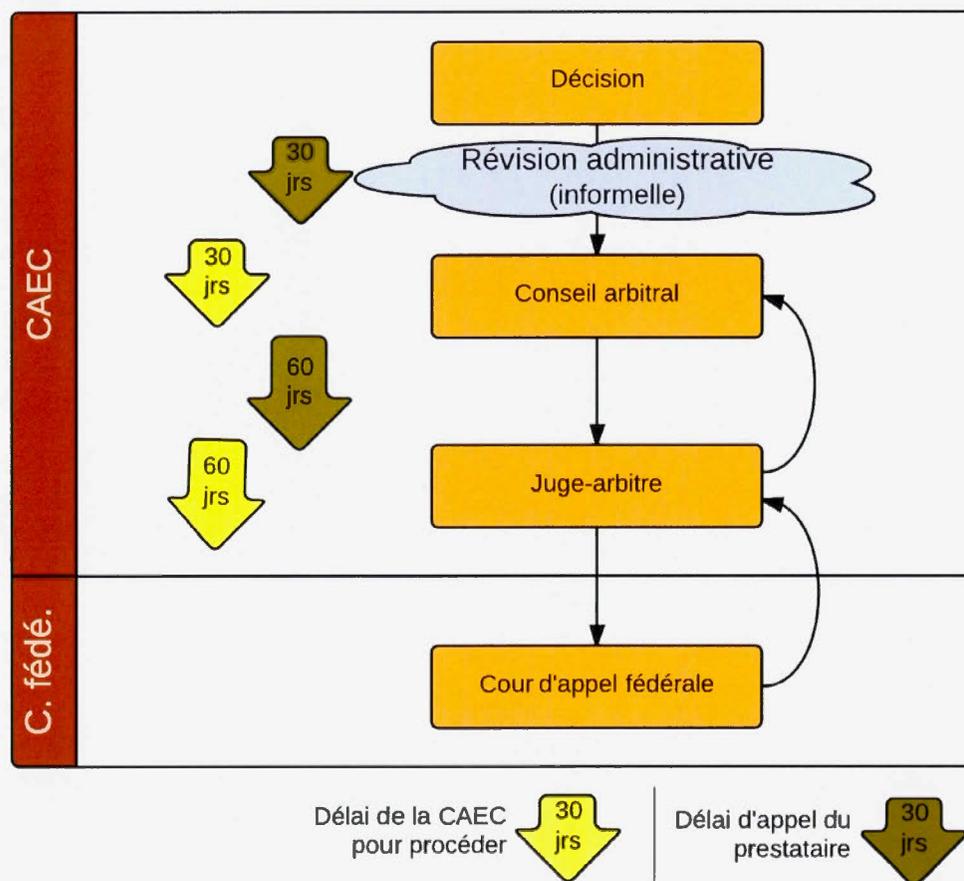


Figure 2.1 •• Le processus de contestation pré-réforme

⁷⁸ *Ibid* à l'ancien art 118.

2.2 Un portrait général du processus après la réforme

Le processus de contestation en vigueur aujourd'hui est divisé en quatre paliers. La révision administrative⁷⁹ (RA), menée par les agents de la CAEC, est dorénavant un préalable obligatoire à toute démarche devant le nouveau Tribunal de la sécurité sociale⁸⁰ (TSS) qui compte deux divisions (générale et d'appel)⁸¹. La division générale a l'obligation de rejeter sommairement le dossier si celui-ci semble n'avoir aucune chance de succès⁸² et, sauf exception, il est nécessaire d'obtenir une permission pour être entendu par la division d'appel⁸³. Selon l'objet de la contestation, les décisions du TSS peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire⁸⁴ soit de la part de la Cour fédérale, soit de la Cour d'appel fédérale. La figure 2.2 offre une représentation graphique du processus de contestation suite à la réforme.

⁷⁹ *Ibid*, art 112.

⁸⁰ *Ibid*, art 113.

⁸¹ *Loi sur le ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences*, LC 2005, c 34, art 44 [LMRHDC], en ligne : <<http://canlii.ca/t/6926v>>.

⁸² *Ibid*, art 53.

⁸³ *Ibid*, art 56.

⁸⁴ *Ibid*, art 68; *Loi sur les Cours fédérales*, LRC 1985, c F-7, art 28(1) [LCF], en ligne : <<http://canlii.ca/t/69256>>. La Cour fédérale est responsable du contrôle judiciaire des décisions de la division d'appel sur les questions de rejet sommaire, de délais et de permission d'appel. La Cour d'appel fédérale assume ce rôle pour toutes les autres décisions de la division d'appel du TSS.

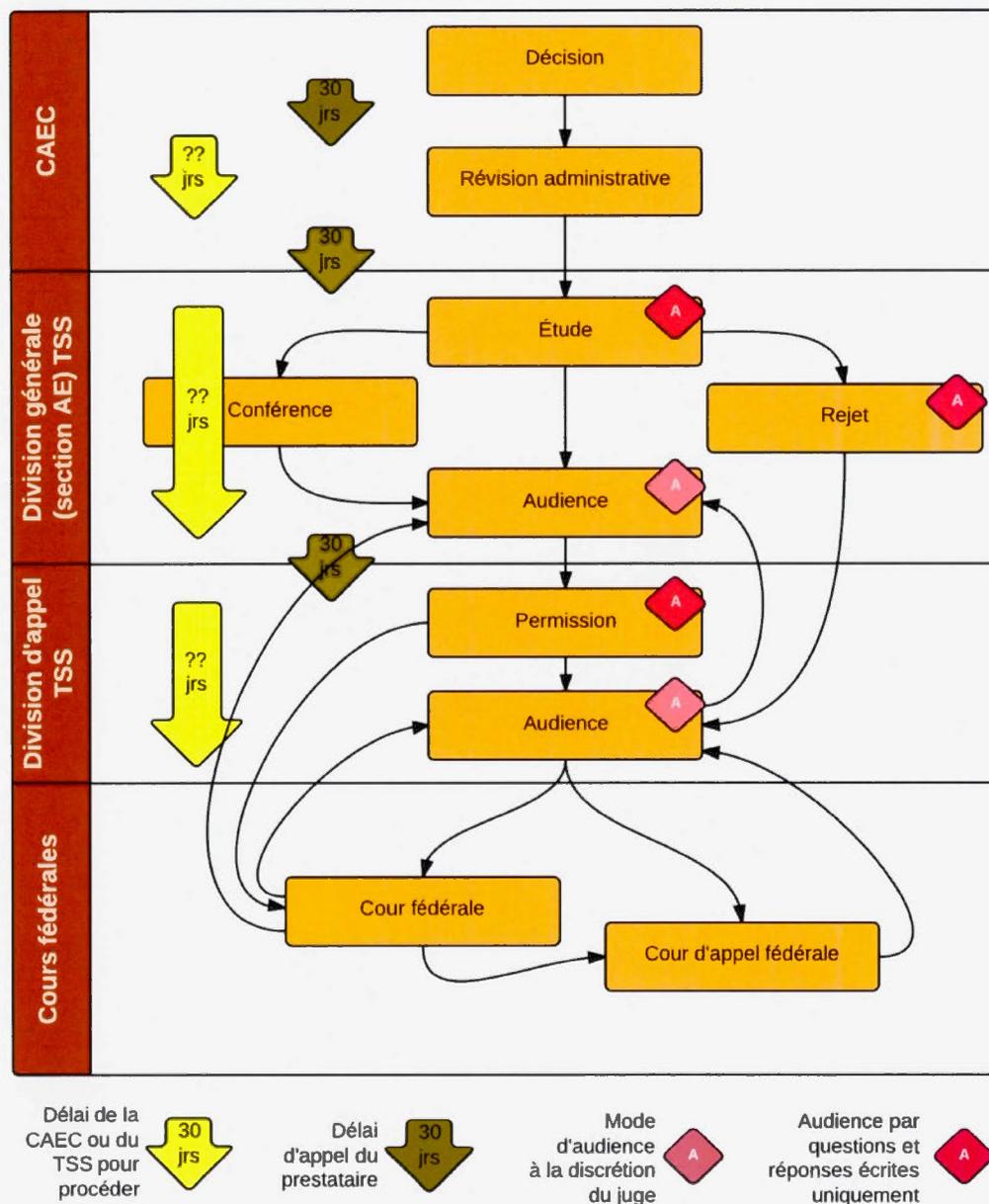


Figure 2.2 • Le processus de contestation post-réforme

2.2.1 La révision administrative

Depuis avril 2013, aux termes de l'article 112 de la LAE, les prestataires qui désirent contester une décision doivent présenter dans les 30 jours de celle-ci une demande de révision administrative. Cette révision est encadrée par deux règlements⁸⁵. Selon Service Canada, « [l]e réexamen servira de mécanisme de vérification interne des décisions de la Commission afin d'assurer que les politiques et directives, ainsi que la *Loi* et le *Règlement* ont été appliqués de façon juste et équitable⁸⁶. » Bien que la révision administrative vise uniquement la décision contestée, les agents responsables de mener celle-ci se font demander de considérer l'ensemble du dossier et non seulement la décision⁸⁷.

Pour enclencher le processus de révision administrative, les prestataires doivent remplir et déposer un formulaire intitulé « Demande de révision d'une décision d'assurance-emploi⁸⁸ ». À l'occasion de la réforme, la CAEC a revu ses directives administratives⁸⁹. En vertu de celles-ci, le prestataire doit maintenant présenter une

⁸⁵ *Règlement sur les demandes de révision*, DORS/2013-63 [RDR], en ligne : <<http://canlii.ca/t/6924q>>; RAE, *supra* note 67.

⁸⁶ Service Canada, *Le tribunal de la sécurité sociale*, 3 décembre 2012 à la p 6, en ligne : <<http://goo.gl/dHmPuQ>> (consulté le 4 décembre 2012).

⁸⁷ Paul Thompson, Éric Giguère et Robert Lalonde, *Panel révision administrative*, MP3, Gatineau (Québec), Forum sur l'assurance-emploi, 5 décembre 2013. M. Thompson est sous-ministre adjoint principal, Emploi et Développement social Canada, M. Giguère est directeur, services des appels, Service Canada, M. Lalonde est conseiller, politique des appels, Emploi et Développement social Canada.

⁸⁸ Service Canada, *Demande de révision d'une décision d'assurance-emploi*, 2013, en ligne : Gouvernement du Canada <<http://goo.gl/R5rjW6>>.

⁸⁹ Service Canada, *Note de service : Demandes de renseignements personnels au cours du processus de révision administrative*, 25 octobre 2013; Service Canada, *Note de service : Demandes de révision administrative*, 25 septembre 2013; Guillaume Bourgault-Côté, « Assurance-emploi - La révision obligatoire se fera à l'aveugle » (10 juin 2013), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/yS9o0S>> (consulté le 14 août 2013); Guillaume Bourgault-Côté, « Assurance-emploi - L'accès à l'information avant l'accès au dossier » (23 octobre 2013), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/I20VU4>> (consulté le 11 novembre 2013).

demande d'accès à l'information s'il veut connaître les éléments de preuve qui justifient, selon la CAEC, une décision défavorable à l'endroit du prestataire (une exclusion pour conduite ou départ volontaire, un refus d'emploi convenable, une inadmissibilité pour manque de disponibilité, une pénalité pour fausse déclaration, etc.). Cette façon de faire rend peu probable l'éventualité qu'un prestataire soit en mesure d'obtenir ces informations avant l'expiration du délai de 30 jours prévu à l'article 112 de la Loi, ce qui limite sa capacité de faire valoir son point de vue sur le formulaire de demande de révision.

Il importe de souligner que la révision administrative (RA) est susceptible de jouer un rôle déterminant dans le processus de contestation, car « [d]espite internal review having the theoretical potential to be merely the first step in a grand hierarchy of legal redress, research has indicated that the majority of grievances do not proceed beyond the first stage of complaint⁹⁰. » Par ailleurs, selon le chercheur Dave Cowan et le professeur de droit Simon Halliday, « Compulsory internal review [...] will have a clear attraction for governments seeking to promote efficiency and financial savings⁹¹ ».

Les prestataires peuvent aussi avoir intérêt à recourir à un processus de révision administrative, en particulier si celui-ci permet d'accélérer le traitement du dossier. En effet, la vitesse d'exécution est un enjeu majeur pour établir l'utilité et la crédibilité d'un tel service aux yeux des demandeurs. Les professeurs Issalys suggère même l'imposition d'un délai statutaire pour ce type de révision dans le but de consolider son utilité.

⁹⁰ David Cowan et Simon Halliday, *The Appeal of Internal Review : Law, Administrative Justice, and the (Non-)Emergence of Disputes*, Oxford; Portland, Or, Hart Pub, 2003 à la p 5.

⁹¹ *Ibid.*

[T]he clearest advantage that internal reconsideration can offer is speed. From the standpoint of the applicant, the right to obtain reconsideration can only be valuable as a temporary substitute for a right of appeal if it gives a chance of obtaining a more satisfactory decision within a much shorter time-frame than would an appeal to an external authority. [...] Conceivably, a statutory limitation could be imposed as to the time by which the revised ruling should be made⁹².

Toutefois, en l'espèce, l'imposition d'une révision administrative préalable à toute démarche d'appel devant le TSS représente surtout un risque de prolongation des délais. Aujourd'hui, la seule référence au délai se trouve à l'article 79 du RAE : « La Commission rend sans délai sa décision à l'égard de la demande de révision⁹³ ». Les données disponibles en juillet 2014 confirment les craintes que la révision administrative soit une source de prolongation des délais. Certains observateurs estiment que ceux-ci seraient jusqu'à quatre fois plus longs qu'avant la réforme, et ce, en bonne partie à cause de la révision administrative obligatoire⁹⁴.

En contraste, l'ancien article 114 prévoyait 30 jours pour porter une décision en appel devant le Conseil arbitral, mais le délai courait à partir de la date de la décision initiale et non pas à partir de la date de l'éventuelle décision d'une révision administrative (RA). Il y a là un impact potentiellement négatif sur l'effectivité du droit aux prestations, car les délais sont l'un des principaux motifs d'abandon des procédures⁹⁵.

⁹² Pierre Issalys, *Social Benefit Appeals: Towards a Rationalization*, Rapport de recherche, Canada, ministère de la Justice, 1986 à la p 226.

⁹³ RAE, *supra* note 67, art 79.

⁹⁴ Thompson, Giguère et Lalonde, *supra* note 87; Bourgault-Côté, *supra* note 17.

⁹⁵ Cowan et Halliday, *supra* note 90 à la p 206.

2.2.2 Le Tribunal de la sécurité sociale

Le Tribunal de la sécurité sociale (TSS) représente l'étape du processus de contestation où le dossier passe du traitement administratif à celui d'une instance quasi-judiciaire, ce qui impose un cadre procédural bien plus exigeant.

2.2.2.1 La composition du TSS

Le TSS est un tribunal qui compte un maximum de 74 juges à temps plein et de juges à temps partiel dont le cumul de temps consacré au TSS ne dépasse pas l'équivalent de 11 juges à temps plein⁹⁶. Il est dirigé par un président et trois vice-présidents⁹⁷ qui œuvrent à partir des bureaux du TSS situés dans la région de la capitale fédérale. Les juges siègent seuls⁹⁸ lors des audiences, en contraste avec la formation paritaire de l'ancien Conseil arbitral.

2.2.2.2 La structure du TSS

Tout comme la CAEC, le TSS relève du ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences⁹⁹. Le TSS est partagé en deux divisions, la division générale (DG) et la division d'appel (DA). La division générale du TSS compte deux sections¹⁰⁰, l'une dédiée à l'assurance-emploi et l'autre, à la sécurité du revenu.

⁹⁶ LMRHDC, *supra* note 81, art 45(1), (3).

⁹⁷ *Ibid*, art 45(2).

⁹⁸ *Ibid*, art 61.

⁹⁹ *Ibid*, part III, 5.

¹⁰⁰ *Ibid*, art 44(2). La section de la sécurité du revenu traite des causes touchant le Régime de pension du Canada constitué par la Loi sur le *Régime de pensions du Canada*, 1985 [RPC], en ligne : <<http://canlii.ca/t/6925g>>. et celles issues de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* [LSV], en ligne : <<http://canlii.ca/t/694r1>>.

La section assurance-emploi de la division générale joue le rôle qui était auparavant dévolu au Conseil arbitral, en ce sens qu'il s'agit de la première possibilité pour un prestataire d'obtenir l'avis d'un tribunal indépendant et impartial relatif à une décision de la CAEC. À une exception près, la division générale a les mêmes compétences que le Conseil arbitral¹⁰¹. Cependant, la structure et le fonctionnement des deux instances (Conseil arbitral et TSS) sont très différents.

2.2.3 La division générale du TSS

Si le prestataire n'est pas satisfait de la décision rendue par la révision administrative, il doit, en vertu de l'article 113 de la LAE, se tourner vers la division générale du TSS dans les 30 jours¹⁰² qui suivent la réception de la décision de la révision administrative. La CAEC dispose d'un délai maximal de sept jours après avoir été avisée par le TSS du dépôt de la demande d'appel pour remettre le dossier ainsi que ses observations au TSS¹⁰³. Le TSS transmet aux parties une copie des pièces au dossier dès qu'il les reçoit¹⁰⁴. Cela permet au prestataire d'avoir accès, pour la première fois, à son dossier¹⁰⁵. La DG tient une audience *de novo*, comme le faisait le CA.

¹⁰¹ Dorénavant, il ne peut y avoir qu'une seule demande d'annulation ou de modification par partie pour une décision précise. LMRHDC, *supra* note 81, art 66(3).

¹⁰² *Ibid*, art 52(1)(a).

¹⁰³ *Règlement sur le Tribunal de la sécurité sociale*, DORS/2013-60, art 30 [RTSS], en ligne : <<http://canlii.ca/t/6924r>>.

¹⁰⁴ *Ibid*, art 31.

¹⁰⁵ À moins d'avoir déjà obtenu copie de son dossier par le biais d'une demande d'accès à l'information, voir *supra* à la section 2.2.1 du mémoire.

2.2.3.1 Les décisions de la division générale

En bref, la division générale peut prendre quatre décisions. Rejeter sommairement la demande d'appel, référer les parties à une conférence, accorder en tout ou en partie l'appel, rejeter l'appel après audience. En cas de rejet sommaire, le prestataire peut s'adresser directement à la division d'appel, sans avoir à demander la permission d'appel habituellement requise.

2.2.3.1.1 Le rejet sommaire

Avant de fixer une audience, le juge évalue les chances de succès du dossier. S'il considère qu'une demande n'a aucune chance d'être accueillie, il rejette sommairement celle-ci¹⁰⁶. Avant de prendre cette décision, il doit en aviser l'appelant et l'inviter à soumettre, dans un délai raisonnable, des observations destinées à soutenir sa position¹⁰⁷. La possibilité du rejet sommaire d'un appel représente une innovation majeure du nouveau système puisque l'appelant bénéficiait d'un appel de plein droit au CA. Cette procédure signifie qu'un prestataire qui veut contester une décision négative peut ne jamais avoir eu la possibilité d'exposer de vive voix, à une instance indépendante, le fondement de sa demande.

De plus, l'imposition de cette étape ajoute à la complexité du processus et pose des contraintes procédurales supplémentaires, principalement en exigeant la rédaction de moyens d'appel détaillés. La complexification du système est particulièrement dommageable pour le prestataire, puisque « [o]ne of the key concerns relating to an area of the law concerned with state provision such as social security [...] is that its inherent complexity has a negative overall impact on the rights of the citizen by

¹⁰⁶ LMRHDC, *supra* note 81, art 53(1); RTSS, *supra* note 103, art 31(1)(b).

¹⁰⁷ RTSS, *supra* note 103, art 22(1).

threatening their realisation in practice¹⁰⁸. » En somme, avec la possibilité d'un rejet sommaire et, le cas échéant, l'obligation de produire une argumentation écrite pour éviter un tel rejet, aux termes de la définition de l'accès à la justice de Noreau, les conditions susceptibles de faciliter le recours à l'institution judiciaire ne sont pas réunies.

2.2.3.1.2 Les conférences

Le juge (de sa propre initiative ou à la suggestion d'une des parties) peut inviter les parties à tenir différentes conférences préparatoires¹⁰⁹ de règlement de différends¹¹⁰ (*dispute resolution process*) ou de règlement¹¹¹ (*settlement*). Les conférences sont une nouveauté apportée par la réforme. Pourtant, comme l'expliquent les professeures Richardson et Genn,

[t]here is not an unlimited range of alternative outcomes that the parties can explore in order to 'resolve' a difference of view. Entitlement is based on the factual situation of the claimant in relation to the relevant regulation. The claimant may believe that her situation satisfies the requirements while the agency takes a different view. The role of the tribunal is to decide which view will prevail and award or deny the benefit on that basis.¹¹²

Et, en effet, rien dans la Loi ne permet de négocier le taux de prestation, l'état de chômage, l'assurabilité d'un emploi ou le statut parental d'un prestataire. Il est

¹⁰⁸ Harris, *supra* note 38 à la p 3.

¹⁰⁹ RTSS, *supra* note 103, art 15.

¹¹⁰ *Ibid*, art 16.

¹¹¹ *Ibid*, art 17.

¹¹² Genevra Richardson et Hazel Genn, « Tribunals in Transition: Resolution or Adjudication? » (2007) 01 Public Law 116 - 141 à la p 137.

toutefois possible d'imaginer que les dossiers reliés aux conflits de travail collectifs puissent être en partie discutés dans un tel forum¹¹³. Selon les informations disponibles¹¹⁴ en août 2014, 17 mois après l'entrée en vigueur de la réforme, aucune conférence de ce type n'avait encore eu lieu.

2.2.4 La division d'appel du TSS

La division d'appel¹¹⁵ du TSS occupe la place autrefois dévolue au juge-arbitre. Aujourd'hui, le rôle de la division d'appel (DA) est de réexaminer un dossier à la demande d'une partie insatisfaite de la décision de la DG¹¹⁶. La division d'appel n'accepte que trois motifs d'appel soit :

- a) la division générale n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;
- b) elle a rendu une décision entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier;

¹¹³ Les dossiers de conflits de travail collectifs requièrent de la part des décideurs des évaluations plus complexes et moins tranchées que dans la plupart des autres dossiers. Par exemple, il est de jurisprudence constante d'exiger que l'entreprise doit atteindre 80% du niveau d'activité précédant le conflit pour que les salariés toujours sans-emploi de cette entreprise, soient admissibles aux prestations. Cependant la définition de cette règle est ouverte à bien des interprétations (80% du chiffre d'affaires, du volume de production, du nombre d'employés, etc.).

¹¹⁴ En août 2014, le TSS n'a publié aucune information, rapport d'activités ou rapport de gestion. Des demandes formelles et informelles ont été soumises, y compris en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, mais aucune de ces demandes n'a eu de réponse. Les praticiens spécialisés consultés (les groupes de défense de droits des chômeuses et chômeurs membres du MASSE, les services juridiques de la CSN et de la FTQ, le cabinet d'avocat Ouellet Nadon) n'ont jamais utilisé les conférences de règlement ni eu connaissance de l'usage par d'autres de cette instance prévue par la Loi.

¹¹⁵ Elle est constituée en vertu de l'article 44(1) de la LMRHDC [*supra* note 81], les articles 55 à 59 définissent son cadre et son autorité.

¹¹⁶ *Ibid*, art 55.

- c) elle a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance¹¹⁷.

De plus, il ne s'agit pas d'une audience *de novo*, mais plutôt d'un examen de la décision de la division générale¹¹⁸.

Plusieurs caractéristiques importantes distinguent toutefois la DA du juge-arbitre. La plus importante du point de vue des appelants est probablement que, sauf pour contester un rejet sommaire¹¹⁹, les parties doivent demander la permission d'être entendues¹²⁰. Il s'agit d'une diminution considérable de l'accessibilité par rapport au processus d'avant la réforme, puisqu'autrefois l'appel était de plein droit. Le délai pour loger un appel est, quant à lui, divisé par deux, passant de 60 à 30 jours¹²¹.

Depuis 1980, les prestataires disposaient d'un appel de plein droit au juge-arbitre¹²² sur les questions de droit, de justice naturelle, de compétence, et d'interprétation de faits erronée, abusive ou arbitraire¹²³. À ces moyens, il fallait ajouter tout manquement à l'obligation faite au CA de motiver ses décisions¹²⁴,

¹¹⁷ *Ibid*, art 58 (1).

¹¹⁸ Ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences, *supra* note 19 à la p 861.

¹¹⁹ LMRHDC, *supra* note 81, art 56(2).

¹²⁰ *Ibid*, art 56(1).

¹²¹ *Ibid*, art 57(1)(a). Ce délai peut être prorogé d'au plus un an en vertu de 57(2).

¹²² LAE, *supra* note 15 à l'ancien art 115(1).

¹²³ *Ibid* à l'ancien art 115(2).

¹²⁴ *Ibid* à l'ancien art 114(3).

l'absence de motivation offrant, *de facto*, un moyen d'appel supplémentaire¹²⁵. En 2011-2012, 1 914 demandes d'appel ont été présentées à l'un ou l'autre de la quarantaine de juges-arbitres en fonction; 96,8 % de ces dossiers d'appel ont été préparés et envoyés par la CAEC au Bureau du juge-arbitre en 60 jours ou moins¹²⁶, conformément à l'exigence législative¹²⁷ de l'époque, ce qui constitue, encore une fois, du point de vue de la célérité du processus, une performance exemplaire.

L'obligation d'obtenir la permission pour loger un appel à la DA¹²⁸ ajoute une étape supplémentaire au processus. Le juge accorde ou refuse la permission uniquement sur la base des observations déposées à l'appui de la demande¹²⁹. Si la permission d'appel est accordée, les autres parties sont informées de l'appel¹³⁰ et ont 45 jours pour déposer leurs observations¹³¹. Suite à ce délai, le juge doit rendre une décision sur la base du dossier ou convoquer une audience¹³².

Encore une fois, plutôt que de faciliter le recours, l'obligation de demander la permission d'appel ajoute de la complexité et des délais au processus et, par le fait

¹²⁵ *Oberde Bellefleur op. Clinique dentaire O Bellefleur, Employer, employeur c Le Procureur général du Canada*, 2008 CAF 13, en ligne : <<http://canlii.ca/t/1vf5v>>; *Parks c Canada (Procureur général)*, 1998 CAF A-321-97, en ligne : <<http://canlii.ca/t/4mbm>>.

¹²⁶ Commission de l'assurance-emploi du Canada, *supra* note 18 à la p 166.

¹²⁷ LAE, *supra* note 15, art 116.

¹²⁸ LMRHDC, *supra* note 81 à la p 58.

¹²⁹ RTSS, *supra* note 103, art 41.

¹³⁰ Seule la partie qui dépose la demande de permission d'appel sait qu'elle exécute cette démarche. Les autres parties en seront informées par le TSS uniquement si la demande est accordée.

¹³¹ RTSS, *supra* note 103, art 42.

¹³² *Ibid*, art 43.

même, rend moins accessible la possibilité réelle de contester une décision refusant de reconnaître le droit aux prestations d'assurance-emploi.

La décision de la DA est finale mais peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire¹³³ par la Cour fédérale ou la Cour d'appel fédérale, selon l'objet du litige¹³⁴. Avant la réforme, seule la Cour d'appel fédérale exerçait un rôle de contrôle judiciaire dans le processus de contestation (voir Figure 2.1). Le partage de la responsabilité du contrôle judiciaire par deux cours, alors que l'une des motivations officielles de la réforme est la « simplification », ne fait l'objet d'aucune explication dans la littérature consultée.

2.2.5 Le fonctionnement du TSS

Une grande partie des distinctions apportées au processus de contestation par la réforme se situent au plan de l'organisation. L'époque pré-réforme était marquée au siveau d'un fonctionnement très décentralisé et reposant largement sur une équipe de greffiers et de conseils arbitraux œuvrant dans les différents points de service de la CAEC à travers le pays, alors que c'est une approche largement déterritorialisée qui est maintenant en place. L'essentiel du travail de préparation technique des audiences du CA (distribution des documents, envoi des avis de convocation, réservation de salles, etc.) était accompli par les greffiers attachés à chacun des points de service de la CAEC à travers le pays. Ces postes ont été abolis. Le travail est dorénavant partagé entre le siège du TSS, qui est centralisé dans la région de la capitale canadienne¹³⁵

¹³³ LMRHDC, *supra* note 81, art 69.

¹³⁴ LCF, *supra* note 84, art 28(1)(g).

¹³⁵ LMRHDC, *supra* note 81, art 60.

sous la supervision de la présidence et des vice-présidences¹³⁶ d'une part, et les différents juges d'autre part.

2.3 Un bilan des modifications du processus de contestation

Le législateur a annoncé le nouveau système comme une opération visant à offrir aux citoyens une voie de recours qui soit plus simple, plus efficace et moins dispendieuse tout en étant juste. Les chapitres suivants permettront de réfléchir entre autres sur les aspects de l'efficacité et du coût, mais pour ce qui est de la simplicité, force est de constater qu'il s'agit d'un exercice de novlangue¹³⁷ car l'observation méticuleuse des faits dément cette affirmation avec vigueur.

¹³⁶ *Ibid*, art 46.

¹³⁷ La novlangue (souvent mieux connue sous l'appellation anglophone *newspeak*) est une création contenue dans *1984*, l'œuvre majeur de l'auteur George Orwell. Dans l'univers imaginé par celui-ci, la novlangue fait partie d'une méthode de propagande et d'endoctrinement qui permet entre autres de modifier le sens des mots afin de rendre impossible la formulation de pensées critiques ou subversives. La novlangue donne des expressions telles que « la guerre, c'est la paix », « la liberté, c'est l'esclavage » ou encore « l'ignorance, c'est la force ».

CHAPITRE III

L'ACCESSIBILITÉ DU PROCESSUS DE CONTESTATION, VECTEUR DE L'EFFECTIVITÉ DU DROIT AUX PRESTATIONS

A quoi sert un processus de contestation si ceux et celles à qui il est censé être destiné font face à tellement d'obstacles qu'ils n'arrivent pas à en faire usage ? La pertinence d'un tel processus est donc directement conditionnée par l'accessibilité de celui-ci. C'est à cet enjeu que les prochaines pages seront consacrées en procédant à la revue des différentes considérations d'accessibilité à la justice définies au premier chapitre et toujours en utilisant la définition développée par le professeur Noreau comme point de repère. Cette partie du texte se termine par un bilan graphique rassemblant les différents indicateurs d'accessibilité du processus de contestation.

3.1 L'accessibilité du mécanisme de contestation, un enjeu d'équité sociale et d'effectivité du programme d'assurance-emploi

Dans la société canadienne, la vaste majorité des sans-emploi sont, par définition, des personnes vulnérables d'un point de vue économique, mais aussi à d'autres égards. Le statut de chômeur est souvent le lot de personnes aux prises avec d'autres difficultés individuelles telles que l'analphabétisme et la maladie¹³⁸, mais aussi des problèmes collectifs, comme habiter une région où l'emploi dépend d'activités cycliques ou appartenir à un groupe ciblé par la discrimination systémique tel que les

¹³⁸ Marie-Claude Langlois, *Analphabétisme et littératie au Canada*, Publications de recherche de la Bibliothèque du Parlement, coll Notes de la Colline, Ottawa, Bibliothèque du Parlement du Canada, Division des affaires sociales, 2012, en ligne : Parlement du Canada <<http://goo.gl/91pPCY>> (consulté le 7 avril 2013).

femmes¹³⁹. L'effectivité du programme d'assurance-emploi est donc tributaire de sa capacité à accueillir non seulement « le citoyen ordinaire » en situation « normale¹⁴⁰ », mais aussi la personne affaiblie économiquement et socialement. Le degré d'accessibilité du processus de contestation des décisions de la CAEC doit donc être particulièrement élevé afin de compenser les difficultés vécues par les individus qui feront appel au processus, mais aussi de garantir que les objectifs de protection sociale du programme soient atteints et que tous les assurés admissibles bénéficient bel et bien des prestations auxquelles ils ont droit.

3.1.1 La (dé)localisation et le type d'audience

Le juge du TSS choisit si l'audience aura lieu par écrit (échange de correspondance), en personne, par téléconférence ou par vidéoconférence¹⁴¹. Il s'agit là d'un changement procédural majeur. Jusqu'à la réforme, la notion du « droit d'être entendu », que le professeur Garant présente comme une vertu cardinal du droit administratif¹⁴², était comprise au sens littéral et garantissait aux prestataires la possibilité d'exprimer de vive voix leurs points de vue auprès des décideurs, qu'ils soient fonctionnaires, membres d'un CA ou juge-arbitre. Même s'il arrivait autrefois que le CA utilise des moyens électroniques pour permettre aux parties (et

¹³⁹ K A Lahey, « Women, Substantive Equality, and Fiscal Policy: Gender-Based Analysis of Taxes, Benefits, and Budgets » (2010) 22:1 CJWL 27-106 aux pp 40-42; Nathalie Morel, « Le genre des politiques sociales. L'apport théorique des "gender studies" à l'analyse des politiques sociales » (2007) 49:3 Sociologie du Travail 383 à la p 386.

¹⁴⁰ Palier et Martin, *supra* note 9 à la p 2. L'homme blanc, chef de famille, d'âge moyen et occupant un emploi permanent pour qui les programmes de protection sociale de type bismarckien tel que l'assurance-emploi ont généralement été conçus.

¹⁴¹ RTSS, *supra* note 103, art 21. Voir *infra* à la section 3.1.2 du mémoire sur l'interprétation possible de l'interaction des articles 21 et 31 sur les audiences par questions et réponses écrites au niveau de la division générale du TSS.

¹⁴² Garant, Garant et Garant, *supra* note 55 à la p 609.

occasionnellement aux témoins) situées en région éloignée d'être entendues, la nouvelle approche vise à faire de la vidéoconférence le moyen privilégié de tenir une audition¹⁴³. C'est l'une des expressions concrètes du Principe général¹⁴⁴ présentées dans le Règlement, soit « d'apporter une solution à l'appel ou à la demande qui soit juste et **la plus expéditive et économique possible.** » [l'emphase est de nous]

Au Québec, l'expression consacrée pour décrire un processus décisionnel rapide, mais respectueux de l'équité procédurale, est « célérité ». Par exemple, le Comité de révision de la procédure civile avait mis au cœur de sa vision les objectifs de la « célérité et de l'adéquation des coûts de la justice¹⁴⁵ ». De la même façon, l'article 1 de la Loi sur la justice administrative¹⁴⁶ vise la « célérité » de la justice administrative. Cependant en Ontario, la Loi sur l'Exercice des compétences légales¹⁴⁷ partage en partie l'objectif du Règlement fédéral cité plus haut. En effet, l'article 2 de la loi ontarienne affirme rechercher « la façon la plus expéditive et la plus efficace par rapport au coût » de garantir un « règlement équitable ». Par contre, l'objectif de trouver la solution la « plus économique possible » ne trouve d'écho exact ni au Québec ni en Ontario, les deux provinces prenant la peine de pondérer la recherche d'économie avec celle de l'équité.

¹⁴³ Ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences, *supra* note 19 à la p 863.

¹⁴⁴ RTSS, *supra* note 103, art 2.

¹⁴⁵ Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure judiciaire : une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Québec, Ministère de la Justice, 2001 à la p 31, en ligne : <<http://goo.gl/PZ9H8c>>.

¹⁴⁶ *Loi sur la justice administrative*, *supra* note 43, art 1.

¹⁴⁷ *Loi sur l'Exercice des compétences légales*, LRO 1990, c S22, art 2, en ligne : <<http://canlii.ca/t/psbp>>.

Reflet de la recherche de la solution la plus économique possible et conséquence directe de la nouvelle partie 6 de la LMRHDC, le fonctionnement du TSS a été entièrement conçu pour que ses membres, à l'exception du président et des vice-présidents, œuvrent depuis leur résidence. Une partie du travail accompli autrefois par les greffiers est maintenant confiée aux juges et le reste revient aux parties impliquées. Les juges doivent aussi faire office de techniciens et tenir les audiences par téléphone et vidéoconférence à partir d'installations dont ils assurent le fonctionnement eux-mêmes¹⁴⁸. Il s'agit d'un autre aspect du TSS qui mérite certainement d'être observé avec attention, puisque, selon un porte-parole du TSS¹⁴⁹, c'est une première au Canada.

On peut s'interroger sur les effets d'une audience par vidéoconférence. Pour illustration, une étude récente sur l'impact de la vidéoconférence pour l'analyse et le traitement des dossiers des sans-emploi français démontre que « [l]orsqu'un dispositif vient médiatiser une activité interactionnelle, il n'est jamais "transparent" au sens où il laisserait cette activité intacte¹⁵⁰. » L'échange diffère de telle sorte que la vidéoconférence « modifie profondément le déroulement de l'entretien et par là – la forme de la relation entre le demandeur d'emploi et le conseiller. [...] Elle accentue l'asymétrie interactionnelle propre à cette activité¹⁵¹ ». Selon l'étude, cette méthode provoque

¹⁴⁸ Michel Mathieu, *Entrevue de l'Avocat principal du Tribunal de la sécurité sociale*, MP3, Montréal, 12 juillet 2013.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Julia Velkovska et Moustafa Zouinar, « Interaction visiophonique et formes d'asymétries dans la relation de service » [2007] 144 *Réseaux* 225 à la p 260.

¹⁵¹ *Ibid.*

l'apparition de nouvelles formes d'asymétrie liées à la maîtrise du système visiophonique. Cette analyse montre que les activités de réglage (de l'image, de son, de la numérisation, etc.) sont initiées par les conseillers et les animateurs, et, surtout, qu'elles viennent parfois interrompre de manière brusque et sans préalable l'ouverture de l'entretien, en transformant le format de participation et en plaçant le demandeur d'emploi temporairement en position de « bystander ».¹⁵²

Cette enquête montre comment « une relation institutionnelle peut être façonnée par la manière dont les participants s'approprient, mobilisent, déploient les propriétés d'une technologie – en l'occurrence un système visiophonique – qui vient médiatiser leur rencontre¹⁵³. » Il s'agit là d'un exemple pratique qui peut être directement relié aux enjeux d'accessibilité tels qu'entendus par le professeur Noreau quand il affirme que « la notion d'accès à la justice renvoie aux conditions matérielles, relationnelles et logistiques entourant le recours aux services judiciaires. »

Les résultats de la même enquête française confirment les travaux sur l'usage de la vidéoconférence par le Tribunal du logement de l'Ontario réalisés par le professeur Sossin et M^e Yetnikoff, bien que pour eux, la vidéoconférence compte aussi une facette potentiellement positive, en facilitant l'accès aux tribunaux pour les personnes habitant loin des centres et pour certains dossiers simples¹⁵⁴. Il n'en demeure pas moins qu'ils considèrent que « there is something tangible lost in the shift from a in-person proceeding to one mediated by video¹⁵⁵ ». De son côté, les conclusions d'un projet pilote sur l'usage des vidéoconférences dans les cours et tribunaux de

¹⁵² *Ibid* à la p 261.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Sossin et Yetnikoff, *supra* note 35 à la p 256.

¹⁵⁵ *Ibid.*

Colombie-Britannique confirment que « having the witness attend in person would be preferable to videoconferencing if credibility of a witness is crucial to the case¹⁵⁶ ».

Plus inquiétant, une étude statistique d'envergure faite sur l'impact de la vidéoconférence dans le système d'adjudication des demandes de réfugiés aux États-Unis démontre que

VTC [video teleconferencing] affects the asylum hearing process. Even the most sophisticated VTC systems affect a listener's perception of an asylum applicant's testimony by undermining the Immigration Judge's ability to assess credibility. VTC also has a statistically significant effect on asylum grant rates; **asylum applicants are only half as likely to win an asylum grant if their hearing uses VTC.**¹⁵⁷ [L'emphase est de nous]

Une autre enquête américaine sur l'impact des vidéoconférences dans la relation avocat-client affirme pour sa part que l'accroissement de la vidéoconférence « can only result in less favourable outcomes for defendants¹⁵⁸ ». Le professeur Sossin a fait la même constatation¹⁵⁹.

Les conclusions de ces recherches concordent entre elles, mais aussi avec la connaissance empirique développée par les juges au cours des dernières années sur cette question. Au-delà des problèmes techniques qui sont immanquablement associés

¹⁵⁶ Nils B Jensen, « A Brief Introduction to Videoconferencing » (2000) 58:6 Advocate 841 à la p 847. L'étude apporte aussi des résultats étonnants tels que recommander aux juges, aux avocats et aux parties de ne pas porter de vêtements chatoyants ou rayés, de se tenir droit et immobile et de regarder la caméra en face! Ces conclusions cocasses démontrent cependant avec éloquence que l'audience par voie électronique est fort différente que celle en personne.

¹⁵⁷ Frank M Walsh et Edward M Walsh, « Effective Processing or Assembly-Line Justice? The use of Teleconferencing in Asylum Removal Hearings » (2007) 22 Geo Immig LJ 259 à la p 272.

¹⁵⁸ Eric T Bellone, « Private Attorney-Client Communications and the Effect of Videoconferencing in the Courtroom » (2013) 8:1 Journal of International Commercial Law and Technology 24 à la p 32.

¹⁵⁹ Sossin et Yetnikoff, *supra* note 35 à la p 261.

au déploiement de ce type d'infrastructure¹⁶⁰, plusieurs décisions¹⁶¹ suggèrent en effet que ces techniques auront des conséquences sur les prestataires dans leur interaction avec le décideur et les autres parties. Par exemple, la Cour d'appel fédérale a déjà souligné que la justice est généralement mieux servie par des audiences « en chair et en os » plutôt que par l'intermédiaire de moyens technologiques tels que les téléconférences et les vidéoconférences, surtout quand vient le temps d'évaluer la crédibilité des intervenants. Les questions relatives aux inconduites, aux départs volontaires, aux fausses déclarations, à la disponibilité, aux refus d'emploi convenable, aux conflits collectifs, etc. sont autant d'exemples où la crédibilité des intervenants est centrale pour tirer une conclusion sur le droit aux prestations. La CAF constate qu'

[i]l est avéré que les audiences du Conseil arbitral peuvent se dérouler de diverses façons y compris par appel-conférence. [...] Mais il est également avéré que le Conseil arbitral a l'obligation de tenir ses audiences de manière à assurer aux parties une audition impartiale. En certains cas, la comparution personnelle s'imposera, comme, par exemple, lorsque la crédibilité du prestataire ou d'autres personnes est attaquée¹⁶².

Au cours des dernières années précédant la réforme, la Commission a parfois utilisé les téléconférences et les vidéoconférences comme moyens de faciliter l'accès aux Conseils arbitraux et aux juges-arbitres pour les prestataires habitant dans les régions

¹⁶⁰ Bellone, *supra* note 158 à la p45. Dans cette recherche récente sur l'utilisation de la vidéoconférence dans les tribunaux et les cours des États-Unis, 36,9% des audiences observées ont connu des problèmes avec l'équipement.

¹⁶¹ En plus de la CAF, [*Procureur général du Canada c Peterman, Rory L*, 1987 CAF A-532-86.], les juges-arbitres Salhany [*CUB 46858B.*] et Riche [*CUB 66328.*] relèvent à la fois les problèmes de justice naturelle pour le demandeur et d'évaluation de la crédibilité par le Conseil arbitral. En dépit des progrès rapides de la technologie, celle-ci est encore loin d'offrir la flexibilité propre aux rapports humains directs, et ce, même s'il s'agit d'une vidéoconférence comme le fait remarquer le juge Goulard [*CUB 53829.*].

¹⁶² *Peterman, supra* note 161.

éloignées des centres urbains. La Loi ontarienne sur l'Exercice des compétences légales permet l'usage d'audiences électroniques devant les tribunaux administratifs de cette province, mais ouvre une voie de recours aux parties qui considèrent qu'une telle procédure peut leur être préjudiciable¹⁶³, chose que la réforme étudiée ici n'a pas prévu.

Les prestataires sont généralement peu familiers avec les procédures associées au déroulement de leur appel, ce qui les porte à suivre les indications reçues, même s'ils ne leur conviennent pas¹⁶⁴. Cette situation va à l'encontre de la définition de Noreau sur l'accessibilité à la justice et notamment le sentiment de (perte de) contrôle sur le cheminement de son dossier. Tout cela porte à conclure que, sauf pour des situations où le prestataire habite extrêmement loin des centres urbains, la substitution systématique des audiences médiatisées (par questions et réponses écrites, par téléconférence ou par vidéoconférence) aux audiences d'autrefois, où la règle était des comparutions en personne, est susceptible de représenter une diminution de l'accessibilité à la justice pour la vaste majorité des prestataires.

Être entendu est essentiel, mais quelle décision le prestataire peut-il espérer en s'adressant au TSS ? C'est à cet aspect de l'accès effectif au droit aux prestations d'assurance-emploi que sont consacrés les paragraphes qui suivent.

3.1.2 L'appel du rejet sommaire

La division d'appel ne tient pas d'audience *de novo* pour étudier le rejet sommaire prononcé par la division générale¹⁶⁵. Les parties sont invitées à déposer des

¹⁶³ *Loi sur l'Exercice des compétences légales*, *supra* note 147, art 5.2(2).

¹⁶⁴ *CUB 70686*.

¹⁶⁵ En raison de son interprétation de l'article 35(1)(d) du RTSS, *supra* note 103.

observations supplémentaires¹⁶⁶, mais ne peuvent invoquer d'autres faits que ceux invoqués au moment du dépôt de la demande d'appel à la division générale et, sauf si le tribunal le juge nécessaire, la décision se prend uniquement sur étude des observations déposées par les parties, sans audience¹⁶⁷. Ces règles procédurales rendent encore plus impérative la capacité chez le prestataire de bien saisir l'importance stratégique de chaque étape du processus et de parvenir à faire valoir ses moyens lui-même, ou d'engager un représentant pour le faire, et ce, en temps utile. Il va sans dire que tous les prestataires n'ont pas nécessairement cette capacité et, en ce sens, encore une fois, les « conditions matérielles, relationnelles et logistiques entourant le recours aux services judiciaires » invoquées par le professeur Noreau¹⁶⁸ ne sont pas garanties par le processus de contestation en place depuis la réforme.

3.1.3 Le temps, c'est de l'argent

« Le facteur temps est essentiel en matière de prestations — en tout cas, certainement du point de vue du prestataire¹⁶⁹ », constataient Pierre Issalys et Gaylord Watkins, il y a déjà quelques années. En effet, pendant qu'il conteste une décision, le prestataire doit vivre sans revenu de travail ni prestations. Autrefois, la Loi prévoyait qu'en 90 jours un dossier pouvait cheminer de la décision initiale à celle du juge-arbitre. Dorénavant, la Loi ne prévoit aucun délai précis pour que la CAEC et le TSS tranchent une demande de révision ou un appel. Le fait que la révision administrative soit un préalable obligatoire avant d'avoir le droit de déposer une demande d'appel au TSS allonge les délais puisque que ceux-ci deviennent consécutifs alors qu'ils étaient

¹⁶⁶ *Ibid*, art 36.

¹⁶⁷ *Ibid*, art 37.

¹⁶⁸ Noreau, *supra* note 47 à la p 29.

¹⁶⁹ Issalys et Watkins, *supra* note 60 à la p 295.

concurrents autrefois. La Loi ne prévoit aucun recours pour les prestataires qui voient les délais s'étirer indûment.

Selon le sous-ministre adjoint responsable du processus de révision pour la CAEC, depuis la réforme, le traitement d'un dossier requiert souvent plus de cinq mois avant de faire l'objet d'une décision suite à une demande de révision. Dans ces conditions, les prestataires ne peuvent obtenir une audience devant le TSS¹⁷⁰. Le vieil adage « Justice delayed is justice denied » traduit bien une des valeurs contenues dans la définition de l'accessibilité émise par le professeur Noreau qui lie directement celle-ci aux « délais de justice ». Pour sa part, le professeur Sossin affirme qu'« access to administrative justice extends [...] to whether decisions are well reasoned and delivered in a timely fashion¹⁷¹. » Le Comité de révision de la procédure civile abonde dans le même sens¹⁷². Il faut rappeler qu'en matière d'assurance-emploi, le dénuement économique dans lequel se trouvent beaucoup de prestataires en attente d'une décision est prolongé en attendant l'issue du processus de contestation. De plus, les délais peuvent aussi avoir comme conséquence de pousser les prestataires à renoncer au droit de rechercher un emploi convenable¹⁷³, tel que défini par la Loi¹⁷⁴ et

¹⁷⁰ En dépit de demandes répétées, y compris par le biais du mécanisme d'accès à l'information, le TSS et la CAEC ont refusé de rendre disponibles des statistiques sur le temps de traitement des dossiers. Par contre, des sources journalistiques et des échanges avec des praticiens permettent d'estimer que ceux-ci sont plus longs que sous l'ancien régime d'appel. Patrick Lagacé, « Des nouvelles des plus pauvres », *La presse + [de Montréal]*, sect Actualités (10 novembre 2013) 4.

¹⁷¹ Sossin, *supra* note 32 à la p 232.

¹⁷² Comité de révision de la procédure civile, *supra* note 145 à la p 34.

¹⁷³ Par exemple, un prestataire catégorisé « travailleur de longue durée » a le droit pendant les 18 premières semaines de prestations de limiter ses recherches d'emploi à la même occupation et à un salaire atteignant 90% de son salaire habituel. Faute de revenu, il élargira probablement ses recherches pour inclure des emplois moins bien rémunérés et dans d'autres secteurs professionnels.

¹⁷⁴ LAE, *supra* note 15, art 27(2).

le Règlement¹⁷⁵, en faveur d'une rentrée de fonds immédiate. Un tel choix de la part du prestataire a non seulement comme effet de lui faire renoncer à son droit¹⁷⁶ aux prestations, mais cela affecte aussi ses droits futurs face à l'assurance-emploi.

3.1.4 La complexité

Dans son analyse de l'effet de la complexité sur les systèmes de sécurité sociale, le professeur Harris conclut que « [c]omplex and obscure legal rules could be regarded as part of a broader disconnect between law and the social realm¹⁷⁷. » De leur côté, les auteurs Cowan et Halliday¹⁷⁸ concluent leur étude sur le processus de contestation du système britannique d'attribution des logements sociaux, en disant que la longueur et la complexité des exigences bureaucratiques contribuent et même exacerbent le phénomène d'« applicant's fatigue » qui pousse ceux-ci à renoncer à contester une décision défavorable, même s'ils la croient erronée. En ce sens, tout accroissement de la complexité du système est contreproductif à l'égard de l'accès à la protection sociale visé à l'origine. Conséquemment, des autorités soucieuses de favoriser

¹⁷⁵ RAE, *supra* note 67, art 9.002 - 9.004.

¹⁷⁶ À partir du moment où un prestataire occupe un emploi, même à bas salaire, dans un domaine d'emploi qui n'est pas le sien ou loin de son lieu de résidence, il n'est plus disponible, ce qui le rend inadmissible aux prestations [LAE, *supra* note 15, art 18]. Même si sa démarche de révision ou d'appel est couronnée de succès, l'effet potentiel de son recours est donc limité à la période entre la décision défavorable initiale et le début de son nouvel emploi. Il ne sera pas dédommagé pour les torts associés à cet emploi qui risque d'être moins payant que les prestations et/ou moins avantageux (moins rémunérateur, plus éloigné, horaire moins pratique, plus exigeant physiquement, etc.) que l'emploi qu'il aurait pu décrocher en prenant le temps nécessaire pour dénicher une offre plus intéressante comme le permet théoriquement la Loi [LAE, *supra* note 15, art 27(2)]. Comble de l'ironie, si, suite à une victoire en RA ou au TSS, le prestataire quitte l'emploi « de substitution » pris pour survivre le temps des procédures, il sera exclu du bénéfice des prestations pour « départ volontaire » [LAE, *supra* note 15, art 30(1); CUB 22307]. C'est sans compter que le critère d'emploi convenable [RAE, *supra* note 67, art 9.002-9.004] qui lui sera imposé à l'avenir sera affecté à la baisse. Dans ces circonstances, l'utilité de son recours aura été réduite à bien peu de chose.

¹⁷⁷ Harris, *supra* note 38 à la p 247.

¹⁷⁸ Cowan et Halliday, *supra* note 90 à la p 206.

l'établissement de « conditions matérielles, relationnelles et logistiques » qui permettent au prestataire de contrôler son dossier — autant de préalables à l'accessibilité définie par le professeur Noreau — doivent consacrer des efforts systématiques et rigoureux afin de contrebalancer les effets néfastes de la complexité du processus sur l'appelant. Prestataires et gestionnaires devraient partager l'intérêt pour une simplification car « overall, the detrimental impact of complexity on the customer¹⁷⁹ journey justifies attempts to reduce it, as do the difficulties it generates for the accurate and efficient administration of claims¹⁸⁰ », souligne le professeur Harris.

D'ailleurs, le gouvernement est bien conscient de l'importance de cette préoccupation, puisqu'il affirme, dans la Gazette du Canada, que la réforme permet de « fournir une approche uniforme, simplifiée et économique en matière d'appels¹⁸¹. » Si cette affirmation peut être fondée du point de vue des gestionnaires du Ministère, les nouvelles procédures imposent un fardeau logistique et administratif¹⁸² beaucoup plus important aux parties qu'autrefois. Par exemple, l'exigence de déposer des observations écrites avant l'audience¹⁸³ — de « plaider » sa cause par écrit — n'a pas de précédent dans le régime antérieur. Devoir participer à « l'audience » de sa cause par questions et réponses écrites est susceptible de représenter un scénario intimidant pour plusieurs personnes qui se retrouvent sans

¹⁷⁹ Harris utilise l'expression « customer » pour désigner les prestataires des programmes de sécurité sociale.

¹⁸⁰ Harris, *supra* note 38 à la p 244.

¹⁸¹ Ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences, *supra* note 19 à la p 861.

¹⁸² Rédaction de demandes exposant les moyens d'appel, dépôt d'observations écrites, gestion documentaire accrue provoquée par la disparition des dossiers d'appel fournis par la CAEC au profit d'une correspondance continue que les parties ont la responsabilité de classer elles-mêmes, etc.

¹⁸³ RTSS, *supra* note 103, art 42.

emploi. Les multiples paliers du processus de contestation en place aujourd'hui (illustrés par les figures 2.1 et 2.2), à comparer à autrefois, ne soutiennent pas, à leur face même, l'affirmation que le système d'appel a été uniformisé ni, surtout, simplifié.

3.1.5 Prête-moi ta plume, que j'écrive un mot : la capacité de s'exprimer par écrit

Les problèmes liés à l'analphabétisme de certains prestataires ne doivent pas être minimisés. Selon un rapport gouvernemental publié en 2012, 48%¹⁸⁴ des Canadiens âgés de 16 et plus n'arriveraient pas (ou difficilement) à fonctionner de façon autonome dans l'environnement associé à des procédures exigeant le dépôt d'observations écrites et l'usage de technologies pour se faire entendre. Le rapport note que « les personnes dont le taux de littératie est faible sont plus à risque de souffrir de problèmes de santé, d'être victimes d'accidents de travail, de toucher de plus faibles revenus ou encore d'être au chômage », donc plus susceptibles de réclamer des prestations d'assurance-emploi. Certaines décisions font déjà état de problème pour les personnes aux prises avec cette situation¹⁸⁵.

En réfléchissant sur cette question, le Conseil des tribunaux administratifs canadiens souligne d'ailleurs que « nous devons non seulement consacrer des ressources suffisantes, mais aussi utiliser les mécanismes le plus créatifs possibles pour assurer un accès intégral et significatif au processus juridique [aux personnes en situation de faible littératie]¹⁸⁶ ». Pour ce faire, le Conseil affirme que les tribunaux doivent s'assurer que « la procédure et les documents utilisés par le tribunal [soient] aussi

¹⁸⁴ Langlois, *supra* note 138.

¹⁸⁵ CUB 69418.

¹⁸⁶ Conseil des tribunaux administratifs canadiens, *L'alphabetisation et l'accès à la justice administrative au Canada : Un guide de promotion du langage clair et simple*, Ottawa, Conseil des tribunaux administratifs canadiens, 2005 à la p 11, en ligne : CTAC <<http://goo.gl/NTmphz>> (consulté le 16 décembre 2013).

compréhensibles que possible¹⁸⁷ ». Cette approche correspond parfaitement à la définition d'accessibilité offerte par le professeur Noreau. Cependant, force est de constater qu'à ce jour, le processus de contestation post-réforme, en dépit des exigences supplémentaires de communications écrites, n'offre aucun service particulier pour les personnes ayant des difficultés en lecture et en écriture. En fait, la direction du tribunal affirme ne pas considérer qu'il s'agit d'un enjeu qui mérite une attention particulière¹⁸⁸.

3.1.6 L'augmentation du nombre de procédures et de paliers décisionnels

Qu'on embauche un avocat ou pas, la contestation d'une décision de la CAEC représente des coûts¹⁸⁹ (stress, temps, énergie, sentiment d'incompétence, etc.). L'effet combiné¹⁹⁰ des nouvelles exigences procédurales (rédaction d'observations¹⁹¹, traitement des documents¹⁹², délai d'appel réduit¹⁹³, limite de la possibilité de faire annuler ou modifier une décision¹⁹⁴, etc.) augmente les difficultés d'accès réel au processus de contestation. La multiplication des procédures¹⁹⁵ et l'augmentation des

¹⁸⁷ *Ibid* à la p 10.

¹⁸⁸ Mathieu, *supra* note 148.

¹⁸⁹ E Z Brodtkin et M Majmundar, « Administrative Exclusion: Organizations and the Hidden Costs of Welfare Claiming » (2010) 20:4 *Journal of Public Administration Research and Theory* 827 à la p 827, DOI : 10.1093/jopart/mup046.

¹⁹⁰ Cowan et Halliday, *supra* note 90 à la p 112.

¹⁹¹ RAE, *supra* note 67, art 78; RTSS, *supra* note 103, art 20, 21(a), 22, 36, 40(1), 41, 46.

¹⁹² RTSS, *supra* note 103, art 5(2) et (3), 24, 35(1), 36, 40, 41, 42, 46; RAE, *supra* note 67, art 78.

¹⁹³ LMRHDC, *supra* note 81, art 52(1)(a); RTSS, *supra* note 103, art 46.

¹⁹⁴ LMRHDC, *supra* note 81, art 66(2) et (3); RDR, *supra* note 85, art 1.

¹⁹⁵ Outre la révision administrative, le rejet sommaire et la permission d'appel à la division générale, il faut aussi ajouter à la liste l'apparition de la Cour fédérale comme un nouveau palier dans

coûts¹⁹⁶ sont de nature à décourager les prestataires à exercer les recours à leur disposition¹⁹⁷. L'effet combiné de ces nouvelles exigences procédurales risque davantage d'entraver l'accès à la justice que de la faciliter. Cette constatation est en contradiction directe avec l'objectif exprimé par le professeur Noreau, pour qui le justiciable doit conserver le sentiment de contrôle du cheminement de son dossier.

La possibilité d'être entendu à nouveau, que ce soit devant une instance supérieure (donc un droit d'appel), ou devant la même instance si des faits nouveaux sont portés à la connaissance de l'appelant, témoigne d'un aspect de l'accessibilité d'un système de justice. L'imposition d'une demande de permission d'appel en préalable à l'étude du dossier par la division d'appel du TSS, de même que la limite de 365 jours¹⁹⁸ pour faire valoir des faits nouveaux devant la division générale sont aussi deux nouvelles mesures qui affaiblissent l'accessibilité au processus de contestation.

3.1.7 Le pouvoir de l'information

Un an après son entrée en fonction, le TSS publiait finalement un répertoire des décisions qu'il juge significatives. En pratique, après 14 mois d'opération, seules 18 décisions (neuf touchant l'assurance-emploi et autant sur la sécurité du revenu), sur les 967 décisions rendues par le TSS, étaient disponibles pour le public par le biais du

le processus d'appel de l'assurance-emploi. La Cour fédérale peut exercer un contrôle judiciaire des décisions du TSS [LMRHDC, art 68] à l'égard d'un rejet sommaire, d'une permission d'appel ou de la prorogation d'un délai d'appel [*Loi sur les Cours fédérales*, LRC 1985, c F-7 art 28(1)(g)], autant d'enjeux apparus dans le nouveau processus de contestation.

¹⁹⁶ Comme expliqué en introduction, la notion de coût ne se limite pas ici aux dépenses monétaires, mais aussi en temps pour compléter les procédures, en tâches cléricales supplémentaires liées à la disparition des services de greffiers autrefois fournis par la CAEC (tels que photocopie, recherche et classement des documents, constitution du dossier), en stress lié à l'incertitude à l'égard du déroulement des procédures, etc.

¹⁹⁷ Brodtkin et Majmundar, *supra* note 189 à la p 830.

¹⁹⁸ LMRHDC, *supra* note 81, art 66(3).

service CanLII¹⁹⁹. Dans sa définition, le professeur Noreau atteste que l'accessibilité exige l'établissement « des conditions susceptibles de faciliter les recours à l'institution », ce qui renvoie « aux conditions matérielles (...) et logistiques entourant le recours ». L'accès aux décisions prises par le tribunal fait certainement partie des conditions auxquelles il fait référence.

Avant la réforme, le prestataire avait accès à toutes les décisions touchant l'assurance-emploi, du juge-arbitre à la Cour suprême du Canada, en plus de textes d'orientation et de références signés par des auteurs chevronnés (dont le professeur Patrice Garant). En 2013, ces textes de références ont été retirés des sites de la CAEC et de Service Canada. En date du début juillet 2014, aucun équivalent n'a encore été mis en ligne sur le site du TSS. Les conditions nécessaires à une véritable accessibilité à la justice administrative sont handicapées par ce déséquilibre du pouvoir de l'information entre le prestataire et l'administration, soit la CAEC.

3.2 Un bilan de l'accessibilité du processus de contestation post-réforme

En introduction, onze indicateurs ont été identifiés. Ceux-ci correspondent à l'expression pratique de différents aspects de la définition d'accessibilité mise de l'avant par le professeur Noreau et adoptée dans ce mémoire. Afin d'établir l'évolution de l'accessibilité du processus de contestation (et éventuellement de l'effectivité du droit aux prestations), la démarche annoncée en amont exige un retour sommaire à ces indicateurs, pour entre autres traduire en mode graphique les pages du chapitre qui se termine.

¹⁹⁹ Le 15 septembre 2013, l'auteur de ce mémoire a déposé une demande en vertu de la Loi d'accès à l'information pour avoir une copie des décisions rendues par la division d'appel depuis son entrée en fonction. En dépit de démarches et de représentations régulières, aucune décision n'a été fournie en date du 27 août 2014.

Les délais associés au processus de contestation en place depuis la réforme sont plus longs²⁰⁰ et moins prévisibles qu'autrefois. L'incertitude est principalement liée au fait que le libellé de la LAE n'impose plus de délai maximum ni pour la RA ni pour la fixation d'une date d'audience.

La possibilité de représentation n'est pas directement affectée par le nouveau système, bien que le travail de représentation soit plus complexe et donc plus dispendieux pour le prestataire. En effet, l'impossibilité pratique d'avoir accès aux informations au dossier avant d'arriver à l'étape du TSS, la multiplication des formulaires à remplir, les demandes d'observations écrites et la prolongation des délais sont autant d'éléments qui rendent, en pratique, plus difficile l'accès à une représentation de qualité à un coût abordable, si on compare les situations pré et post-réforme.

Le degré de complexité des procédures et des exigences décrite plus haut représente un accroissement de la complication du processus de contestation, en comparaison du régime en vigueur avant la réforme.

La médiatisation (la rédaction d'observations écrites, les vidéos et téléconférences) des relations entre les parties et l'appareil décisionnel est accrue. Cette situation est explicitement permise, voire mandatée par le cadre réglementaire, et ce, en dépit des effets néfastes constatés par les études et la jurisprudence.

L'information contenue au dossier est plus difficile à obtenir et exige plus de temps et de ressources qu'avant la réforme. En fait, au niveau de la RA, la CAEC exige

²⁰⁰ Guillaume Bourgault-Côté, « Assurance-emploi: les retards s'accumulent » (3 mars 2014), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/293RtL>> (consulté le 21 juillet 2014); Thompson, Giguère et Lalonde, *supra* note 87.

maintenant des prestataires qu'ils aient recours à la Loi sur l'accès à l'information²⁰¹ pour obtenir une copie de leur dossier, ce qui représente un net recul.

La transparence des procédures est aussi mise à mal par des situations où l'information n'est transmise ni rapidement ni efficacement (ou carrément pas transmise dans le cas de la RA ou d'une demande de permission d'appel à la DA du TSS) et par des délais d'audience et de décision imprévisibles.

Les moyens d'appel autorisés demeurent les mêmes, il n'y a donc pas de différence entre la situation pré et post-réforme.

Le coût des procédures est plus élevé dans le nouveau contexte. Bien qu'il n'y ait pas de facturation explicite pour les prestataires, les moyens techniques et le temps requis pour procéder à une contestation aujourd'hui sont plus importants qu'ils ne l'étaient autrefois. On peut citer, entre autres, l'insistance pour que les parties aient accès à des moyens de communication électronique ainsi que l'obligation de présenter des observations écrites. Les exigences cléricales imposées par le TSS dans ses communications avec les parties sont également plus élevées qu'à l'époque du CA et du JA, augmentant d'autant le coût d'une contestation.

Agissant seul et souvent loin des réalités du monde du travail et du territoire d'où proviennent les assurés, les nouveaux décideurs n'ont plus systématiquement l'expertise qu'offrait le processus au niveau du Conseil arbitral. Il est toutefois possible d'espérer que, grâce au fait qu'ils se consacrent à temps plein à leurs responsabilités, les juges de la division générale du TSS développent éventuellement une expertise dans le domaine de l'assurance-emploi. Pour leur part, les juges de la

²⁰¹ *Loi sur l'accès à l'information*, LRC 1985, c A-1, en ligne : <<http://goo.gl/GHJqnQ>> (consulté le 3 juillet 2014).

division d'appel devront œuvrer encore longtemps avant d'atteindre l'expertise des anciens juges-arbitres qui étaient issus de la magistrature fédérale et des cours supérieures.

La figure 3.1 offre une représentation graphique des modifications apportées à l'accessibilité du processus de contestation de l'assurance-emploi avant et après la réforme de 2013. Tel qu'expliqué en introduction, la valeur pré-réforme a été arbitrairement fixée à 5 pour chacun des points, la pertinence de l'exercice reposant sur l'écart entre les deux courbes. Sans surprise à cette étape de l'analyse, l'aire d'effectivité du droit aux prestations, définie ici uniquement en vertu de l'accessibilité du processus de contestation, est plus restreinte aujourd'hui qu'avant la réforme.

En somme, le processus de contestation post-réforme augmente le nombre d'instances (voir les figures 2.1 et 2.2), mais paradoxalement restreint la possibilité de s'exprimer de manière satisfaisante pour le prestataire. Sous cet angle, l'accessibilité à la justice est diminuée et donc l'effectivité du droit aux prestations l'est aussi. En plus d'être au détriment des individus qui sont privés de leur droit aux prestations par les obstacles procéduraux issus de la réforme, la légitimité du processus de contestation et même du programme d'assurance-emploi tout entier risque à la longue d'être entachée par une telle situation.

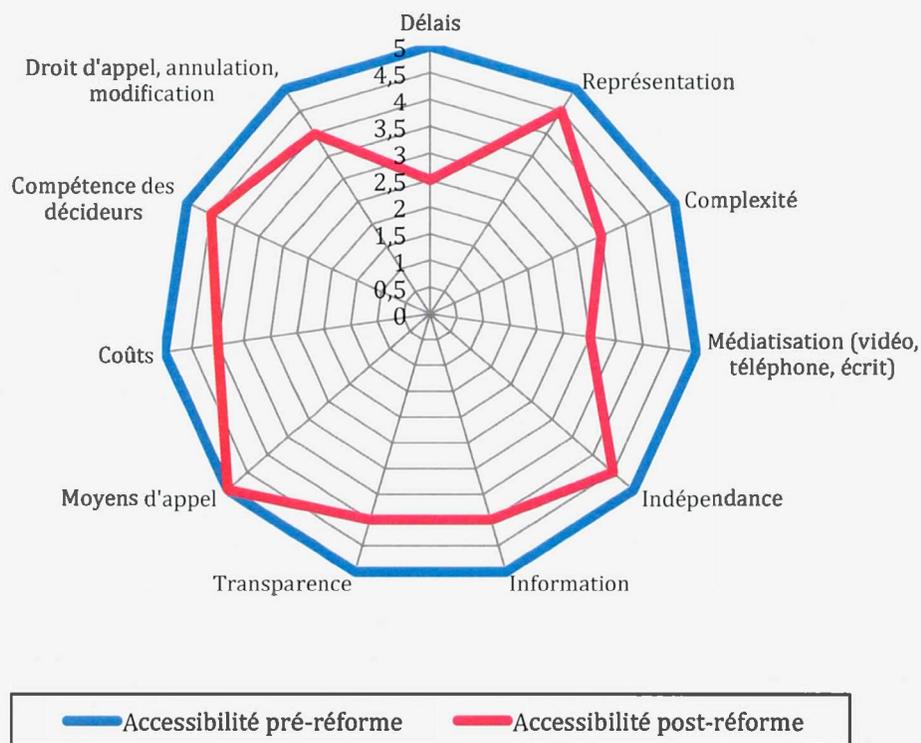


Figure 3.1 • Évolution de l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi selon l'accessibilité du processus de contestation avant et après la réforme de 2013

CHAPITRE IV

L'ÉQUITÉ PROCÉDURALE, VECTEUR DE L'EFFECTIVITÉ DU DROIT AUX PRESTATIONS D'ASSURANCE-EMPLOI

Dans le chapitre précédent, le processus de contestation des décisions d'assurance-emploi post-réforme était étudié sous l'angle de l'accessibilité. Cependant, le processus, et ultimement son impact sur l'effectivité du droit aux prestations, doit aussi être évalué par rapport au degré d'équité procédurale qu'il offre aux prestataires qui contestent une décision de la CAEC. C'est donc à cet aspect de la question que sera consacré ce chapitre dans lequel, après un survol conceptuel de l'équité procédurale, le texte ciblera l'évolution pré et post-réforme dans l'application des principales règles de l'équité procédurale, soit *audi alteram partem* et *nemo judex in sua causa*. Cette évolution sera finalement synthétisée puis transformée sous une forme graphique agglomérant les différents indicateurs d'équité procédurale identifiés préalablement.

4.1 Le processus de contestation post-réforme à l'aune des principes de l'équité procédurale

Pour plusieurs auteurs, le respect de l'équité procédurale a un impact direct sur la valeur des décisions prises, tant du point de vue de la justice elle-même que de la perception des parties. Selon la professeure Vicki Lens, « [h]ow bureaucratic decisions are made are as significant as the decision itself. Citizens assess whether

government officials are impartial and listen to them²⁰². » Le professeur Michael Adler affirme, quant à lui, que « procedural fairness should not be seen in purely instrumental terms. Procedural fairness can contribute to substantive justice but is also important in its own right²⁰³. » Ces liens entre équité procédurale et effectivité du droit substantiel cadrent bien avec les impératifs sous-jacents à la définition d'accessibilité offerte par le professeur Noreau quand il souligne l'importance du « contrôle du justiciable sur le cheminement de son dossier » et celle des « conditions matérielles, relationnelles et logistiques » entourant l'expérience du justiciable. Pour le professeur Sossin, « [r]ules of practice will, as a practical matter, determine whether the tribunal is easy or difficult to access²⁰⁴. » La force combinée de l'accessibilité et de l'équité procédurale permet donc de cerner le rôle du processus de contestation dans la mise en œuvre du droit à des prestations et, conséquemment, l'effectivité de ce droit.

Cependant, il existe souvent une tension entre l'équité procédurale et l'efficacité administrative d'un processus de contestation²⁰⁵. Cette situation est d'ailleurs implicitement reconnue par le Principe général du règlement du TSS²⁰⁶, le pouvoir exécutif choisissant d'insister sur le caractère « expéditif et économique » du processus mis en place par la réforme.

²⁰² Vicki Lens, « Seeking Justice: Citizens' Use of Fair Hearings to Correct Errors in Public Welfare Bureaucracies » (2009) 19:4 Journal of Public Administration Research and Theory 817-837 à la p 823, DOI : 10.1093/jopart/mup016.

²⁰³ Adler, *supra* note 40 à la p 141.

²⁰⁴ Sossin, *supra* note 32 à la p 221.

²⁰⁵ *Ibid* à la p 218.

²⁰⁶ RTSS, *supra* note 103, art 2.

À l'origine, un droit au respect des règles de justice naturelle était reconnu seulement aux justiciables face aux instances exerçant des fonctions judiciaires ou quasi-judiciaires. Dans l'affaire *Nicholson*, la Cour suprême du Canada a modulé le contenu et a élargi la portée des garanties procédurales dont bénéficient les justiciables :

L'apparition de cette notion [d'équité procédurale] résulte de la constatation qu'il est souvent très difficile, sinon impossible, de répartir les fonctions créées par la loi dans les catégories judiciaire, quasi-judiciaire ou administrative; de plus il serait injuste de protéger certains au moyen de la procédure tout en la refusant complètement à d'autres lorsque l'application des décisions prises en vertu de la loi entraînent les mêmes conséquences graves pour les personnes visées, quelle que soit la catégorie de la fonction en question.²⁰⁷

Les citations précédentes et cet extrait d'un jugement de la Cour suprême confirment que la perspective de la personne visée par la décision constitue une assise légitime d'une analyse juridique. Ils soulignent aussi l'importance d'assurer le respect de certains principes de l'équité procédurale à tous les citoyens engagés dans les différents engrenages de la justice administrative.

Cependant, même l'application des plus haut standards de l'équité procédurale ne garantit pas automatiquement le respect du droit substantiel. Le professeur Huscroft expose la distinction essentielle entre l'équité procédurale et l'équité de la décision elle-même :

“Fairness” has become short form for procedural fairness, but it is important not to lose sight of the essentially procedural character of the duty. The duty of fairness is concerned with ensuring that public authorities act fairly in the course of making decisions, not with the fairness of the actual decisions they make. The duty of fairness has nothing to say about the outcome of particular decisions, and in particular

²⁰⁷ *Nicholson c Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners*, [1978] 1 RCS 311 (CSC) à la p 325 [*Nicholson*], en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1mkvm>> (consulté le 10 octobre 2013).

does not require that the decisions of public authorities be considered “fair”²⁰⁸.

Cela dit, l'équité procédurale est à l'origine de la promesse de l'institution judiciaire de favoriser la reconnaissance du droit matériel des justiciables²⁰⁹. Le respect de l'équité procédurale donne à l'État une partie de la légitimité sociale de son autorité dans l'exercice de son pouvoir (y compris dans l'exemple qui nous intéresse ici, son pouvoir d'accorder ou de refuser le droit aux prestations d'assurance-emploi)²¹⁰.

A un niveau plus concret, le professeur Jean-Pierre Villaggi²¹¹ synthétise la genèse et les concepts clés de l'équité procédurale en relatant que celle-ci est issue « de la jurisprudence de common law que l'Administration devait respecter [...] sous le concept de règles de “justice naturelle” ». Il enchaîne en constatant que la jurisprudence a peu à peu créé le concept d'équité procédurale qui régit « les situations où un organisme administratif rend une décision [ayant] des répercussions suffisamment importantes [...] pour que les tribunaux jugent opportun d'assujettir cet organisme à certaines règles minimales de comportement. » Un peu plus loin, le professeur présente les deux notions clés de l'équité procédurale, soit *audi alteram partem* « qui se traduit par un ensemble de principes permettant de conclure que l'administré a pu être entendu » et *nemo iudex in sua causa* « qui constitue le droit d'être “jugé” par un décideur impartial et indépendant. »

²⁰⁸ Huscroft, *supra* note 51 à la p 150. Cette distinction est aussi soulignée dans l'arrêt *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 RCS 190 (CSC) [*Dunsmuir*], en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1vxsn>>.

²⁰⁹ Michael Adler, « A Socio-Legal Approach to Administrative Justice » (2003) 25:4 *Law & Pol'y* 323-352 à la p 325, DOI : 10.1111/j.0265-8240.2003.00153.x.

²¹⁰ Petev, *supra* note 31 à la p 34.

²¹¹ Villaggi, *supra* note 53 à la p 114.

4.1.1 Les critères pour établir la portée de l'obligation de respecter les règles d'équité procédurale

L'arrêt phare pour déterminer l'intensité des principes d'équité procédurale applicables dans un contexte donné est l'affaire *Baker*²¹². Dans cette décision rendue en 1999, la Cour suprême a élaboré une grille faisant référence à cinq critères. Aux fins de cette analyse, ceux-ci doivent donc être considérés : (1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; (2) la nature du régime législatif et les «termes de la loi en vertu de laquelle agit l'organisme en question»; (3) l'importance de la décision pour les personnes visées; (4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision ainsi que (5) la prise en considération et le respect des choix de procédure que l'organisme fait lui-même.

Sans procéder à un examen exhaustif aux termes de cette grille, il suffit de signaler aux fins de ce mémoire l'importance de la décision pour les personnes visées; le droit aux prestations pour les assurés qui se retrouvent sans emploi est souvent d'une importance capitale. En effet, quand elle s'est penchée sur la question dans les années 1980 et 1990²¹³, la Cour suprême du Canada a affirmé qu'il fallait donner une interprétation généreuse et libérale de la Loi sur l'assurance-emploi, de manière à répondre aux objectifs sociaux du programme. « Je crois que tout doute découlant de l'ambiguïté des textes doit se résoudre en faveur du prestataire²¹⁴ », écrit la juge Wilson. « Il ne fait pas de doute que les lois en matière d'assurance-chômage

²¹² *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 (CSC) aux paras 21-27 [*Baker*], en ligne : RCS <canlii.ca/t/1fqj> (consulté le 12 décembre 2012).

²¹³ *Abrahams*, *supra* note 28; *Hills c Canada (Procureur général)*, [1988] 1 RCS 513 (CSC) [*Hills*], en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1ftfq>>; *Tétreault-Gadoury c Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 RCS 22 (CSC) [*Tétreault-Gadoury*], en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1fs19>>.

²¹⁴ *Abrahams*, *supra* note 28 à la p 10.

adoptées en Angleterre, puis au Canada, visaient un objectif social²¹⁵ », soutient la juge L'Heureux-Dubé. « [L]'objet ultime de la Loi [...] est d'assurer aux membres de la main-d'œuvre active une certaine sécurité économique en cas de chômage temporaire²¹⁶ », rappelle le juge La Forest. Plus récemment, la juge Deschamps ajoutait qu'il s'agit d'un programme « fondé sur la notion de risque social » et qu'en dépit du fait que certains choix aient un caractère individuel et généralement volontaire, comme celui d'avoir un enfant, ceux-ci comportent suffisamment d'aspects sociaux pour justifier le versement de prestations d'assurance-emploi, même si ce choix a comme conséquence implicite une situation de « chômage volontaire »²¹⁷ que le programme ne couvre pas à priori.

4.1.2 L'application des critères de l'affaire *Baker* aux différents paliers du processus de contestation

Par ailleurs, selon les critères mis de l'avant dans l'affaire *Baker*, chaque palier du processus de contestation étudié ici entraînerait un niveau d'exigence différent en terme d'équité procédurale, allant de faible à élevé au fur et à mesure qu'on avance dans le processus de contestation. C'est pourquoi, compte tenu de la possibilité d'un appel de plein droit au TSS, la révision administrative d'une décision négative de la CAEC appelle sans doute à un respect des principes d'équité procédurale d'une intensité relativement basse.

²¹⁵ *Hills, supra* note 213 à la p 534.

²¹⁶ *Tétreault-Gadoury, supra* note 213 à la p 42.

²¹⁷ *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can), art 22 et 23, 2005 CSC 56, supra* note 33 au para 48.

Pour sa part, le Tribunal de la sécurité sociale revêt clairement un caractère quasi-judiciaire²¹⁸. D'ailleurs, la doctrine²¹⁹ et la jurisprudence²²⁰ reconnaissent cette fonction aux prédécesseurs du TSS, le Conseil arbitral et le juge-arbitre. Les procédures en place au niveau du TSS sont semblables à celles en vigueur dans les cours de justice (permission d'appel, rejet sommaire, etc.), ce qui est un trait caractéristique des fonctions quasi-judiciaires²²¹. Ce caractère impose sans ambiguïté des exigences d'équité procédurale plus élevées pour le TSS que celles requises lors de la révision administrative.

La prochaine section du texte sera consacrée à l'étude du processus de contestation mis en place par la réforme en fonction de la règle *audi alteram partem*. Plus loin, un regard sera posé sur le même processus, mais sous l'angle de la règle *nemo iudex in sua causa*. Le cas échéant, les exigences découlant des principes d'équité procédurale lors de la révision administrative seront distinguées de celles, plus strictes, applicables devant le TSS.

4.2 La règle *audi alteram partem* ou le droit d'être entendu

En exigeant du décideur qu'il entende toutes les parties d'un conflit, la règle *audi alteram partem* l'encourage à baser sa décision sur les faits du litige et le droit

²¹⁸ Patrice Garant, Philippe Garant et Jérôme Garant, *Précis de droit des administrations publiques*, 5^e édition, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2011 à la p 75.

²¹⁹ Paul Rouleau, *Une perspective judiciaire sur le processus d'appels de l'assurance-emploi*, Conférence nationale sur les appels, 24 octobre 2001 à la p 7.

²²⁰ Garant, Garant et Garant, *supra* note 55 à la p 110.

²²¹ *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 RCS 714 (CSC) à la p 743, en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1mjlb>> (consulté le 20 novembre 2013).

applicable plutôt que sur des considérations étrangères au dossier ou non pertinentes²²².

En matière pénale, le droit d'être entendu comprend plusieurs aspects dont le droit pour un accusé de connaître ce dont il est accusé ou le droit pour un administré de connaître les motifs d'une sanction qui lui est imposée. La Cour suprême affirme qu'« [i]l est très clair que la justice naturelle exige qu'une personne connaisse parfaitement et complètement les accusations portées contre elle²²³ ». Dans un contexte de sanctions administratives comme celles prévues par la LAE²²⁴, « [l]'équité exige que l'administré connaisse la nature de la preuve invoquée contre lui avant de se faire entendre²²⁵ ». De façon semblable, « [l]a jurisprudence exige que cet avis [indiquant une décision défavorable] à l'administré contienne les éléments nécessaires pour lui permettre d'offrir une défense ou de faire des représentations valables. [...] Il s'ensuit que l'avis ne doit pas être trop vague. La nature du grief reproché ne doit pas être trop imprécise²²⁶ », rapporte le professeur Patrice Garant.

Plus particulièrement, alors qu'il était juge-arbitre en chef, le juge Rouleau instruisait ses confrères chargés de trancher des dossiers d'assurance-emploi de la manière suivante :

²²² Laverne Jacobs, « Caught Between Judicial Paradigms and the Administrative State's Pastiche: "Tribunal" Independence, Impartiality, and Bias » dans Colleen M Flood et Lorne Mitchell Sossin, dir, *Administrative law in context*, Second Edition, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2013, 233 à la p 235.

²²³ *Confederation Broadcasting (Ottawa) Ltd v Canadian Radio-Television Commission*, [1971] RCS 906 (CSC) à la p 925, en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1zb44>> (consulté le 6 novembre 2013).

²²⁴ Issalys, *supra* note 14. Cet article du professeur Issalys fait, à notre avis, figure d'autorité en la matière.

²²⁵ Garant, Garant et Garant, *supra* note 55 à la p 612.

²²⁶ *Ibid* à la p 613.

le devoir d'agir équitablement exige de veiller à ce que la personne qui fait l'objet d'un examen et qui pourrait se voir imposer une sanction : a) soit informée de la nature des allégations; b) soit informée de la preuve et de la nature de la preuve présentée contre elle²²⁷.

Si telle était la portée de la règle *audi alteram partem* en matière d'assurance-emploi avant la réforme de 2013, qu'en est-il aujourd'hui?

4.2.1 La révision administrative : la CAEC est-elle obligée de jouer cartes sur table ?

Tel qu'indiqué plus haut, la règle *audi alteram partem*, qui devrait être considérée comme « la règle d'or du droit administratif²²⁸ », peut difficilement être conciliable avec l'impossibilité pratique de connaître la nature exacte des reproches qui justifient éventuellement une sanction, c'est néanmoins ce qui se produit à l'étape de la révision administrative²²⁹.

Le bureau du Ministre affirme qu'ainsi « le processus est amélioré en ce sens qu'il donne la chance au prestataire de fournir toutes les pièces nécessaires, pour ne pas risquer un refus par défaut de ne pas les avoir soumises. Si la décision s'avère négative, le prestataire saura que le refus est basé sur la substance de sa demande et non pas sur le processus²³⁰. » Toutefois, cette obligation faite au prestataire de verser aveuglement des pièces de tout acabit ne semble pas respecter son droit d'être informé de la nature des allégations et de la preuve présentée contre lui.

²²⁷ Rouleau, *supra* note 219 à la p 7.

²²⁸ Garant, Garant et Garant, *supra* note 55 à la p 609.

²²⁹ Voir les lignes sur la révision administrative dans le chapitre I pour plus de détails.

²³⁰ Bourgault-Côté, *supra* note 89.

Non seulement la *règle audi alteram partem* implique que le prestataire soit informé des motifs de la décision, mais la LAE affirme clairement à l'article 49(2) que « La Commission accorde le bénéfice du doute au prestataire dans la détermination de l'existence de circonstances ou de conditions ayant pour effet de le rendre inadmissible [...] ou de l'exclure » dans les dossiers d'inconduite, de départ volontaire et de perte d'emploi anticipée. Cet article a été interprété par la Cour d'appel fédérale²³¹ comme signifiant que le fardeau de la preuve revenait à la CAEC et non au prestataire pour ces décisions.

De plus, l'assurance-emploi est un régime d'assurance sociale auquel sont admissibles, à certaines conditions, les personnes ayant occupé un emploi assurable. À priori, le caractère assurable de l'emploi (donc le fait qu'une cotisation est exigible) est déterminé au préalable, car « [l]a cotisation d'assurance sociale est prélevée auprès de ceux-là même qui sont les bénéficiaires éventuels de l'assurance sociale²³² ». Le refus de verser des prestations à un assuré qui subit le sinistre — en l'espèce, la perte d'un emploi — pour lequel il s'est protégé au moyen d'une assurance sociale représente une situation qui devrait être exceptionnelle²³³.

²³¹ *Gagnon, Robert c Commission*, 1996 CAF A-3-96.

²³² Issalys et Lemieux, *supra* note 37 à la p 696.

²³³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale no 19 : Le droit à la sécurité sociale (art. 9 du Pacte)*, E/C12/GC/19, Genève, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, 2008 au para 22, en ligne : <<http://goo.gl/HD5Gfd>>. Au moment de concevoir la loi britannique de 1911, Winston Churchill, qui était l'un de ses promoteurs, considérait que les prestations devraient être offertes à tous les chômeurs ayant cotisé alors qu'ils travaillaient, sans égard à l'origine de leur chômage (incluant l'inconduite, le départ volontaire ou autre situation qualifiée de « chômage volontaire »). [Campeau, *supra* note 8 à la p 57. La source de Campeau se trouve dans le texte de William Henry Beveridge, *Insurance for All and Everythings*, London, Daily News, 1924 aux pp 6-7].

Le professeur Huscroft souligne pour sa part que « the possibility of a loss of livelihood requires a high level of disclosure²³⁴ », ce qui offre une certaine analogie avec les conséquences à long terme qu'une décision refusant des prestations est susceptible d'avoir sur la trajectoire professionnelle d'une personne sans emploi. Un peu plus loin, en analysant l'arrêt *Baker*, le même auteur indique qu'une administration doit motiver ses décisions dans deux circonstances :

Reasons are required if a particular decision has "important significance" for an individual, because public actors demonstrate respect for those affected by their decisions by justifying the decisions they make. Reasons are also required if a statutory appeal process exists to facilitate the workings of that process. It is difficult, if not impossible, to determine whether to appeal a particular decision and which sorts of arguments to make on appeal if no explanation is provided for that decision.²³⁵

En exigeant du prestataire qu'il expose ses motifs et ses moyens d'appel de façon détaillée au moment du dépôt de sa demande de révision administrative, et ce, sans être complètement informé du contenu du dossier en possession de la CAEC (voir plus haut), la Commission semble s'écarter du respect de la règle *audi alteram partem* telle qu'interprétée par la jurisprudence et la doctrine et aller à l'encontre de l'article 49(2) de la LAE.

Comme le souligne le professeur Huscroft, la position de la CAEC a aussi des retombées sur la suite des procédures pour un prestataire qui doit prendre la décision de se tourner, ou non, vers le nouveau Tribunal de la sécurité sociale (TSS). S'il est vrai qu'éventuellement le prestataire qui s'adresse au TSS recevra son dossier, cela n'aura lieu qu'après que celui-ci ait été invité à déposer ses motifs et observations, même si à cette étape il n'a toujours pas son dossier en main.

²³⁴ Huscroft, *supra* note 51 à la p 173.

²³⁵ *Ibid* à la p 177.

4.2.2 Le rejet sommaire par la division générale du TSS : une possibilité accrue de tomber entre les mailles du filet

Comme déjà expliqué, la division générale doit procéder au rejet sommaire d'un appel « si elle est convaincue qu'il n'a aucune chance raisonnable de succès²³⁶ ». L'ancien processus de contestation exigeait plutôt du CA qu'il convoque systématiquement une audience²³⁷ de vive voix dès qu'une partie en exprimait le souhait²³⁸. De nombreuses décisions du juge-arbitre considèrent le droit à une audience comme l'une des pierres angulaires de l'équité procédurale en matière d'assurance-emploi, au point où plusieurs décisions exigent la reprise du CA suite à l'absence de l'appelant même si celui-ci a été dûment convoqué²³⁹.

Le fait que la division générale du TSS ait aujourd'hui l'obligation de rejeter sommairement certains dossiers représente un affaiblissement du droit d'être entendu si on compare avec l'ancien système. Le juge rendra la décision sur la base du dossier qui contient les motifs de la décision de la CAEC et les moyens d'appel préliminaires soumis par écrit par l'appelant.

Cette situation met énormément de pression sur les prestataires pour plusieurs raisons. La première est certainement la faible expertise juridique dont disposent la plupart d'entre eux, y compris parce que la majorité entreprend ce type de démarche

²³⁶ LMRHDC, *supra* note 81, art 53(1).

²³⁷ LAE, *supra* note 15 à l'ancien art 114.

²³⁸ Ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences, *supra* note 19 à la p 863.

²³⁹ Y compris pour des motifs tels que « s'être levé tard » ce matin-là (*CUB 68618.*), avoir « inscrit la mauvaise date dans son calendrier (*CUB 67791.*) » ou avoir été au chevet d'un proche malade (*CUB 67232.*). Ces exemples peuvent paraître donner raison au pouvoir exécutif dans sa volonté « d'économiser » ainsi que d'améliorer « l'efficacité globale et le rapport coût-efficacité des systèmes d'appel de l'assurance-emploi », mais l'objet du mémoire est d'identifier l'impact des modifications de la perspective de l'appelant, et ces exemples, extrêmes, servent ce but.

sans être représenté²⁴⁰. D'autre part, tel qu'exposé plus haut, l'exigence de soumettre un argumentaire écrit défavorise clairement les personnes ayant des compétences limitées en littéracie. Sans compter que, comme le souligne le professeur Harris, « [u]nfortunately, the complexity of a benefit and the confusion among the public about the criteria determining eligibility [...] can result in the omission of key information from claims, which, as a result, may fail²⁴¹ ». Finalement, un examen de la jurisprudence²⁴² démontre que plusieurs cas qui semblaient « perdus d'avance » sur la base du dossier soumis par la Commission finissent par connaître un sort différent après avoir été entendus. À cet égard, les exemples présentés dans les paragraphes qui suivent démontrent bien que des préoccupations importantes ont souvent été exprimées quant à la qualité des dossiers remis aux instances d'appel par la Commission, illustrant par le fait même la raison d'être de la règle *audi alteram partem*.

La procédure devant le TSS étant d'ordre inquisitoire et non pas contradictoire, la CAEC ne devrait pas avoir comme objectif d'exclure un prestataire mais simplement de présenter les faits qui l'ont menée à la conclusion de son inadmissibilité. Ensuite, c'est au juge de prendre la décision sur la base des faits soumis. La CAF a déjà constaté que la CAEC ne respectait pas toujours cette approche.

[L]a Commission, dans ses observations écrites à l'intention tant du Conseil et du juge-arbitre, a donné des exposés de faits erronés [...]. Le

²⁴⁰ Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, *Étude sur les appels accueillis au Conseil Arbitral*, Interne, Montréal, Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, 1991 à la p 21. Il s'agit ici de données visant le Conseil arbitral et le juge-arbitre puisque les données pour le TSS ne sont pas disponibles.

²⁴¹ Harris, *supra* note 38 à la p 123.

²⁴² Gaile McGregor, « Anti-Claimant Bias in the Employment Insurance Appeals System: Causes, Consequences, and Public Law Remedies » (2001) 15 Can J Admin L & Prac 229. Dans cette analyse de la jurisprudence touchant le droit aux prestations d'assurance-emploi, la professeure McGregor relève un bon nombre d'exemples en ce sens.

dossier ne nous fait voir aucun fondement pour de tels exposés. [...]. Ces renseignements inexacts ont été adoptés en partie par le Conseil, ce qui constitue une erreur de fait susceptible de contrôle parce que ces conclusions ne reposaient pas sur la preuve réelle.

[...] Certes, nous reconnaissons que la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire en l'espèce; mais nous nous permettons d'attirer son attention sur les inexactitudes dans ses observations factuelles adressées au conseil et au juge-arbitre, sur des facteurs tels que le caractère sérieux d'une décision selon laquelle des déclarations fausses ou trompeuses ont été faites, sur le montant de la pénalité imposée et sur le fait qu'il existait un retard d'environ seulement un mois après le délai-limite imparti pour l'appel.²⁴³

La professeure McGregor rappelait, en analysant l'ancien système, « [w]hat is easy to lose sight of — and what the evidence suggests many referees do lose sight of — is that the role of the Commission in actual appeals is that of an interested party, not a disinterested advisor²⁴⁴. »

De nombreuses décisions du juge-arbitre sont émaillées de commentaires similaires sur la qualité des dossiers soumis par la CAEC. On peut entre autres citer celle-ci signée par le juge-arbitre Stevenson :

À plusieurs reprises, les juges-arbitres ont formulé des commentaires sur le devoir de la Commission de porter à l'attention des conseils arbitraux la jurisprudence qui étaye la position du prestataire ainsi que celle à l'appui de sa propre position. Le défaut de le faire peut être considéré comme un manquement à l'obligation d'agir équitablement.²⁴⁵

²⁴³ *Cardamone, Albert c Le Procureur général du Canada*, 1997 CAF A-432-96, en ligne : <<http://goo.gl/HdfRwB>>.

²⁴⁴ McGregor, *supra* note 242 à la p 265.

²⁴⁵ *CUB 72496*. Parmi les autres décisions contenant des commentaires similaires, on peut entre autres citer les décisions suivantes : *CUB 77510*; *CUB 76954*; *CUB 73199B*; *CUB 65225*; *CUB 53465A*; *CUB 53366*; *CUB 42083*.

Bref, devant la possibilité du rejet sommaire du dossier maintenant prévue par le processus d'appel, celui-ci ne fournit pas la même garantie du respect de la règle *audi alteram partem* que l'ancien régime, lequel prévoyait que les parties étaient systématiquement convoquées à une audience. Et même s'il est possible de contester le rejet sommaire, il s'agit d'un nouvel obstacle à franchir pour le prestataire, lequel mettra à l'épreuve la détermination et les ressources de celui-ci.

La demande d'appel qui franchit le filtre du rejet sommaire est ensuite étudiée dans le cadre d'une audience tenue par la division générale du TSS²⁴⁶.

4.2.3 L'obligation du TSS de tenir une audience en personne

L'article 21 du Règlement sur le TSS (RTSS) indique que le tribunal peut tenir ses audiences sous différentes formes (écrite, électronique, en personne). Bien qu'il s'agisse d'un recul en termes d'équité procédurale en regard de l'ancienne situation²⁴⁷, il ne s'agit pas là d'une situation sans précédent dans le monde de la justice administrative²⁴⁸. Toutefois, en matière disciplinaire ou lorsque des « droits professionnels sont en cause, la tendance est à considérer que les parties affectées ont droit à une audience formelle²⁴⁹, » les plaidoiries écrites se justifiant d'avantage lorsqu'il s'agit de pures questions de droit²⁵⁰. De plus, il ne fait aucun doute que les vidéoconférences n'équivalent pas à une présence physique²⁵¹. Cette manière de faire

²⁴⁶ RTSS, *supra* note 103, art 31.

²⁴⁷ Walsh et Walsh, *supra* note 157 à la p 279.

²⁴⁸ Garant, Garant et Garant, *supra* note 55 aux pp 623-624.

²⁴⁹ *Ibid* à la p 626.

²⁵⁰ *Ibid* à la p 628; Sossin et Yetnikoff, *supra* note 35 à la p 271.

²⁵¹ Walsh et Walsh, *supra* note 157 à la p 278.

change le comportement de toutes les personnes qui y participent²⁵², y compris le décideur, et ces changements ont un impact négatif sur les résultats matériels des procédures²⁵³. L'équité procédurale est donc directement affaiblie par le processus de contestation tel que réformé.

À la lumière de ces informations, une nouvelle étape du processus de contestation est particulièrement contentieuse en terme d'équité procédurale : la contestation d'un rejet sommaire par la division générale. En effet, le choix d'imposer une audience écrite aux prestataires²⁵⁴ qui contestent un rejet sommaire est troublant. Il faut garder à l'esprit que la division générale est la première et la dernière instance dans tout le processus (de la décision initiale à la Cour suprême) où un prestataire peut, à la fois, connaître les faits qui lui sont reprochés, présenter ceux qu'il juge pertinents, plaider son interprétation de la Loi et s'adresser à un décideur impartial et indépendant sur le fond du litige. Le législateur a choisi de limiter l'accès à ce forum par le biais d'un mécanisme de rejet sommaire. Dans ces circonstances, imposer une audience épistolaire au prestataire, à moins de lui donner raison, n'est pas très différent d'une nouvelle décision de rejet sommaire. Cette approche témoigne, à tout le moins, d'une grande désinvolture face à « la règle d'or du droit administratif » et contredit celle mise de l'avant par le professeur Huscroft lorsqu'il affirme que

The duty of fairness promotes sound public administration [...] by ensuring that decisions are made with input from those affected by them;

²⁵² Lorenza Mondada, « Imbrications de la technologie et de l'ordre interactionnel » [2007] 144 Réseaux 141 à la p 178.

²⁵³ Walsh et Walsh, *supra* note 157 à la p 272; Bellone, *supra* note 158 à la p 32.

²⁵⁴ M^c Michel Mathieu, *Introduction au Tribunal de la sécurité sociale (TSS)*, PPT, Gatineau (Québec), Forum sur l'assurance-emploi du Bureau de la commissaire représentant les travailleurs et travailleuses, 5 décembre 2013. M^c Mathieu n'a pas toujours eu la même interprétation des articles 21, 31 et 37 du RTSS. En juillet 2013, celui-ci considérait que l'audience de la division générale devait avoir lieu autrement que sous la forme de questions-réponses écrites. Voir Mathieu, *supra* note 148; Michel Mathieu, *RE: Présentation sur le tribunal de la sécurité sociale*, 15 juillet 2013.

well-informed decisions are likely to be better decisions, and decisions made pursuant to transparent, participatory process promote important rule-of-law values.²⁵⁵

De son côté, le juge-arbitre Dubinsky avait établi une série de critères pour évaluer si l'équité était respectée au cours de l'ancien processus d'appel : « Une audition équitable présuppose; 1) un avis suffisant de la tenue de l'audition; 2) **l'occasion d'être entendu**; 3) le droit de connaître les allégations qui sont faites contre une partie, et 4) **l'occasion de présenter une plaidoirie**²⁵⁶. » [l'emphase est de nous]

Lorsque le prestataire conteste l'imposition d'une sanction ou lorsque la crédibilité des témoins est en cause, comme c'est souvent le cas lors d'une accusation d'inconduite, de départ volontaire ou de fausse déclaration, le droit d'être entendu peut être interprété comme comprenant la comparution en personne des parties et des témoins clés.

En analysant les processus d'appel à la disposition des prestataires des programmes sociaux de l'État de New York, la professeure Lens concluait

« [h]earings also serve an important normative function. If perceived as fair, hearings reinforce the legitimacy of governmental authority. They can convince clients of the appropriateness and correctness of the governments' actions even when no error has occurred²⁵⁷. »

Les règles d'équité ont intégré ce besoin d'être entendus que revendiquent les assurés, et les prestataires lorsqu'ils deviennent des appelants. En étudiant la perspective des prestataires au sein de processus comparables, la professeure Lens constate que

²⁵⁵ Huscroft, *supra* note 51 à la p 150.

²⁵⁶ *CUB 8202*.

²⁵⁷ Lens, *supra* note 202 à la p 818.

« [h]ow their evidence and testimony was treated influenced clients' perceptions of whether they had an opportunity to present their case²⁵⁸ », elle considère également que « [c]lients appealed not only because of a perceived mistake but also [...], to expose perceived wrongs to a larger audience²⁵⁹. » L'impossibilité pratique d'être informé de la preuve au dossier au moment de la révision administrative, la perte de la garantie d'obtenir une audience par le tribunal (engendrée par l'instauration du rejet sommaire), l'incertitude sur les modalités d'audience (écrite, électronique, en personne) et la disparition d'un appel de plein droit pour le deuxième niveau d'appel (autrefois le juge-arbitre, maintenant la division d'appel du TSS) sont autant de mesures qui, au moins du point de vue du prestataire, constituent des restrictions au droit d'être entendu et affaiblissent l'équité procédurale lors du processus de contestation instauré par la réforme de l'assurance-emploi.

4.3 La règle *nemo iudex in sua causa*, ou nul ne peut être juge et partie

Il y a quelques années, le juge Rouleau affirmait que,

[l]e concept de « justice naturelle » englobe le droit du prestataire à une audience équitable. Ce droit est si fondamental qu'il ne doit même pas sembler y avoir eu entrave au droit du prestataire de présenter intégralement son point de vue **devant un Conseil arbitral dénué de préjugés**. La loi exige non seulement que la justice soit rendue, mais aussi qu'elle le soit de façon claire et manifeste. Si l'on soupçonne simplement qu'un prestataire s'est vu nier ce droit, il faut ordonner que la question soit renvoyée au Conseil arbitral.²⁶⁰ [L'emphase est de nous]

²⁵⁸ *Ibid* à la p 832.

²⁵⁹ *Ibid* à la p 834.

²⁶⁰ *CUB 12699*.

Pour l'ancien président du Tribunal d'appel des accidents du travail (Ontario)²⁶¹ et aujourd'hui professeur de droit, Ron Ellis, « the core foundation requirement of constitutional legitimacy for a person or entity exercising judicial functions is an objectively guaranteed impartiality²⁶². »

4.3.1 L'indépendance et l'impartialité des membres du TSS

D'autres pays ont récemment décidé de renforcer l'indépendance des décideurs siégeant aux différents tribunaux administratifs. Par exemple, depuis peu, le Royaume-Uni a renforcé les garanties institutionnelles de l'indépendance de plusieurs façons, « including breaking the link with sponsoring departments by creating a new unified tribunal service, which is an executive agency of the Ministry of Justice²⁶³ ». La tendance est donc d'assurer un plus grand niveau d'indépendance aux tribunaux administratifs, aspect négligé par la réforme de 2013.

L'un des points faibles de l'ancien système était certainement les relations étroites entre les décideurs (CA et JA) et la CAEC, ce qui minait considérablement l'indépendance des décideurs. Sur cette question, la professeur McGreggor était d'avis qu'à la lumière de la jurisprudence de la CSC notamment dans les affaires *Valente*²⁶⁴, *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*²⁶⁵ et *Hills*²⁶⁶, « it

²⁶¹ Depuis 1997, ce tribunal se nomme « Tribunal d'appel de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail ».

²⁶² S Ronald Ellis, *Unjust by design: Canada's administrative justice system*, Vancouver, UBC Press, 2013 à la p 148.

²⁶³ Tom Mullen, « A Holistic Approach to Administrative Justice? » dans Adler, dir, *Administrative justice in context*, Oxford ; Portland, Or, Hart Pub, 2010, 383 à la p 399. Mullen fait ici référence à l'adoption du *Tribunal, Courts and Enforcement Act 2007* (R-U), c 15 par le Parlement du Royaume-Uni.

²⁶⁴ *Valente c La Reine*, [1985] 2 RCS 673 (CSC) [*Valente*], en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1ftzr>>.

seems unlikely that a court could find that the Board of Referees meets the test for judicial independence²⁶⁷. »

Bien que dorénavant le niveau d'indépendance des décideurs soit similaire à celui des membres de la plupart des tribunaux administratifs fédéraux, le juge LeBel remet en question les politiques actuelles en la matière :

[G]iven the importance of administrative justice, we should perhaps question whether administrative adjudicative administration [sic] should not be given a stronger constitutional protection after all. Canadians will deal with administrative action and justice more often than with the civil or criminal courts in their daily life²⁶⁸.

Il poursuit sa pensée en s'exprimant sur les conséquences associées à l'existence de tribunaux administratifs n'ayant pas l'indépendance suffisante pour exercer la justice de manière acceptable socialement.

The goal of strengthening the independence of administrative tribunals is not only to eliminate a reasonable apprehension of bias, but also to create a reasonable apprehension that the system works efficiently and transparently, while being accessible to every citizen. This requires a model for administrative justice that is independent, yet responsive to the particular demands of its unique environment²⁶⁹.

²⁶⁵ *Canadien Pacifique Ltée c Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 RCS 3 (CSC), en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1frm4>>.

²⁶⁶ *Hills*, *supra* note 213.

²⁶⁷ *McGregor*, *supra* note 242 à la p 277.

²⁶⁸ Louis LeBel, « Notes for an Address: Reflections on Natural Justice and Procedural Fairness in Canadian Administrative Law » (2013) 26:1 Can J Admin L & Prac 51 à la p 57.

²⁶⁹ *Ibid.*

En l'espèce, le TSS relève du ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences²⁷⁰, qui lui accorde son budget de fonctionnement et ses employés²⁷¹, deux caractéristiques courantes des tribunaux administratifs fédéraux, mais critiquées quant au niveau d'indépendance que ce type d'organisation confère à un tribunal²⁷².

Concernant l'impartialité des membres du TSS, selon les médias québécois, la nature partisane des membres du TSS est évidente :

Pour sélectionner les membres québécois du nouveau Tribunal de la sécurité sociale (TSS, qui entre en vigueur le 1^{er} avril), les conservateurs n'ont pas eu à chercher bien loin : quatre des huit personnes qui jugeront des demandes d'appel des prestataires d'assurance-emploi ont été candidats conservateurs dans un passé récent.

[...] Ailleurs au Canada, le Comité national des chômeurs (CNC) a trouvé une dizaine d'autres cas révélant des liens entre les personnes nommées au TSS et le Parti conservateur²⁷³.

Cette situation n'est pas unique. Selon le professeur Ellis, « [t]he decisive influence of patronage and partisan political considerations in the selection of particular persons for appointment or reappointment to judicial tribunals is acknowledged to have been a long-standing scourge of Canada's administrative justice system²⁷⁴. »

²⁷⁰ LMRHDC, *supra* note 81, part 5.

²⁷¹ Mathieu, *supra* note 148.

²⁷² Ellis, *supra* note 262.

²⁷³ Guillaume Bourgault-Côté, « Assurance-emploi - Le Tribunal de la sécurité sociale recrute chez les conservateurs » (15 mars 2013), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/hph9VE>> (consulté le 5 avril 2013).

²⁷⁴ Ellis, *supra* note 262 aux pp 37-38.

Cela risque d'entacher l'image d'indépendance et d'impartialité de la justice en matière d'assurance-emploi et la crédibilité de celle-ci, car, comme l'explique le professeur Noreau, « l'incrédulité des citoyens à l'égard de l'égalité juridique, ou l'idée que l'activité judiciaire [...] se déploie dans le cadre d'une forme privilégiée avec les pouvoirs politiques, vient directement alimenter la méfiance des citoyens vis-à-vis de l'institution dans son ensemble²⁷⁵. »

Selon l'arrêt *Valente*²⁷⁶, les trois grands principes de l'indépendance judiciaire sont l'inamovibilité et la sécurité financière des décideurs ainsi que le contrôle par le tribunal de sa propre administration. Bien qu'on considère généralement la sécurité financière des décideurs sous l'angle de la garantie de rémunération, il est aussi possible de traiter la question par l'autre bout de la lorgnette. Si le décideur n'est pas rémunéré pour son travail, il n'a pas à craindre de perdre cette rémunération.

Les membres du Conseil arbitral recevaient une indemnité pour couvrir les pertes de revenus et les dépenses associées à leur participation, mais ne recevaient pas de rémunération pour leur rôle. Le changement de statut des décideurs a un impact direct sur leur niveau d'indépendance. Les membres du TSS sont nommés pour une période de deux à cinq ans²⁷⁷, ce qui respecte les normes édictées en vertu des principes définis dans l'arrêt *Valente*²⁷⁸. Mais en remplaçant quelque 900 membres de Conseils arbitraux (dont il ne choisissait qu'un tiers des membres) agissant dans 83 centres²⁷⁹ par une soixantaine de juges à la section assurance-emploi de la division générale, le

²⁷⁵ Noreau, *supra* note 47 à la p 27.

²⁷⁶ *Valente*, *supra* note 264.

²⁷⁷ LMRHDC, *supra* note 81, art 45(4).

²⁷⁸ *Valente*, *supra* note 264.

²⁷⁹ Commission de l'assurance-emploi du Canada, *supra* note 18 à la p 128.

pouvoir exécutif s'est-il donné une prise plus solide sur le nouveau Tribunal qu'il ne l'avait avec l'ancien Conseil arbitral ? Cette crainte est évoquée par le Barreau du Québec²⁸⁰ ainsi que par la Commission nationale d'examen sur l'assurance-emploi²⁸¹.

En devenant des juges professionnels qui, selon l'article 48(1), ne peuvent pas occuper d'autres fonctions, les nouveaux juges perdront l'expertise pratique du marché du travail qui était si valorisée jusqu'ici pour le CA²⁸². En contrepartie, étant donné qu'ils siègent à temps plein, les membres du tribunal pourraient, à terme, développer un niveau d'expertise juridique supérieur à celui des membres du CA. Cet espoir est cependant modéré par les propos du professeur Sossin dans son analyse sur les liens entre l'indépendance et la compétence (au sens d'expertise) des décideurs et les conditions administratives de leur action. Pour lui, « discretionary justice²⁸³ is not simply a matter of the judgments individual officials make but must also be a

²⁸⁰ Barreau du Québec, *Observations et commentaires du Barreau du Québec sur l'assurance-emploi, Présentation devant la Commission nationale d'examen sur l'assurance-emploi*, Barreau du Québec, 10 octobre 2013 à la p 11, en ligne : Barreau du Québec <<http://goo.gl/RfgMrv>>.

²⁸¹ Commission nationale d'examen sur l'assurance-emploi, *Réforme de l'assurance-emploi : Des correctifs pressants et des perspectives d'avenir*, Québec, Commission nationale d'examen sur l'assurance-emploi, 2013 à la p 42, en ligne : CNEAE <<http://goo.gl/aFkkWg>>.

²⁸² Mary Lou Donnelly, *Entrevue avec la commissaire ouvrière à la Commission d'assurance-emploi*, MP3, Gatineau (Québec), 27 septembre 2013.

²⁸³ Le programme d'assurance-emploi ne prévoit pas de pouvoir discrétionnaire dans l'attribution des prestations de chômage, et ce, contrairement aux prestations d'emploi. Une personne répond, ou non, aux critères d'éligibilité aux prestations de chômage, ce qui lui donne, ou non, le droit de recevoir celles-ci. Cependant, ni la CAEC ni le TSS possède l'autorité de déterminer la durée ou le montant des prestations. Il n'en demeure pas moins qu'il existe une marge discrétionnaire dans l'appréciation des situations étudiées par la CAEC. C'est d'ailleurs ces évaluations qui forment l'essentiel des dossiers contestés par les prestataires déboutés en première instance : les circonstances qui entourent un départ volontaire, une inconnue, un refus d'emploi convenable, un conflit collectif ou une fausse déclaration sont autant d'éventualités qui demandent à l'appareil administratif de la CAEC, et éventuellement le TSS, d'utiliser le pouvoir discrétionnaire qui leur est accordé par la Loi. De plus, certains pouvoirs discrétionnaires sont explicitement prévus dans la Loi. Par exemple, ce sont la CAEC ou le juge du TSS, selon les circonstances, qui possèdent la marge discrétionnaire pour autoriser la prolongation des délais d'appel ou encore pour accorder, ou non, une anti-datation lors du dépôt d'une demande.

question of the structures through which those judgments are mediated²⁸⁴ », entre autres parce que l'interprétation des faits et des normes est directement liée à la formation, aux manuels et aux directives que reçoivent les décideurs²⁸⁵.

L'impact de la réforme sur les enjeux d'indépendance et d'impartialité pour les juges de la division d'appel est différent de celui des juges siégeant à la division générale. Autrefois, le juge-arbitre était soit un juge (en fonction ou à la retraite) de la Cour fédérale ou d'une Cour supérieure, ce qui signifiait qu'il bénéficiait d'une rémunération et d'une garantie d'emploi qui modérait l'impact éventuel du non-renouvellement de son mandat. Aujourd'hui, les juges de la division d'appel du TSS peuvent perdre leur poste au bon vouloir du gouverneur en conseil, et ce, sans la sécurité financière dont disposaient les juge-arbitres.

Quant au troisième critère garantissant l'indépendance, soit l'autonomie administrative du tribunal, il est possible de considérer que le TSS s'est légèrement éloigné de la CAEC (dont dépendait directement le CA et le JA), mais celui-ci reste une section du même ministère et relève du même ministre que la CAEC, n'atteignant pas le niveau réclamé par des observateurs autorisés comme les professeurs McGregor²⁸⁶ et Ellis²⁸⁷ ou l'honorable juge LeBel lorsqu'il affirme « [i]n addition to being personally impartial, decision makers must be institutionally independent²⁸⁸ ».

²⁸⁴ Lorne Mitchell Sossin, « Boldly Going Where No Law Has Gone Before: Call Centres, Intake Scripts, Database Fields, and Discretionary Justice in Social Assistance » [2004] 42 Osgoode Hall LJ 363 à la p 414.

²⁸⁵ *Ibid* à la p 392.

²⁸⁶ McGregor, *supra* note 242 à la p 280.

²⁸⁷ Ellis, *supra* note 262 à la p 102.

²⁸⁸ LeBel, *supra* note 268 à la p 55.

4.3.2 Le paritarisme au sein du processus de contestation

Le principe de paritarisme reflété par la composition du Conseil arbitral était généralement considéré comme un atout de ce tribunal. Selon les auteurs Pierre Issalys et Gaylord Watkins :

L'application [du principe de paritarisme] aux Conseils arbitraux est particulièrement significative, puisqu'elle donne au patronat et aux salariés, cotisants du régime d'assurance-chômage, un moyen d'intervention directe dans le processus de décision individuelle. Il y a certes là, du point de vue de la CAC [Commission de l'assurance-chômage], un moyen de légitimer l'action administrative entraînée par l'application du régime [...]. En outre, du point de vue de la procédure administrative, l'intervention, à un stade de cette procédure, d'un organe décisionnel à la formation duquel concourent les administrés financièrement intéressés soit comme cotisants, soit comme bénéficiaires, à la régularité des décisions administratives, **apparaît comme un élément tout à fait positif**²⁸⁹. [l'emphase est de nous]

Une grande partie de l'autorité des membres du Conseil arbitral reposait sur le fait qu'il s'agissait de personnes dont l'activité sociale et professionnelle principale était reliée au marché du travail et à leur communauté²⁹⁰. Le juge-arbitre en chef Jerome soulignait : « [C]ette décision relève tout à fait de la compétence des membres du Conseil arbitral qui [...] sont donc vraiment censés se fonder sur leur propre expérience et leur compréhension de la situation dans leur propre communauté²⁹¹. »

²⁸⁹ Issalys et Watkins, *supra* note 60 à la p 138. Patrice Garant et Philippe Garant ajoutent : « L'idée d'une représentation paritaire des intérêts des travailleurs et des employeurs existe depuis longtemps au sein des organismes du travail, [...] La Loi sur l'assurance-emploi consacre le paritarisme depuis longtemps. Sa justification n'est pas remise en cause. » [Patrice Garant et Philippe Garant, « Le paritarisme » (décembre 2001), en ligne : La justice arbitrale en assurance-emploi <<http://goo.gl/kLqU7A>> (consulté le 4 mars 2013).].

²⁹⁰ Donnelly, *supra* note 282.

²⁹¹ *CUB 8641A*.

Le processus a conservé l'une des caractéristiques qui étaient critiquées du CA de l'ancien régime : la nomination discrétionnaire, et généralement partisane, des présidents des CA²⁹². L'article 47 de la LMRHDC impose au Ministre de consulter les commissaires issus des organisations ouvrières et patronales avant de présenter les noms au gouverneur en conseil pour qu'il procède à la nomination des juges²⁹³. Cependant, ces noms proviennent des officines du Ministre, aucune alternative n'est offerte et les commissaires ne disposent pas des moyens nécessaires pour bloquer le processus²⁹⁴. Cet aspect édulcoré du paritarisme est l'un des seuls vestiges du principe du paritarisme qui, lors de la création du régime d'assurance-emploi, en constituait une base fondatrice.

The scheme is in fact a co-operative enterprise between employers and workers under Government supervision and direction, and it is hoped that this co-operation will be extended and will develop to the mutual advantage of workers, employers and the public generally.²⁹⁵

Deux autres différences avec le Conseil arbitral sont le statut de salariés à temps plein²⁹⁶ qu'occupent les membres du TSS et le territoire couvert par les juges. Les membres du CA habitaient les communautés où ils officiaient et cette tâche les occupait un ou deux jours par mois. Cela permettait la mobilisation des connaissances

²⁹² Comité permanent des ressources humaines, du développement des compétences, du développement social et de la condition des personnes handicapées, *Témoignages du 3 mars 2011*, coll. HUMA, Chambre des communes, 40e legis, 3e sess, No 47, 3 mars 2011 à la p 5, en ligne : <<http://goo.gl/2ISdZQ>> (consulté le 1 avril 2013).

²⁹³ Cette exigence fait en sorte que les juges qui officient à la Section de l'assurance-emploi peuvent aussi siéger à la Section de la sécurité du revenu, mais pas l'inverse.

²⁹⁴ Donnelly, *supra* note 282.

²⁹⁵ Canada Department of Labour, *supra* note 60. Les aspects toujours existants du paritarisme sont le financement du programme (même si ce volet est grandement affaibli depuis la fin de la contribution gouvernementale) et la nature statutaire des postes de commissaires réservés aux organisations ouvrières et patronales qui est inscrit à l'article 20(2) de la LMRHDC .

²⁹⁶ LMRHDC, *supra* note 81, art 45(1).

relatives aux enjeux régionaux du marché du travail²⁹⁷. Cet aspect était particulièrement important pour les régions ayant une activité économique basée sur des secteurs cycliques (foresterie, mines, pêche, tourisme, etc.).

Le détachement du TSS d'avec la CAEC (même si le TSS dépend du même ministère) offre l'avantage d'accroître le potentiel d'impartialité des juges par rapport à l'ancien système. Ce gain aurait pu être réalisé tout en conservant le caractère paritaire de la première instance d'appel.

En choisissant de laisser le nouveau Tribunal de la sécurité sociale sous la tutelle du Ministre responsable du programme d'assurance-emploi, en poursuivant la tradition des nominations partisans et en n'accordant pas la sécurité d'emploi aux juges, le gouvernement n'a pas su profiter de la réforme pour améliorer de façon significative le niveau d'indépendance et d'impartialité des décideurs lors du processus d'appel. Bien que différente, la nouvelle structure a donc un niveau d'indépendance et d'impartialité similaire à celle en place autrefois.

4.3.3 Les délais et les prescriptions

Tant la jurisprudence²⁹⁸ que la doctrine²⁹⁹ reconnaissent qu'un délai déraisonnable lors des procédures peut être à l'origine de préjudices pour l'administré, y compris de

²⁹⁷ Donnelly, *supra* note 282.

²⁹⁸ *Blencoe v British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 RCS 307 (CSC) [*Blencoe*], en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/525v>>; *Wareham v Ontario (Ministry of Community and Social Services)*, [2008] 2008 ONCA 771 (Court of Appeal for Ontario), en ligne : ONCA <canlii.ca/t/21kw8> (consulté le 22 juillet 2014); *Huot c Pigeon*, [2006] 2006 QCCA 164 (Cour d'appel du Québec), en ligne : QCCA <canlii.ca/t/1mjt> (consulté le 22 juillet 2014).

²⁹⁹ Issalys, *supra* note 92 au para 414; Garant, Garant et Garant, *supra* note 55 à la p 698; Huscroft, *supra* note 51 à la p 175; Evan Fox-Decent et Alexander Pless, « The Charter and Administrative Law: Cross-Fertilization or Inconstancy? » dans Colleen M Flood et Lorne Mitchell Sossin, dir, *Administrative law in context*, Second Edition, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2013, 407 à la p 418.

nature économique et psychologique. La question des délais constitue un aspect intégral de l'équité procédurale, comme l'indiquent les professeurs Huscroft³⁰⁰, Fox-Decent et Pless³⁰¹.

Dans le contexte de l'assurance-emploi, les délais peuvent avoir un impact économique important, dépassant même parfois la valeur des prestations faisant l'objet de contestation avec la CAEC. Dans ce contexte, la CAEC réussit à créer des situations où le jeu n'en vaut pas la chandelle pour les prestataires, poussant ceux-ci à lancer la serviette. Si on adopte la perspective du prestataire sur cette question, la disparition des délais imposés à la CAEC (et les délais allongés vécus sur le terrain depuis l'entrée en vigueur de la réforme de 2013³⁰²) pour répondre aux représentations des prestataires est clairement un recul pour ce qui est du droit de contester une décision défavorable.

Si les délais occasionnés par l'appareil administratif de la CAEC et du TSS sont préjudiciables aux prestataires privés de leurs prestations, l'imposition faite aux appelants de respecter des délais de prescription plus courts n'améliore pas leur sort, bien au contraire. Concrètement, en vertu de l'article 57(1)(a) de la LMRHDC, la réforme fait passer de 60 à 30 jours le temps de réflexion, d'évaluation et de consultation avant de déposer une demande de permission d'appel devant la division

³⁰⁰ Huscroft, *supra* note 51 à la p 176.

³⁰¹ Fox-Decent et Pless, *supra* note 299 à la p 418.

³⁰² Paul Thompson, Ron Meighan et Jacque Manchevsky, *Panel Centre d'appel et traitement des demandes*, MP3, Gatineau (Québec), Forum sur l'assurance-emploi, 5 décembre 2013; Thompson, Giguère et Lalonde, *supra* note 87; Guillaume Bourgault-Côté, « Assurance-emploi : Le nombre de demandes d'appel est en chute libre » (01 2014), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/qKH011>> (consulté le 30 juin 2014). M. Thompson est sous-ministre adjoint principal, Emploi et Développement social Canada, M. Meighan est directeur général, Traitement des prestations à Service Canada et Mme Manchevsky est directrice générale, Direction centre d'appels à Service Canada.

d'appel du TSS³⁰³. Cette réduction a le potentiel d'augmenter le stress vécu par les prestataires et risque de se traduire en dépenses supplémentaires pour eux. En s'appuyant sur les données disponibles à l'époque de l'ancien régime³⁰⁴, c'est au moment de passer à l'étape du juge-arbitre que la majorité des prestataires faisaient appel à l'aide d'un représentant. Si ce comportement se perpétue, c'est donc à l'étape de la division d'appel que la majorité se tournera vers une représentation professionnelle. Un délai plus court dans ces circonstances risque de se traduire par des complications et des coûts supplémentaires (y compris sous forme de stress) pour identifier et embaucher un conseiller.

Finalement, l'ancien article 114 de la LAE accordait à la Commission la discrétion de prolonger le délai habituel de 30 jours pour interjeter appel (pour cause de maladie, par exemple). De même, l'ancien article 120 n'imposait aucune limite de temps à la Commission, au CA ou au JA pour « annuler ou modifier toute décision [...] si on lui présente des faits nouveaux » inconnus au moment de la décision. Les nouvelles règles sont moins généreuses et fonctionnent différemment pour la CAEC que pour le TSS. Du côté du TSS, le droit de demander une prorogation du délai d'appel devant la DG ou la DA est limité à un an (en vertu de l'article 52(2) de la LMRHDC pour la DG, et 57(2) pour la DA)³⁰⁵.

³⁰³ Bien qu'un délai de 30 jours s'applique également, l'appel d'une décision de rejet sommaire est de plein droit en vertu de l'article 56(2) de la LMRHDC. Cet article exempte donc les appelants d'effectuer une demande de permission.

³⁰⁴ Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, *supra* note 240 à la p 21.

³⁰⁵ Pour la révision administrative, différentes restrictions s'appliquent selon les délais, mais aussi des situations. Celles-ci sont définies par les deux articles du RDR. De façon générale, du 31^e au 365^e jour qui suit la décision, la CAEC peut accorder un délai si celui-ci est justifié par une « explication raisonnable » et que « l'intéressé a manifesté l'intention constante de demander la révision ». Mais dans les circonstances suivantes, la CAEC doit en plus être « convaincue que la décision a des chances raisonnables de succès » :

- la décision initiale a plus de 365 jours;

Cette modification procédurale vient restreindre le droit aux prestations des prestataires, parfois de manière définitive, même si les circonstances expliquant le dépassement du délai sont raisonnables (telles que la maladie ou de mauvaises informations fournies par un agent de la CAEC). Ces limites n'existaient pas avant la réforme.

4.3.4 Une chance supplémentaire au coureur : le traitement des faits nouveaux

L'ignorance de faits significatifs au moment du processus de contestation peut évidemment changer de manière radicale le résultat de celui-ci. Autrefois, un prestataire qui s'était vu débouté par la CAEC, le CA ou le JA pouvait toujours obtenir le droit de reprendre la démarche de contestation s'il avait pris connaissance de faits nouveaux³⁰⁶. Tel qu'expliqué plus haut, la nouvelle procédure de contestation offre bien la possibilité de reconsidérer une décision, mais impose des limites temporelles³⁰⁷ inexistantes autrefois. Il faut aussi ajouter l'impossibilité d'obtenir plus d'une seule réaudience³⁰⁸ devant le TSS. Ces limites, si elles avaient été en place autrefois, auraient empêché la CAF de rendre justice dans l'arrêt *Pelletier*. Dans cette affaire, où le juge-arbitre a tenu trois audiences et la CAF deux, la cour a finalement reconnu le droit des prestataires, et ce, des années après les décisions initiales. Dans sa décision, la CAF reconnaît que

Le nouvel élément de preuve offert, soit un témoignage rendu dans une autre instance par un représentant de l'employeur **longtemps après**

-
- elle est présentée par un prestataire qui a déposé une autre demande entre-temps;
 - elle est présentée par un prestataire qui a déjà demandé une révision administrative dans ce dossier.

³⁰⁶ LAE, *supra* note 15 à l'ancien art 120.

³⁰⁷ LMRHDC, *supra* note 81, art 66(1).

³⁰⁸ *Ibid*, art 66(3).

l'audience devant le conseil arbitral, était de nature à contredire la position que l'employeur avait adoptée à l'audience et pouvait donc affecter l'appréciation de sa crédibilité³⁰⁹. [L'emphase est de nous]

Si, d'une part, la réforme restreint la possibilité des prestataires de soumettre leurs arguments, d'autre part elle maintient l'article 52(1) de la LAE qui accorde toujours 36 mois à la CAEC pour procéder à un nouvel examen, si elle soupçonne une erreur de bonne foi, et 72 mois si elle croit « qu'une affirmation fausse ou trompeuse a été faite ». Ces modifications affectent clairement l'équité procédurale et défavorisent les prestataires face à la CAEC.

L'impact de ces restrictions trouve aussi des échos du côté de la compétence des décideurs. En imposant des délais maximaux et en limitant le nombre d'audiences, la loi retire l'autorité des décideurs indépendants de trancher des dossiers qui auraient autrefois été de leur ressort. Selon cette perspective, dans certains cas, la réforme réduit — à néant — le droit de contester une décision défavorable et, par le fait même, l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi.

4.4 Un bilan du respect de l'équité procédurale dans le cadre du processus de contestation post-réforme

Après ce tour d'horizon de l'évolution du respect des règles d'équité procédurale lors du processus de contestation pré et post-réforme, il est nécessaire de faire un rapide bilan des leçons tirées dans ce chapitre en lien avec les indicateurs identifiés au premier chapitre.

³⁰⁹ *Pelletier, Maurice c Commission, Le Sous-procureur général du Canada*, 1993 CAF A-109-92, à la p 2, en ligne : <<http://goo.gl/ASiscy>>. Le texte est au pluriel car il s'agit d'un dossier relatif à un conflit de travail collectif.

Il a été largement démontré que les délais sont une composante centrale de l'équité procédurale pour les prestataires. À cet égard, les nouvelles règles font en sorte que, d'une part, l'absence de limite de temps imposée à la CAEC et au TSS expose les prestataires qui contestent une décision à des délais beaucoup plus importants dans le processus post-réforme qui prend plus de temps à traiter les dossiers³¹⁰. D'autre part, les prestataires ont moitié moins de temps pour procéder devant la division d'appel du TSS qu'à l'époque du juge-arbitre, en plus de voir l'ensemble de leurs recours devant le Tribunal limités à une année. Cette réduction des délais de prescription s'accompagne aussi d'une restriction à la possibilité de faire valoir des faits nouveaux, y compris pour obtenir une nouvelle révision administrative.

Les considérations touchant le droit d'être représenté et les coûts associés au processus de contestation ont été largement traitées au chapitre précédent³¹¹. Comme il aurait été fastidieux de reprendre les mêmes arguments dans deux chapitres consécutifs, aux fins du bilan, ces deux notions seront considérées de la même manière qu'au chapitre III.

La complexité du processus augmente la difficulté à comprendre celui-ci et les risques d'erreurs de la part du prestataire. Cette complexité est susceptible de provoquer un effet de découragement chez plusieurs. En multipliant les exigences, les délais et les formulaires destinés aux parties en cause, la réforme touche, en pratique, le prestataire, augmentant le déséquilibre de pouvoir entre la CAEC et le prestataire, car la Commission possède les moyens et les ressources nécessaires pour faire face à l'accroissement du fardeau des exigences procédurales.

³¹⁰ Bourgault-Côté, *supra* note 17.

³¹¹ En particulier aux sections 3.1.3 et 3.1.6.

La médiatisation des communications avec l'appareil administratif de la CAEC lors de la RA et avec le TSS constitue certainement une transformation importante des pratiques établies lors du processus de contestation. Cette « mécanisation » des relations entre les parties a un effet sur le respect de la règle *audi alteram partem*. Les études et la jurisprudence consultées démontrent que les prestataires, mais aussi les personnes appelées à témoigner, n'agissent pas de la même façon dans ces circonstances que lors d'une audience en personne. Il est également plus difficile pour le décideur d'évaluer la crédibilité d'un témoignage à travers les filtres imposés par ces différentes méthodes de communication. Du point de vue de l'équité procédurale, le processus actuel s'en trouve donc atteint négativement par rapport à l'ancienne approche.

Comme pour tout programme de ce type, les agents de l'État responsables de la révision administrative n'ont aucune indépendance. L'obligation pour les prestataires de s'adresser à ces fonctionnaires plutôt qu'au CA se traduit donc par une diminution du niveau d'indépendance pour la première étape du processus. Cependant, la situation est différente pour le TSS dont les décideurs ont un niveau d'indépendance légèrement accru par rapport aux membres du CA. Cela semble être un acquis de la réforme. L'évaluation de cet aspect de l'équité procédurale pourrait être encore plus positive si les anciennes instances avaient été remplacées par une institution distincte et autonome (le TSS relève du même ministère que la CAEC), si le processus de sélection était transparent et n'avait pas favorisé des proches du parti politique au pouvoir à Ottawa³¹², et que le renouvellement des mandats n'était pas laissé à la discrétion du gouverneur en conseil. Cependant, force est d'admettre que ces faiblesses sont représentatives des normes en vigueur dans la plupart des tribunaux administratifs fédéraux. Au net, le niveau d'indépendance de l'ensemble des décideurs est donc similaire avant et après la réforme du processus de contestation.

L'accès à l'information est au cœur de la règle *audi alteram partem*. En bloquant l'accès du prestataire à son propre dossier, la CAEC fait clairement fausse route sur le chemin de l'équité procédurale. En combinant cette pratique à l'absence de délai pour procéder à la révision administrative, le processus de révision offre clairement moins de garantie d'équité procédurale que ne le faisait autrefois le Conseil arbitral.

Le TSS, pour sa part, pourrait faire preuve de transparence en rendant public de façon systématique et rapide l'ensemble de ses décisions. Les arguments avancés par l'administration du Tribunal pour expliquer les longs délais initiaux et le très petit nombre de décisions disponibles après plus de 16 mois sont peu convaincants et contrastent avec la façon de faire depuis le début du programme d'assurance-emploi. On explique que le tri fait parmi les décisions vise à aider les prestataires qui seraient perdus dans le flot des décisions³¹³. L'impact sur le déséquilibre de pouvoir entre le prestataire et la CAEC est clair et se démarque sans ambiguïté de la situation qui prévalait autrefois.

Au niveau des moyens d'appel qui sont identiques, rien de significatif ne distingue les époques avant et après la réforme de 2013.

Le détachement d'avec le monde du travail et la déterritorialisation des dossiers se combinent pour affaiblir le niveau d'expertise technique des juges de la division générale du TSS comparativement à celui qui prévalait avant la réforme. Les critères de sélection pour devenir juge à la division d'appel du TSS étant moins élevés que ceux requis pour siéger à la Cour fédérale ou une Cour supérieure (où étaient recrutés

³¹² Bourgault-Côté, *supra* note 273.

³¹³ Guillaume Bourgault-Côté, « Tribunal de la sécurité sociale : Moins de 2 % des décisions affichées en une année » (05 2014), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/zKStRL>> (consulté le 30 juin 2014).

les juges-arbitres), il est raisonnable de craindre que la réforme ait aussi un effet délétère à cet égard.

Du point de vue des gestionnaires, la possibilité d'exposer ses griefs à plusieurs reprises peut certes être perçue comme une perte de temps et de ressources. Mais si on adopte la perspective du prestataire qui s'est vu refuser des prestations auxquelles il croit avoir droit sans lui offrir la possibilité d'être entendu par une instance indépendante, cela est incontestablement perçu comme un déni de droit. La procédure de rejet sommaire est ici au cœur du problème. La Loi impose au décideur de rejeter sommairement un dossier qui lui semble perdu d'avance, une notion qui était totalement étrangère à l'ancien système. Pourtant l'expérience démontre que suite à une audience, de tels dossiers se concluaient à l'occasion au bénéfice du prestataire, le respect de la règle *audi alteram partem* est donc nettement affaibli depuis l'entrée en vigueur de la réforme.

À partir des faits présentés et de l'analyse effectuée tout au long de ce chapitre, il est possible de faire une représentation graphique de l'évolution du processus de contestation considérée sous l'angle de l'équité procédurale. C'est ce qu'illustre la figure 4.1. À sa lecture, on constate que les indicateurs d'équité procédurale du processus de contestation post-réforme couvrent une aire plus étroite que celle pré-réforme, offrant donc un processus qui diminue le droit effectif de recevoir des prestations d'assurance-emploi.

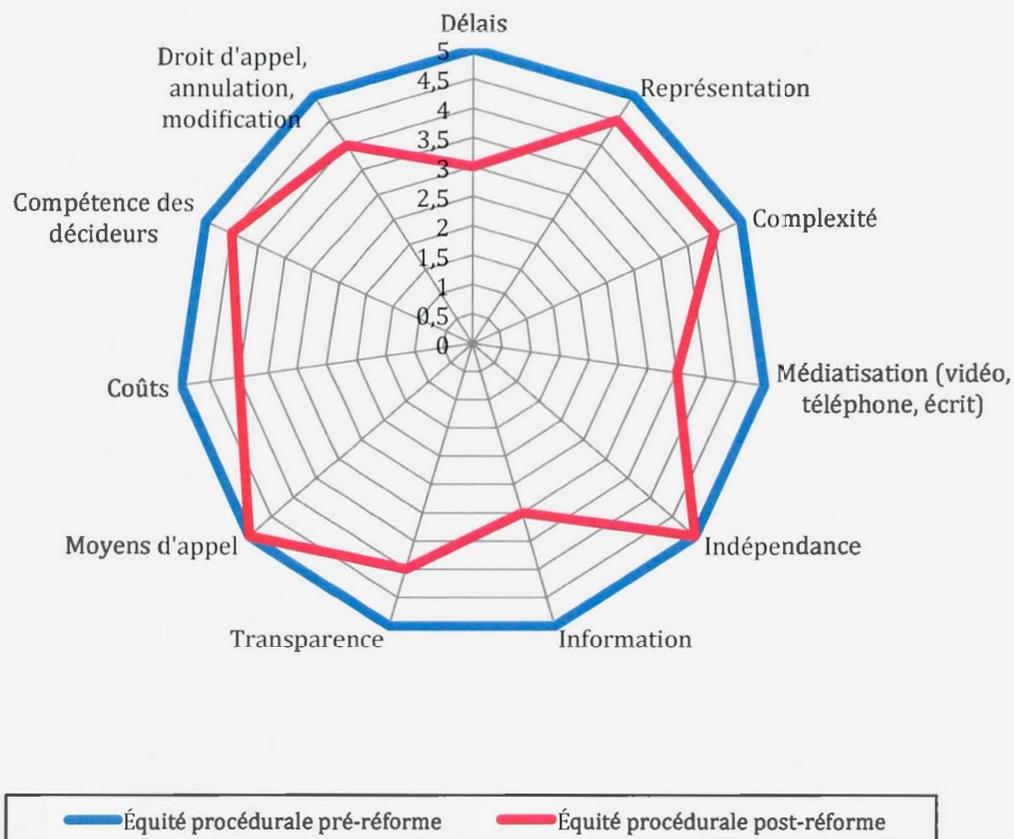


Figure 4.1 •• Évolution de l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi selon l'équité procédurale du processus de contestation avant et après la réforme de 2013

CONCLUSION

Le gouvernement canadien affirme avoir entrepris de réformer le processus de contestation des décisions en matière d'assurance-emploi avec l'ambition d'établir un processus qui « améliorerait l'efficacité globale et le rapport coût-efficacité des systèmes d'appel³¹⁴ » de l'assurance-emploi. Cette démarche, dit-il, cherche à garantir « le respect des principes d'équité et de justice naturelle³¹⁵ » qui s'imposent lors de procédure de ce type, car il faut « assurer une administration équitable des appels³¹⁶ », ce qui se traduirait par une procédure « menée de manière informelle et le plus rapidement possible³¹⁷ ».

Ces considérations expliquent, selon le gouvernement canadien, que « l'approche utilisée dans tout processus décisionnel tient compte de manière égale de l'efficacité et de l'accès à un processus d'appel juste³¹⁸. » Parmi les mesures favorisant l'efficacité, l'accès et l'équité, la réforme « encourage la communication électronique³¹⁹ », y compris pour la tenue des audiences, et met en place de

³¹⁴ Ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences, *supra* note 19 à la p 867.

³¹⁵ *Ibid* à la p 861.

³¹⁶ *Ibid*.

³¹⁷ *Ibid* à la p 862.

³¹⁸ *Ibid*.

³¹⁹ *Ibid* à la p 863.

« nouvelles approches [qui] permettent d'entendre les appels et d'acheminer une résolution [sic] sans la tenue d'une audience complète, par souci d'efficacité³²⁰. »

Aussi louables ces objectifs soient-ils, aucune étude ni consultation publique n'a permis de définir, avant l'adoption de la réforme, les meilleurs moyens d'atteindre ceux-ci en tenant compte des spécificités du programme d'assurance-emploi et des caractéristiques sociales, économiques et démographiques des prestataires et des assurés. Le travail entrepris pour ce mémoire est donc essentiellement une évaluation *a posteriori* alors qu'il aurait certainement été plus productif de faire un exercice *a priori*. Cela aurait été en accord avec le caractère public, contributif et paritaire du programme d'assurance-emploi.

La question qui sous-tend ce mémoire est de savoir si la réforme du processus de contestation des décisions des gestionnaires du programme d'assurance-emploi représente une évolution qui soit de nature à favoriser l'effectivité du droit aux prestations promises aux assurés qui cotisent au programme. Deux concepts identifiés dans la littérature scientifique — et par les responsables de la réforme — ont servi de balises pour analyser le processus de contestation : l'accessibilité à la justice³²¹, puisqu' « il ne peut y avoir de primauté du droit sans accès aux tribunaux³²² », et l'équité procédurale³²³ qui constitue un « engagement constitutionnel du Canada³²⁴ ».

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ Noreau, *supra* note 47; Sossin, *supra* note 32; Harris, *supra* note 38; Lens, *supra* note 41; Issalys et Lemieux, *supra* note 37; Garant, Garant et Garant, *supra* note 55.

³²² *BCGEU*, *supra* note 44 à la p 230.

³²³ Villaggi, *supra* note 53; Garant, Garant et Garant, *supra* note 55; Issalys et Lemieux, *supra* note 37; Huscroft, *supra* note 51; Sossin, *supra* note 32; Fox-Decent et Pless, *supra* note 299.

³²⁴ *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, 2002 au para 58 [*Suresh*], en ligne : <<http://canlii.ca/t/51wg>> (consulté le 27 août 2013).

Toujours à partir de la littérature pertinente, ces deux grands concepts ont été subdivisés à leur tour en onze différents volets pratiques tels que les délais ou la complexité, et théoriques tels que les moyens d'appel ou l'indépendance des décideurs. Cette fragmentation permet de traiter de manière systématique l'évolution du processus de contestation.

Cependant, ce fractionnement créait à son tour un problème méthodologique. Comment dresser un portrait global et cohérent à partir d'une série d'évaluations distinctes ? C'est par la création d'un outil d'évaluation graphique que ce mémoire atteint ce but. Celui-ci consolide les multiples composantes évaluées et permet, en un coup d'œil, d'estimer l'effet de la réforme sur le caractère accessible et équitable du processus de contestation et, ultimement, en combinant ces courbes, sur l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi lorsque la CAEC rend une décision négative à l'endroit d'un prestataire.

La figure C.1 témoigne des différentes constatations faites tout au long du mémoire. De manière claire, l'immense majorité des indicateurs considérés traduisent une diminution de l'accessibilité et du caractère équitable du processus du point de vue des prestataires qui doivent avoir recours à celui-ci pour obtenir la reconnaissance de leur droit substantiel aux prestations d'assurance-emploi.

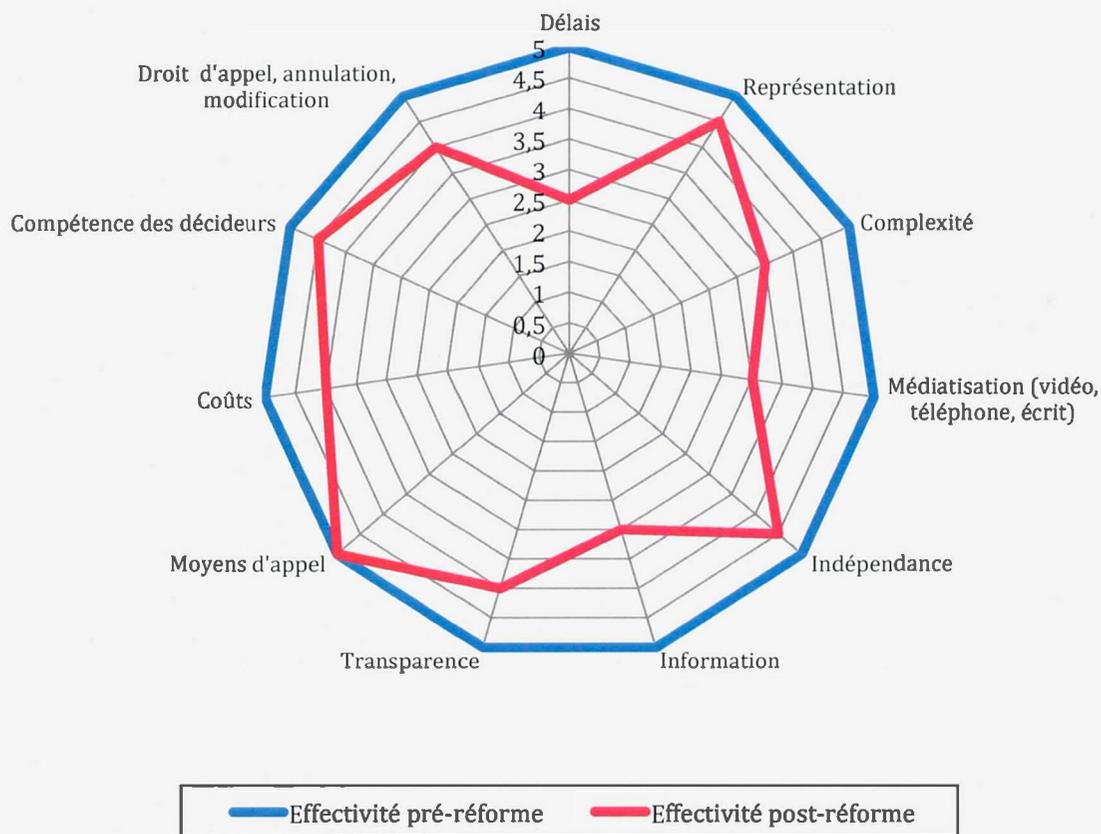


Figure C.1 • Évolution de l'effectivité du droit aux prestations d'assurance-emploi lorsqu'il est soumis à l'épreuve du processus de contestation avant et après la réforme de 2013

En considérant les enjeux liés à l'accessibilité, le processus de contestation post-réforme est susceptible d'exiger plus de temps, d'énergie, de compétences et d'attention de la part des prestataires. Et paradoxalement, en dépit du fait que le nouveau système augmente le nombre d'instances, il restreint la possibilité de

s'exprimer de manière satisfaisante pour les prestataires. Cette situation est en partie due à la complexification des démarches exigées dorénavant par le processus de contestation³²⁵.

En particulier, les pages précédentes ont démontré que, contrairement à autrefois, le processus n'offre pas la garantie d'être entendu de vive voix par un tribunal indépendant. Le fait de privilégier le recours à la médiatisation des audiences (document écrit, téléconférence et vidéoconférence) a pour effet de diminuer la capacité des prestataires à exprimer complètement leur point de vue sur leur droit aux prestations et d'affaiblir la capacité des décideurs d'évaluer correctement la crédibilité des parties.

L'équité procédurale du processus de contestation est aussi mise à mal par la réforme de 2013. Trois enjeux sont déterminants à cet égard. D'abord, les changements aux délais, diminuant la marge de manœuvre des prestataires, mais libérant les décideurs de toutes contraintes, ont un effet dévastateur sur le droit effectif aux prestations. Ensuite, le manque de transparence, l'impossibilité pratique des prestataires d'avoir accès à leur dossier et le refus de rendre disponibles les décisions du TSS, alors que toutes les décisions du Juge-arbitre l'étaient ont pour effet de mettre les prestataires en position désavantageuse face à la CAEC lorsqu'ils contestent une de ses décisions. Finalement, l'apparition des procédures de rejet sommaire et l'obligation de demander la permission d'appeler sont des reculs importants dans le cadre d'un processus qui devrait être le plus informel possible et favoriser au maximum l'expression des prestataires étant donné la nature du programme de l'assurance-emploi et le caractère exceptionnel que devrait avoir le refus de verser des prestations.

³²⁵ Les figures 2.1 et 2.2 permettent d'ailleurs de constater cette évolution en un seul coup d'œil.

Ces constatations permettent d'affirmer que les deux principales règles de l'équité procédurale, *audi alteram partem* et *nemo iudex in sua causa*, sont mises à mal par la réforme.

L'ensemble de ces éléments mène à conclure que l'accès effectif aux prestations d'assurance-emploi a été restreint par la réforme du processus de contestation. Cette constatation est troublante dans une perspective juridique, mais aussi sociale et politique, car il ne faut jamais oublier que

[l]es rapports entre les agents de l'administration, porteurs d'une autorité publique, et les administrés qui sont aussi des citoyens, sources de cette autorité publique, sont par nature des rapports politiques. Ils participent [...] de la mise en œuvre de choix politiques. Chacun de ces rapports réitère, à l'échelle de la situation qui en fait l'objet [...], le processus de légitimation démocratique du pouvoir³²⁶.

La recherche d'économie et d'efficacité annoncée par le gouvernement a des conséquences sérieuses sur l'accessibilité et l'équité du processus de contestation et donc sur l'effectivité du droit aux prestations. Les objectifs de saine gestion des deniers publics et d'efficacité administrative ne sont pas incompatibles en soi avec l'exercice de la justice. Comme tout processus de contestation, celui en place avant la réforme de 2013 pouvait probablement être amélioré dans cet esprit, toutefois comme l'expliquent Sossin et Yetnikoff, « where hearings are contemplated, fairness requires a certain reasonable investment of resources to support such adjudication³²⁷. »

L'équité procédurale et l'accessibilité à la justice sont des notions de droit qui façonnent de manière importante l'expérience de l'administré qui tente de faire valoir son point de vue. Dans une réflexion sur l'introduction des nouvelles technologies

³²⁶ Issalys et Lemieux, *supra* note 37 aux pp 52-53.

³²⁷ Sossin et Yetnikoff, *supra* note 35 à la p 271.

dans les salles d'audience, le professeur Lederer en arrive à la constatation que « the ultimate threat to the judicial system from technology-augmented litigation is loss of humanity³²⁸. » Dans un programme destiné à protéger d'un risque social³²⁹ des populations affaiblies économiquement et généralement vulnérables au plan social, cette considération devrait être prise en compte.

Le processus mis en place par la réforme de 2013 est trop récent pour poser un jugement définitif, mais celui-ci présente certainement les conditions préalables aux dérives énoncées ici. Cet avis est d'ailleurs renforcé par les premières données disponibles qui tendent à confirmer cette évaluation³³⁰.

Les modifications au processus de contestation ont été mises en place dans le cadre d'une réforme générale du programme d'assurance-emploi. Tous les autres éléments de la réforme ont soit comme conséquence de restreindre l'admissibilité et l'étendue de la protection offerte par le programme, soit d'augmenter les contrôles et les exigences imposées aux prestataires³³¹. Depuis les années 1980, ce type de programme a vu ses critères d'admissibilité resserrés constamment à travers des processus de révision et de vérification continus exigés des prestataires, au point où

³²⁸ Fredric I Lederer, « The Road to the Virtual Courtroom? A Consideration of Today's — and Tomorrow's — High-Technology Courtrooms » (1998) 50 SCL Rev 799 à la p 835.

³²⁹ *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can)*, art 22 et 23, 2005 CSC 56, *supra* note 33 au para 48.

³³⁰ Michel Mathieu, *Présentation sur le Tribunal de la sécurité sociale devant le Forum sur l'assurance-emploi*, MP3, Gatineau (Québec), 5 décembre 2013; Thompson, Giguère et Lalonde, *supra* note 90; Bourgault-Côté, *supra* note 92; Guillaume Bourgault-Côté, « Trop cher de traduire toutes les décisions, dit Ottawa » (01 2014), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/noHo4S>> (consulté le 30 juin 2014); Bourgault-Côté, *supra* note 305; Bourgault-Côté, *supra* note 17.

³³¹ Voir les différents articles du Numéro spécial du REMEST sur la question. *Contraintes, compétition et mobilité : quelle politique d'emploi à l'aune de la réforme de l'assurance-emploi ?*, Revue multidisciplinaire sur l'emploi, le syndicalisme et le travail (REMEST) [numéro spécial à paraître en 2014], Gatineau (Québec), Université du Québec en Outaouais.

« [the] law's hard, bureaucratic face has supplemented, if not altogether replaced, its rights-protecting concerns³³². »

Les modifications procédurales apportées au processus de contestation par la réforme de 2013 ont comme particularité de servir de tremplin, ou d'outil, aux restrictions aux droits substantiels contenues dans les autres éléments de la réforme. Par exemple, le nouveau TSS établira l'interprétation du droit entourant la nouvelle notion d'emploi convenable. C'est par la révision administrative que s'implanteront dans la culture populaire, un dossier à la fois, les nouveaux critères de recherche d'emploi. En restreignant l'accessibilité au processus de contestation et en y abaissant le degré d'équité procédurale, la réforme réduit directement et aussi indirectement l'effectivité du droit aux prestations puisque, pour reprendre les paroles d'Adler, « the total volume of injustice is likely to be much greater among those who accept initial decisions than among those who complain or appeal³³³. » Dans les faits, suite à cette réforme, encore plus de travailleurs et de travailleuses se verront privés du droit substantiel prévu par le programme d'assurance-emploi qu'autrefois.

Cette instrumentalisation de la justice administrative pour mettre en œuvre des objectifs politiques et économiques du gouvernement fédéral a aussi des conséquences qui débordent du programme d'assurance-emploi. En reprenant l'analyse socio-axiologique du professeur Petev et les constatations du professeur Noreau sur la question, il est permis d'affirmer qu'en affaiblissant l'accessibilité et l'équité procédurale du processus de contestation, c'est la légitimité des institutions de justice dans son ensemble qui est affaiblie et le lien de confiance de la population qui en est davantage fragilisé.

³³² Sarat, *supra* note 32 à la p 344.

³³³ Adler, *supra* note 209 à la p 328.

En 1943, dans sa description du tout nouveau programme d'assurance-chômage, le ministère du Travail du Canada affirmait que l'assurance-chômage était le résultat de l'effort coopératif des travailleurs, des employeurs et du gouvernement³³⁴. Une telle description s'avèrerait aujourd'hui mensongère. Le gouvernement pige à coup de milliards dans la caisse pour financer son budget général³³⁵, la nature paritaire du programme n'a plus aucune signification réelle et la protection offerte aux assurés se réduit un peu plus à chaque « réforme » depuis les années 1980.

Il est à espérer que les administrations de la CAEC et du TSS prennent les dispositions nécessaires pour que, d'ici quelques années, des données soient recueillies et rendues disponibles afin de permettre une évaluation qualitative et quantitative rigoureuse du processus de contestation en place depuis la réforme, et ce, notamment du point de vue de l'accès à la justice et de l'équité procédurale. Une telle évaluation est certainement souhaitable car, en dépit des assauts répétés subis depuis 35 ans, le programme d'assurance-emploi demeure l'un des principaux programmes de protection sociale à l'échelle pancanadienne. Son démantèlement progressif — autant par les modifications du processus de contestation analysées dans ce texte que par des modifications des règles substantielles — mérite d'être étudié en profondeur afin de documenter les effets des politiques néoconservatrices sur le filet de protection sociale canadien. Il s'agit là d'un préalable indispensable pour générer un débat public éclairé sur l'avenir de celui-ci.

³³⁴ Canada Department of Labour, *supra* note 60.

³³⁵ *Confédération des syndicats nationaux c Canada (Procureur général)*, [2008] [2008] 3 RCS 511 (CSC) [CSN c. Canada 2008], en ligne : [2008] 3 RCS <<http://canlii.ca/t/21sxt>>.

BIBLIOGRAPHIE

Législations fédérales

Déclaration canadienne des droits, en ligne : <<http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-12.3.pdf>> (consulté le 10 octobre 2013).

Loi constitutionnelle de 1982, en ligne : <canlii.ca/t/q3x8> (consulté le 19 octobre 2013).

Loi de 1940 sur l'assurance-chômage, SC 1940, c 44.

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage S.C. 1970-71-72, c. 48, 1970, c 48, en ligne : <<http://www.servicecanada.gc.ca/fra/ae/legislation/ac1.shtml#a1>> (consulté le 29 novembre 2012).

Loi de l'impôt sur le revenu, LRC 1985, c 1 (5e suppl), en ligne : <canlii.ca/t/697bh>.

Loi no 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en oeuvre d'autres mesures, LC 2012, c 31, en ligne : <<http://goo.gl/Nn17dz>> (consulté le 19 octobre 2013).

Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en oeuvre d'autres mesures, LC 2012, c 19, en ligne : <<http://goo.gl/zg2BaH>> (consulté le 19 octobre 2013).

Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés, LC 2010 c 8, en ligne : <<http://goo.gl/bDgrQn>> (consulté le 6 juillet 2014).

Loi sur l'accès à l'information, LRC 1985, c A-1, en ligne : <<http://goo.gl/GHJqnQ>> (consulté le 3 juillet 2014).

Loi sur l'assurance-emploi, LC 1996, c 23, en ligne : <<http://canlii.ca/t/694q3>> (consulté le 19 octobre 2013).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, LC 2001 c 27, en ligne : <<http://canlii.ca/t/69bwd>> (consulté le 19 octobre 2013).

Loi sur l'Office de financement de l'assurance-emploi du Canada, en ligne : <<http://canlii.ca/t/691ph>> (consulté le 19 octobre 2013).

Loi sur la sécurité de la vieillesse, LRC 1985, c O-9, en ligne : <<http://canlii.ca/t/694rl>> (consulté le 19 octobre 2013).

Loi sur le ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences, LC 2005, c 34, en ligne : <<http://canlii.ca/t/6926v>> (consulté le 19 octobre 2013).

Loi sur les Cours fédérales, LRC 1985, c F-7, en ligne : <<http://canlii.ca/t/69256>> (consulté le 19 octobre 2013).

Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada, LC 2012 c 17, en ligne : <<http://goo.gl/aa9VYP>> (consulté le 6 juillet 2014).

Régime de pensions du Canada, LRC 1985, c C-8, en ligne : <<http://canlii.ca/t/6925g>> (consulté le 19 octobre 2013).

Législations provinciales

Loi sur l'Exercice des compétences légales, LRO 1990, c S22, en ligne : <<http://canlii.ca/t/psbp>> (consulté le 19 octobre 2013).

Loi sur la justice administrative, LRQ, c J-3, en ligne : <<http://canlii.ca/t/68zn7>> (consulté le 23 octobre 2012).

Législation du Royaume-Uni

Constitution Act, 1940, (R-U) 3 & 4 George VI, c 36.

National Insurance Act, 1911, (R-U) 1 & 2 Geo V, c 55.

Règlements fédéraux

Règlement modifiant le Règlement sur l'assurance-emploi, en ligne : <<http://goo.gl/aPqOtA>> (consulté le 20 juin 2014).

Règlement sur l'assurance-emploi, DORS/96-332, en ligne : <<http://canlii.ca/t/69064>> (consulté le 20 juin 2014).

Règlement sur le Tribunal de la sécurité sociale, DORS/2013-60, en ligne : <<http://canlii.ca/t/6924r>> (consulté le 20 juin 2014).

Règlement sur les demandes de révision, DORS/2013-63, en ligne : <<http://canlii.ca/t/6924q>> (consulté le 20 juin 2014).

Règles de procédure de la Commission d'appel des pensions (prestations), CRC, c 390, en ligne : <<http://canlii.ca/t/ptwg>> (consulté le 12 novembre 2013).

Règles des Cours fédérales, en ligne : <<http://canlii.ca/t/6911x>> (consulté le 12 novembre 2013).

Traités et documents internationaux

Organisation internationale du Travail, *Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation Internationale du Travail*, 1944, en ligne : <<http://goo.gl/mXUHho>> (consulté le 2 décembre 2013).

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 3 janvier 1976, en ligne : <<http://goo.gl/EASXB4>> (consulté le 2 décembre 2013).

Jurisprudence

Cour suprême du Canada

Abrahams c Procureur général du Canada, [1983] 1 RCS 2 (CSC), en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/11pd3>> (consulté le 20 novembre 2013).

Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 RCS 817 (CSC), en ligne : RCS <canlii.ca/t/1fqlj> (consulté le 12 décembre 2012).

BCGEU c British Columbia (Procureur général), [1988] 2 RCS 214 (CSC), en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1ftbp>> (consulté le 9 septembre 2013).

Blencoe v British Columbia (Human Rights Commission), [2000] 2 RCS 307 (CSC), en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/525v>> (consulté le 20 novembre 2013).

- Canadien Pacifique Ltée c Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 RCS 3 (CSC), en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1frm4>> (consulté le 20 novembre 2013).
- Cardinal c Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 RSC 643 (CSC), en ligne : RSC <<http://canlii.ca/t/1ftwj>> (consulté le 9 septembre 2013).
- Confederation Broadcasting (Ottawa) Ltd v Canadian Radio-Television Commission*, [1971] RCS 906 (CSC), en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1zb44>> (consulté le 6 novembre 2013).
- Confédération des syndicats nationaux c Canada (Procureur général)*, [2008] [2008] 3 RCS 511 (CSC), en ligne : [2008] 3 RCS <<http://canlii.ca/t/21sxt>> (consulté le 20 novembre 2013).
- Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 RCS 190 (CSC), en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1vxsn>> (consulté le 20 novembre 2013).
- Hills c Canada (Procureur général)*, [1988] 1 RCS 513 (CSC), en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1ftfq>> (consulté le 20 novembre 2013).
- Nicholson c Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners*, [1978] 1 RCS 311 (CSC), en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1mkvm>> (consulté le 10 octobre 2013).
- Ocean Port Hotel Ltd c Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] [2001] 2 RCS 781 (CSC), en ligne : [2001] 2 R.C.S. <<http://goo.gl/H27xM1>> (consulté le 9 septembre 2013).
- Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can), art 22 et 23, 2005 CSC 56*, [2005] 2 RCS 669, en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1lshf>> (consulté le 20 novembre 2013).
- Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 RCS 714 (CSC), en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1mjlb>> (consulté le 20 novembre 2013).
- Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, 2002 , en ligne : <<http://canlii.ca/t/51wg>> (consulté le 27 août 2013).
- Tétreault-Gadoury c Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 RCS 22 (CSC), en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1fsl9>> (consulté le 20 novembre 2013).
- Valente c La Reine*, [1985] 2 RCS 673 (CSC), en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1ftzr>> (consulté le 20 novembre 2013).

Cour d'appel fédérale

CAF, 21 février 2003, *A-405-01 Perigny c Canada (Procureur Général)*, [2003] CAF 94, en ligne : [2003] CAF 94 <<http://canlii.ca/t/4h9t>> (consulté le 29 janvier 2013).

CAF, 27 janvier 1998, *A-380-97*.

CAF, 4 octobre 1996, *A-130-96 Meunier c Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, en ligne : <<http://canlii.ca/t/4nb1>> (consulté le 29 janvier 2013).

Cardamone, Albert c Le Procureur général du Canada, 1997 CAF A-432-96, en ligne : <<http://goo.gl/HdfRwB>> (consulté le 20 novembre 2013).

Gagnon, Robert c Commission, 1996 CAF A-3-96.

Oberde Bellefleur op, Clinique dentaire O Bellefleur, Employer, employeur c Le Procureur général du Canada, 2008 CAF 13, en ligne : <<http://canlii.ca/t/1vf5v>> (consulté le 20 novembre 2013).

Parks c Canada (Procureur général), 1998 CAF A-321-97, en ligne : <<http://canlii.ca/t/4mbm>> (consulté le 20 novembre 2013).

Pelletier, Maurice c Commission, Le Sous-procureur général du Canada, 1993 CAF A-109-92, en ligne : <<http://goo.gl/ASiscy>> (consulté le 20 novembre 2013).

Procureur général du Canada c Peterman, Rory L, 1987 CAF A-532-86.

Juge-arbitre

CUB 8202.

CUB 8641A.

CUB 12699.

CUB 22307.

CUB 42083.

CUB 46858B.

CUB 53366.

CUB 53465A.

CUB 53829.

CUB 65225.

CUB 66328.

CUB 67232.

CUB 67791.

CUB 68618.

CUB 69418.

CUB 70686.

CUB 72496.

CUB 73199B.

CUB 76954.

CUB 77510.

Autres cours

Huot c Pigeon, [2006] 2006 QCCA 164 (Cour d'appel du Québec), en ligne : QCCA
<canlii.ca/t/1mjrt> (consulté le 22 juillet 2014).

Wareham v Ontario (Ministry of Community and Social Services), [2008] 2008
ONCA 771 (Court of Appeal for Ontario), en ligne : ONCA
<canlii.ca/t/21kw8> (consulté le 22 juillet 2014).

Doctrine et autres documents

Monographie

Adler, Michael, dir. *Administrative justice in context*, Oxford ; Portland, Or, Hart Pub, 2010.

Bourdieu, Pierre et B John Thompson. *Langage et pouvoir symbolique*, Paris, Seuil, 2001.

Campeau, George. *De l'assurance-chômage à l'assurance-emploi*, Montréal, Boréal, 2001.

Carbonnier, Jean. *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1958.

Commission on Legal Empowerment of the Poor et United Nations Development Programme. *Making the law work for everyone*, Vol 1, New York, United Nations Development Programme, 2008, en ligne : <<http://goo.gl/MQgrU5>> (consulté le 16 décembre 2013).

———. *Making the law work for everyone*, Vol 2, New York, Commission on Legal Empowerment of the Poor : United Nations Development Programme, 2008, en ligne : <<http://goo.gl/MZQq5U>> (consulté le 16 décembre 2013).

Conseil des tribunaux administratifs canadiens. *L'alphabétisation et l'accès à la justice administrative au Canada : Un guide de promotion du langage clair et simple*, Ottawa, Conseil des tribunaux administratifs canadiens, 2005, en ligne : CTAC <<http://goo.gl/NTmphz>> (consulté le 16 décembre 2013).

Cowan, David et Simon Halliday. *The Appeal of Internal Review : Law, Administrative Justice, and the (Non-)Emergence of Disputes*, Oxford; Portland, Or, Hart Pub, 2003.

Durkheim, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*, 16e édition, coll Bibliothèque de philosophie contemporaine, Paris, Les Presses universitaire de France, 1967.

Ellis, S Ronald. *Unjust by design: Canada's administrative justice system*, Vancouver, UBC Press, 2013.

Garant, Patrice, Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6e édition, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2010.

- . *Précis de droit des administrations publiques*, 5e édition, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2011.
- Harris, Neville. *Law in a Complex State: Complexity in the Law and Structure of Welfare*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2013.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Elements of the philosophy of right*, coll Cambridge texts in the history of political thought, Cambridge [England] ; New York, Cambridge University Press, 1991.
- Issalys, Pierre et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives*, 3e édition, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2009.
- Just, Gustavo. *Interpréter les théories de l'interprétation*, coll L'ouverture philosophique, Paris, L'Harmattan, 2005.
- Lenoble, Jacques et François Ost. *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980.
- Lippel, Katherine, Marie-Claude Lefebvre, Chantal Schmidt et Joseph Caron. *Traiter la réclamation ou traiter la personne? Les effets du processus sur la santé des personnes victimes de lésions professionnelles*, Montréal, UQAM, Service aux collectivités, 2005.
- Marx, Karl. *Le capital, critique de l'économie politique*, Livre premier, Moscou, Éditions du progrès, 1982.
- Observatoire des non-recours aux droits et services. *L'envers de la « fraude sociale » : le scandale du non-recours aux droits sociaux*, coll Cahiers libres, Paris, La Découverte, 2012.
- Olivier, Lawrence, Guy Bédard et Julie Ferron. *L'élaboration d'une problématique de recherche : sources, outils et méthode*, Paris, L'Harmattan, 2005.
- Perrin, Jean-François. *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Paris, Librairie Droz, 1979.
- Standing, Guy. *The Precariat, the New Dangerous Class*, London / New York, Bloomsbury Academic, 2011.

Villaggi, Jean-Pierre. *L'administration publique québécoise et le processus décisionnel: des pouvoirs au contrôle administratif et judiciaire*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2005.

Articles et contributions à un ouvrage collectif

Comité des droits économiques, sociaux et culturels. *Observation générale No 3 : La nature des obligations des Etats parties (art. 2, par. 1, du Pacte)*, E/C12/1990/8, E/1991/123(SUPP), Genève, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, 1990, en ligne : <<http://goo.gl/u5XEUq>> (consulté le 16 décembre 2013).

———. *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Canada*, E/C12/1/Add31, Genève, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, 1998, en ligne : <<http://goo.gl/z6oO9u>> (consulté le 16 décembre 2013).

———. *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Canada*, E/C12/CAN/CO/4, E/C12/CAN/CO/5, Genève, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, 2006, en ligne : <<http://goo.gl/hzVxgK>> (consulté le 16 décembre 2013).

———. *Observation générale no 19 : Le droit à la sécurité sociale (art. 9 du Pacte)*, E/C12/GC/19, Genève, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, 2008, en ligne : <<http://goo.gl/HD5Gfd>> (consulté le 16 décembre 2013).

Contraintes, compétition et mobilité : quelle politique d'emploi à l'aune de la réforme de l'assurance-emploi ?, Revue multidisciplinaire sur l'emploi, le syndicalisme et le travail (REMEST) [numéro spécial à paraître en 2014], Gatineau (Québec), Université du Québec en Outaouais.

Adler, Michael. « A Socio-Legal Approach to Administrative Justice » (2003) 25:4 *Law & Pol'y* 323-352, doi : 10.1111/j.0265-8240.2003.00153.x.

———. « Fairness in Context » (2006) 33:4 *JL & Soc'y* 615-638.

———. « Understanding and Analysing Administrative Justice » dans Michael Adler, dir, *Administrative justice in context*, Oxford ; Portland, Or, Hart Pub, 2010, 129.

Allot, Antony. « The Effectiveness of Law » (1981) 15:2 *Valparaiso University Law Review* 230.

- Bellone, Eric T. « Private Attorney-Client Communications and the Effect of Videoconferencing in the Courtroom » (2013) 8:1 *Journal of International Commercial Law and Technology* 24.
- Bettini, Romano. 131 « Effectivité », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, traduit par Sylvie Cimamonti, Paris / Bruxelles, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence / E Story-Scientia Éditions juridiques et fiscales.
- Borgetto, Michel. « L'articulation des droits et des devoirs dans le champ de la protection sociale » [2009] *Revue de droit sanitaire et social* 5.
- . « Les devoirs sociaux » [2009] *Revue de droit sanitaire et social* 3.
- . « Sur quels principes bâtir une politique sociale? » [2010] 157 *Informations sociales* 10–16.
- Bourdieu, Pierre. « L'opinion publique n'existe pas » dans *Question de sociologie*, Paris, Éditions de minuit, 1984, 222.
- Brodkin, E Z et M Majmundar. « Administrative Exclusion: Organizations and the Hidden Costs of Welfare Claiming » (2010) 20:4 *Journal of Public Administration Research and Theory* 827, doi :10.1093/jopart/mup046.
- Brodsky, G, R Cox, S Day et M K Stephenson. « Gosselin v. Quebec (Attorney General) » (2006) 18:1 *CJWL* 189–249.
- Campeau, George. « La Loi C-13 et l'assurance-chômage: la seconde phase de la réforme conservatrice » (1993) 9 *JL & Soc Pol'y* 62.
- Canada Department of Labour. « Unemployment Insurance In Canada Historical Background Of Legislation-outline Of Administration Of Unemployment Insurance Act, 1940-1943 » (1943) 43 *The Labour Gazette* 640.
- Carbonnier, Jean. « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit » [1990] 11: *Droits Revue française de théorie juridique* 5.
- Cartier, Geneviève. « Le principe de précaution et la déférence judiciaire en droit administratif » (2002) 43:1 *C de D* 79, doi : 10.7202/043703ar.
- . « Administrative Discretion and the Spirit of Legality: From Theory to Practice » (2009) 24:3 *CJLS* 313–335.

- Chevallier, Jacques. « Droit, ordre, institution » [1989] 10 *Droits Revue française de théorie juridique* 19-22.
- Dufour, Pascale. « La relation au marché du travail » dans *L'aide au conditionnel : La contrepartie dans les mesures envers les personnes sans emploi en Europe et en Amérique du Nord*, Montréal, Les presse de l'université de Montréal, 104-140, en ligne : <http://site.ebrary.com/id/10176952?ppg=104>.
- Durkheim, Émile. « Le divorce par consentement mutuel » dans *Émile Durkheim, Textes. 2. Religion, morale, anomie*, coll Le sens commun, Paris, Éditions de minuit, 1975, 181.
- Finnie, R et I Irvine. « The Redistributive Impact of Canada's Employment Insurance Program, 1992–2002 » (2011) 37::2 *Canadian Public Policy* 201–218.
- Fox-Decent, Evan et Alexander Pless. « The Charter and Administrative Law: Cross-Fertilization or Inconstancy? » dans Colleen M Flood et Lorne Mitchell Sossin, dir, *Administrative law in context*, Second Edition, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2013, 407.
- Garreau, Denis, SCP Peignot, Garreau et Bauer-Violas. « Du bon usage de la procédure d'admission des pourvois en cassation » [2012] *Recueil Dalloz* 1137.
- Girard, Claude et Lucie Lamarche. « Évolution de la sécurité sociale au Canada: La mise à l'écart progressive de L'État-providence canadien » (1998) 13 *JL & Soc Pol'y* 95.
- Hallerod, B. « What I Need and What the Poor Deserve: Analyzing the Gap between the Minimum Income Needed for Oneself and the View of an Adequate Norm for Social Assistance » (2004) 83:1 *Social Forces* 35-59, doi : 10.1353/sof.2004.0112.
- Huscroft, Grant. « From Natural Justice to Fairness: Thresholds, Content, and the Role of Judicial Review » dans Lorne Mitchell Sossin et Colleen M Flood, dir, *Administrative law in context*, Second Edition, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2013, 147.
- Issalys, Pierre. « Les sanctions administratives de l'assurance-emploi : entre solidarité, assurance et répression » (2009) 50:3-4 *C de D* 825.

- Jacobs, Laverne. « Caught Between Judicial Paradigms and the Administrative State's Pastiche: "Tribunal" Independence, Impartiality, and Bias » dans Colleen M Flood et Lorne Mitchell Sossin, dir, *Administrative law in context*, Second Edition, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2013, 233.
- Jensen, Nils B. « A Brief Introduction to Videoconferencing » (2000) 58:6 *Advocate* 841.
- Lafore, Robert. « Obligations contractuelles et protection sociale » [2009] *Revue de droit sanitaire et social* 31.
- . « La juridicisation des problèmes sociaux: la construction juridique de la protection sociale » [2010] 1 *Informations sociales* 18–27.
- Lahey, K A. « Women, Substantive Equality, and Fiscal Policy: Gender-Based Analysis of Taxes, Benefits, and Budgets » (2010) 22:1 *CJWL* 27–106.
- Lamarche, Lucie. « Le droit social et les droits sociaux : des outils dissonants pour la régulation sociale dans le contexte du néolibéralisme » [2011] SSRN, en ligne : SSRN <<http://goo.gl/oklhCV>> (consulté le 7 novembre 2012).
- . « Le droit humain à la protection sociale et le risque du chômage : doit-on capituler ? » [2014] SSRN, en ligne : SSRN <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2433830>> (consulté le 8 juillet 2014).
- LeBel, Louis. « Notes for an Address: Reflections on Natural Justice and Procedural Fairness in Canadian Administrative Law » (2013) 26:1 *Can J Admin L & Prac* 51.
- Lederer, Fredric I. « The Road to the Virtual Courtroom? A Consideration of Today's — and Tomorrow's — High-Technology Courtrooms » (1998) 50 *SCL Rev* 799.
- Lens, Vicki. « In the Fair Hearing Room: Resistance and Confrontation in the Welfare Bureaucracy » (2007) 32:2 *Law & Soc Inquiry* 309–332.
- . « Administrative Justice in Public Welfare Bureaucracies: When Citizens (Don't) Complain » (2007) 39:3 *Administration & Society* 382-408.
- . « Welfare and Work Sanctions: Examining Discretion on the Front Lines » (2008) 82:2 *Social Service Review* 197-222, doi : 10.1086/589706.

- . « Seeking Justice: Citizens' Use of Fair Hearings to Correct Errors in Public Welfare Bureaucracies » (2009) 19:4 *Journal of Public Administration Research and Theory* 817-837, doi :10.1093/jopart/mup016.
- . « Judge or Bureaucrat? How Administrative Law Judges Exercise Discretion in Welfare Bureaucracies » (2012) 86:2 *Social Service Review* 269-293, doi : 10.1086/666375.
- Leroy, Yann. « La notion d'effectivité du droit » [2011] 79 *Dr et Soc* 715.
- McDaniel, Susan et Paul Bernard. « Life Course as a Policy Lens: Challenges and Opportunities » (2011) 37:Supplement *Can Pub Pol'y* S1-S13, doi : 10.1353/cpp.2011.0005.
- McGregor, Gaile. « Anti-Claimant Bias in the Employment Insurance Appeals System: Causes, Consequences, and Public Law Remedies » (2001) 15 *Can J Admin L & Prac* 229.
- Mondada, Lorenza. « Imbrications de la technologie et de l'ordre interactionnel » [2007] 144 *Réseaux* 141.
- Morel, Nathalie. « Le genre des politiques sociales. L'apport théorique des "gender studies" à l'analyse des politiques sociales » (2007) 49:3 *Sociologie du Travail* 383.
- Mullen, Tom. « A Holistic Approach to Administrative Justice? » dans Adler, dir, *Administrative justice in context*, Oxford ; Portland, Or, Hart Pub, 2010, 383.
- Noreau, Pierre. « Accès à la justice et démocratie en panne : constats, analyses et projections » dans Pierre Noreau, dir, *Révolutionner la justice*, Montréal, Thémis, 2010.
- Normand, Sylvio. « De la difficulté de rendre une justice rapide et peu coûteuse : une perspective historique (1840-1965) » (1999) 40:1 *C de D* 13, doi : 10.7202/043528ar.
- Palier, Bruno et Claude Martin. « From 'a Frozen Landscape' to Structural Reforms: The Sequential Transformation of Bismarckian Welfare Systems » dans *Reforming the Bismarckian welfare systems*, Malden, MA; Oxford, Blackwell Pub, 2008, 1-20.
- Petev, Valentin. « Virtualité et construction de la réalité sociale et juridique » (1999) 43 *Archives de philosophie du droit* 27.

- Richardson, Genevra et Hazel Genn. « Tribunals in Transition: Resolution or Adjudication? » (2007) 01 Public Law 116 - 141.
- Rodriguez, Jacques. « De la charité publique à la mise au travail ? » [2008] La vie des idées, en ligne : La vie des idées <<http://goo.gl/ixynBs>> (consulté le 7 novembre 2012).
- Rouleau, Paul. *Une perspective judiciaire sur le processus d'appels de l'assurance-emploi*, Conférence nationale sur les appels, 24 octobre 2001.
- Sarat, Austin. « Legal effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition » (1985) 9 Legal Studies Forum 23.
- . « “...The law is all over’’: Power, resistance and the legal consciousness of the welfare poor » (1990) 2 Yale JL & Human 343.
- Sossin, Lorne. « From Neutrality to Compassion: The Place of Civil Service Values and Legal Norms in the Exercise of Administrative Discretion » (2005) 55:3 UTLJ 427-447, doi : 10.1353/tlj.2005.0028.
- . « Speaking truth to power? The search for bureaucratic independence in Canada » (2005) 55:1 UTLJ 1-59, doi : 10.1353/tlj.2005.0004.
- Sossin, Lorne Mitchell. « Boldly Going Where No Law Has Gone Before: Call Centres, Intake Scripts, Database Fields, and Discretionary Justice in Social Assistance » [2004] 42 Osgoode Hall LJ 363.
- . « Access to Administrative Justice and Other Worries » dans Colleen M Flood et Lorne Mitchell Sossin, dir, *Administrative law in context*, Second Edition, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2013, 211.
- Sossin, Lorne Mitchell et Zirma Yetnikoff. « I Can See Clearly Now: Videoconference Hearings and the Legal Limit on How Tribunals Allocate Resources » [2007] 25 Windsor YB Access Just 247.
- Velkovska, Julia et Moustafa Zouinar. « Interaction visiophonique et formes d'asymétries dans la relation de service » [2007] 144 Réseaux 225.
- Villaggi, Jean-Pierre. « Les moyens de se pourvoir à l'encontre de mesures administratives La justice administrative » dans *Droit public et administratif*, 7, coll Collection de droit 2012-2013, Montréal, École du Barreau du Québec, 2012, 59.

Vosko, Leah F. « Constructing and Consolidating Standard Employment Relationship in International Labour Regulation » dans *Managing the Margings: Gender, Citizenship and the International Regulation of Precarious Employment*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 51-72.

———. « Forging a Gender Contract in Early National and International Labour Regulation » dans *Managing the Margings: Gender, Citizenship and the International Regulation of Precarious Employment*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 26-50.

Wacquant, Loïc. « Loïc Wacquant La fabrique de l'État néolibéral, "workfare", "prisonfare" et insécurité sociale » (2010) 59:1 *Civilisations* 151-173.

Walsh, Frank M et Edward M Walsh. « Effective Processing or Assembly-Line Justice? The use of Teleconferencing in Asylum Removal Hearings » (2007) 22 *Geo Immig LJ* 259.

Willmann, Christophe. « La renonciation du chômeur : entre tolérance/ignorance et interdiction/sanction » [2012] *Revue de droit sanitaire et social* 657.

Documents gouvernementaux

Conseil de l'Europe. *Guide sur la notion d'emploi convenable dans le cadre des prestations de chômage*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2009.

Cruickshank, David. *Pour un bon départ : Guide à l'intention des nouveaux présidents et membres des conseils arbitraux*, Ottawa, Service Canada, 2012, en ligne : <<http://goo.gl/08RRN2>> (consulté le 13 novembre 2012).

Avis d'appel devant le conseil arbitral - HRSDC INS5210 (2012-01-003) F, 2012.

Citoyenneté et Immigration Canada. *Résidents permanents par catégorie, 2009-2013*, Citoyenneté et Immigration Canada, 2014, en ligne : Gouvernement du Canada <<http://goo.gl/iL2Afi>> (consulté le 13 juin 2014).

Comité de révision de la procédure civile. *La révision de la procédure judiciaire : une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Québec, Ministère de la Justice, 2001, en ligne : <<http://goo.gl/PZ9H8c>> (consulté le 13 juin 2014).

- Comité permanent des ressources humaines, du développement des compétences, du développement social et de la condition des personnes handicapées.
Témoignages du 3 mars 2011, 40e legis, 3e sess, No. 47, coll HUMA, Chambre des communes, 2011, en ligne : <<http://goo.gl/2ISdZQ>> (consulté le 1 avril 2013).
- Commission de l'assurance-emploi du Canada. *Assurance-emploi, Rapport de contrôle et d'évaluation 2011*, 2, 1, coll 3, Gatineau (Québec), Commission de l'assurance-emploi du Canada, 2012, en ligne : CAEC <<http://goo.gl/mWOuhv>> (consulté le 2 décembre 2012).
- . *Rapport de contrôle et d'évaluation de l'assurance-emploi 2012*, Gatineau (Québec), Commission de l'assurance-emploi du Canada, 2013, en ligne : CAEC <<http://goo.gl/Xni6gf>> (consulté le 2 septembre 2013).
- Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada. *Étude sur les appels accueillis au Conseil Arbitral*, Interne, Montréal, Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, 1991.
- Commission des lésions professionnelles. *Délai mise au rôle*, 21 juillet 2014.
- Commission nationale d'examen sur l'assurance-emploi. *Réforme de l'assurance-emploi : Des correctifs pressants et des perspectives d'avenir*, Québec, Commission nationale d'examen sur l'assurance-emploi, 2013, en ligne : CNEAE <<http://goo.gl/aFkkWg>> (consulté le 13 juin 2014).
- Flaherty, James. *Emplois, croissance, et prospérité à long terme, Le plan d'action économique de 2012, Le discours du budget*, 29 mars 2012.
- Garant, Patrice. *Un Tribunal canadien de la sécurité sociale*, Gouvernement du Canada, 2002.
- Garant, Patrice et Philippe Garant. « Le paritarisme » (décembre 2001), en ligne : La justice arbitrale en assurance-emploi <<http://goo.gl/kLqU7A>> (consulté le 4 mars 2013).
- Gouvernement du Québec. « Décret 210-2013 Concernant la constitution de la Commission nationale d'examen sur l'assurance-emploi », *Gazette officielle du Québec* (17 avril 2013) 1475.
- Issalys, Pierre. *Social Benefit Appeals: Towards a Rationalization*, Rapport de recherche, Canada, ministère de la Justice, 1986.

Issalys, Pierre et Gaylord Watkins. *Les prestations d'assurance-chômage, une étude de la procédure administrative à la Commission d'assurance-chômage*, coll Droit administratif, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1978.

Justice Québec. « Droit substantiel » (2 octobre 2007), en ligne : Termes juridiques <<http://goo.gl/pMYMYML>> (consulté le 3 juillet 2014).

Kerr, Kevin B. « La réforme de l'assurance-emploi: le premier rapport de contrôle et d'évaluation(BP-463F) » (juin 2008), en ligne : <<http://publications.gc.ca/collections/Collection-R/LoPBdP/BP/bp463-f.htm>> (consulté le 13 novembre 2012).

Langlois, Marie-Claude. *Analphabétisme et littératie au Canada*, Publications de recherche de la Bibliothèque du Parlement, coll Notes de la Colline, Ottawa, Bibliothèque du Parlement du Canada, Division des affaires sociales, 2012, en ligne : Parlement du Canada <<http://goo.gl/91pPCY>> (consulté le 7 avril 2013).

Mathieu, Michel. *Entrevue de l'Avocat principal du Tribunal de la sécurité sociale*, MP3, Montréal, 12 juillet 2013.

———. *RE: Présentation sur le tribunal de la sécurité sociale*, 15 juillet 2013.

———. *Introduction au Tribunal de la sécurité sociale (TSS)*, PPT, Gatineau (Québec), Forum sur l'assurance-emploi du Bureau de la commissaire représentant les travailleurs et travailleuses, 5 décembre 2013.

———. *Présentation sur le Tribunal de la sécurité sociale devant le Forum sur l'assurance-emploi*, MP3, Gatineau (Québec), 5 décembre 2013.

Ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale. *Rapport annuel de gestion 2009-2010*, annuel, Québec, Ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale, 2011.

Ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences.
« Résumé de l'étude d'impact de la réglementation » 147:8 Gazette du Canada Partie II 859.

Office de financement de l'assurance-emploi du Canada. *Protéger l'intégrité du financement de l'assurance-emploi (AE), Rapport annuel 2009-2010*, Ottawa, Office de financement de l'assurance-emploi du Canada, 2010, en ligne : <<http://goo.gl/i98VCd>> (consulté le 15 mars 2013).

———. *Rapport actuariel sur le taux de cotisation d'assurance-emploi 2013*, 2012, en ligne : Office de financement de l'assurance-emploi du Canada <<http://goo.gl/nm6Hbf>> (consulté le 15 janvier 2013).

Régie du logement. *Rapport annuel de gestion 2012-2013*, Montréal, Régie du logement, Québec, 2013, en ligne : <goo.gl/2YHsOm>.

Service Canada. *Demande de révision d'une décision d'assurance-emploi*, 2013, en ligne : Gouvernement du Canada <<http://goo.gl/R5rjW6>> (consulté le 22 décembre 2013).

———. *Rapport annuel du Régime de pensions du Canada 2011-2012*, 2012, en ligne : Gouvernement du Canada <<http://goo.gl/rmNyU7>> (consulté le 25 juillet 2013).

———. *Régime de pensions du Canada – Sécurité de la vieillesse, Rapport trimestriel des montants mensuels et données d'avril à juin 2012*, Ottawa, Service Canada, 2012, en ligne : Gouvernement du Canada <<http://goo.gl/rcfnhA>> (consulté le 25 juillet 2013).

———. *Le tribunal de la sécurité sociale*, 3 décembre 2012.

———. *Note de service : Demandes de révision administrative*, 25 septembre 2013.

———. *Note de service : Demandes de renseignements personnels au cours du processus de révision administrative*, 25 octobre 2013.

———. « Outil de référence rapide du Conseil arbitral », en ligne : <<http://goo.gl/Pt4ZTA>> (consulté le 14 novembre 2012).

Thompson, Paul, Éric Giguère et Robert Lalonde. *Panel révision administrative*, MP3, Gatineau (Québec), Forum sur l'assurance-emploi, 5 décembre 2013.

Thompson, Paul, Ron Meighan et Jacquie Manchevsky. *Panel Centre d'appel et traitement des demandes*, MP3, Gatineau (Québec), Forum sur l'assurance-emploi, 5 décembre 2013.

Travaux publics et Services gouvernementaux Canada. « Substantive » (2 octobre 2007), en ligne : Les mots du droit - Terminium Plus - Bureau de la traduction <<http://goo.gl/PkYnrL>> (consulté le 3 juillet 2014).

Tribunal administratif du Québec. *Rapport annuel de gestion 2012-2013*, Québec, Tribunal administratif du Québec, 2013, en ligne : <<http://goo.gl/BcWdNv>> (consulté le 3 juillet 2014).

Tribunal de la sécurité sociale. *Autorisation de divulguer des renseignements - SST-ATD*, 2013, en ligne : <<http://www.canada.gc.ca/sst-tss/forms-formulaires/TSS-ADR.pdf>> (consulté le 3 avril 2013).

———. *Avis d'appel devant le Tribunal de la sécurité sociale (TSS) - Division générale - TSS-ADA-DG-AE (2013-03-001) F*, 2013, en ligne : <<http://www.canada.gc.ca/sst-tss/forms-formulaires/TSS-ADA-DG-AE.pdf>> (consulté le 3 avril 2013).

———. *Demande au Tribunal de la sécurité sociale (TSS) de la permission d'appeler devant la division d'appel*, 2013, en ligne : <<http://goo.gl/5tw1N2>> (consulté le 3 avril 2013).

Autres documents

Barreau du Québec. *Observations et commentaires du Barreau du Québec sur l'assurance-emploi, Présentation devant la Commission nationale d'examen sur l'assurance-emploi*, Barreau du Québec, 10 octobre 2013.

Beeman, Jennifer. *La réforme de l'assurance-emploi du Projet de loi C-38 : Une réforme qui aggrave les effets discriminatoires du régime existant à l'égard des travailleuses*, Comité consultatif Femmes en développement de la main-d'oeuvre à la Commission des partenaires du marché du travail, février 2013.

Bourgault-Côté, Guillaume. « Assurance-emploi - Le Tribunal de la sécurité sociale recrute chez les conservateurs » (15 mars 2013), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/hph9VE>> (consulté le 5 avril 2013).

———. « Assurance-emploi - La révision obligatoire se fera à l'aveugle » (10 juin 2013), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/yS9o0S>> (consulté le 14 août 2013).

———. « Assurance-emploi - L'accès à l'information avant l'accès au dossier » (23 octobre 2013), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/I20VU4>> (consulté le 11 novembre 2013).

———. « Assurance-emploi : Le nombre de demandes d'appel est en chute libre » (01 2014), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/qKH011>> (consulté le 30 juin 2014).

- . « Tribunal de la sécurité sociale : Moins de 2 % des décisions affichées en une année » (05 2014), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/zKStRL>> (consulté le 30 juin 2014).
- . « Trop cher de traduire toutes les décisions, dit Ottawa » (01 2014), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/noHo4S>> (consulté le 30 juin 2014).
- . « Assurance-emploi: les retards s'accroissent » (3 mars 2014), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/293RtL>> (consulté le 21 juillet 2014).
- . « Tribunal de la Sécurité sociale : Des délais quatre fois plus longs » (14 juin 2014), en ligne : LeDevoir.com [de Montréal] <<http://goo.gl/U5qYnQ>> (consulté le 20 juillet 2014).
- Buzzetti, Hélène et Marie Vastel. « Tous les emplois sont de bons emplois, affirme Flaherty » (15 mai 2012), en ligne : Le Devoir [de Montréal] <<http://goo.gl/ajb5qm>> (consulté le 3 décembre 2012).
- Donnelly, Mary Lou. *Entrevue avec la commissaire ouvrière à la Commission d'assurance-emploi*, MP3, Gatineau (Québec), 27 septembre 2013.
- Francoeur, Martin. « Délais de traitement des demandes d'assurance-emploi: «C'est une catastrophe» » (28 janvier 2012), en ligne : La Presse [de Montréal] <<http://goo.gl/03jqx2>> (consulté le 18 décembre 2012).
- Frankel, Sid, Martha Friendly, Liyu Gua, Anita Khanna, Felicia Rocha et Laurel Rothman. *Rapport 2013 sur la pauvreté des enfants et des familles au Canada*, Toronto, Campagne 2000, 2013, en ligne : Campagne 2000 <<http://goo.gl/dKDSW9>> (consulté le 1 juillet 2014).
- Lagacé, Patrick. « Des nouvelles des plus pauvres », *La presse + [de Montréal]*, sect Actualités (10 novembre 2013) 4.
- Lamarche, Lucie. « De l'assurance-chômage à l'assurance-emploi... à l'assurance-entreprise: un véritable détournement », *Le Devoir [de Montréal]* (30 décembre 2008), en ligne : Le Devoir [de Montréal] <<http://goo.gl/OqsnX6>> (consulté le 12 novembre 2012).