

LE CONTROLE JUDICIAIRE DES DECISIONS INTERLOCUTOIRES DES AUTORITES ADMINISTRATIVES

HENRI BRUN*

Québec

Une jurisprudence récente, qui s'est développée surtout en Cour fédérale, a eu pour effet de mettre en évidence un aspect particulier du droit relatif au contrôle judiciaire de l'administration. Cette jurisprudence a pour objet les décisions non définitives, de diverses natures, que peuvent être appelées à prendre les différentes autorités administratives à l'occasion de l'exercice de leurs activités. Ce sont ces décisions non définitives, de quelque espèce précise qu'elles soient, que nous entendons couvrir par le qualificatif "interlocutoire": toutes les décisions prises préalablement à une décision définitive, dans le but général de préparer celle-ci. Nous considérons à cette fin qu'une décision définitive est une réponse complète (et non nécessairement finale) à une demande.

L'aspect particulier du droit du contrôle judiciaire de l'administration que soulève cette jurisprudence récente, pose essentiellement une question: celle de savoir si les tribunaux judiciaires compétents pour contrôler l'administration considèrent que ces "décisions" interlocutoires des autorités administratives sont de véritables décisions, sujettes par conséquent à leur contrôle, ou considèrent plutôt qu'il s'agit là d'actes pré-décisionnels, de nature purement administrative et par conséquent non sujets à leur contrôle. Sous le couvert de chinoiseries procédurales, telle semble bien être la signification profonde du débat.

L'intention, ici, n'est pas de rendre compte de façon complète de ce problème de droit administratif. Son ampleur pourrait en faire l'objet d'une thèse d'études supérieures ou d'un projet de recherche. Il s'agit seulement de faire état de cette jurisprudence qu'il a récemment engendré, tout spécialement celle de la Cour

* Henri Brun, Professeur à la Faculté de Droit, Université Laval, Québec. La recherche à la base de ce texte s'est terminée en décembre 1975.

fédérale.¹ Il s'agit aussi, accessoirement, de tenter de mettre en évidence la portée véritable de ce droit jurisprudentiel.

La question peut être abordée de plusieurs façons. Il semble toutefois qu'il y ait un intérêt pratique à distinguer entre certaines catégories de décisions interlocutoires: les possibilités de contrôle judiciaire ne seraient pas exactement les mêmes dans tous les cas. Les catégories que nous distinguerons ne prétendent ni n'aspirent toutefois à aucune forme d'accréditation. Elles correspondent tout simplement aux différentes espèces de décisions interlocutoires qui ont été considérées dans les arrêts récents que nous avons étudiés. Par conséquent, rien ne suggère leur exhaustivité, ni même leur orthodoxie, juridique ou sémantique. Ces décisions interlocutoires dont nous avons suivi le destin judiciaire étaient des décisions temporaires ou provisoires, des décisions conservatoires, des décisions préliminaires et, enfin, des décisions simplement incidentes.

I. Les décisions temporaires ou provisoires.

Il s'agit de décisions destinées à ne produire d'effets que durant une période de temps limitée, le terme de cette période étant le moment où une décision définitive viendra trancher la question. Le pouvoir donné à des autorités administratives, de prendre de telles décisions temporaires, cherche habituellement sa justification dans l'argument de l'urgence. L'on croit que le bien public, dans certaines circonstances, requiert en la matière des décisions rapides, décisions prises au besoin à partir de données douteuses quitte à ce qu'une décision définitive soit ultérieurement édifiée sur des bases davantage solides.

Dernièrement, la Cour d'appel fédérale a eu à se demander si elle pouvait examiner, en vertu de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale,² la légalité de la détermination provisoire du dumping que fait le sous-ministre du revenu national en vertu de l'article 14(1) de la Loi anti-dumping.³ En vertu de l'article 15(1)

¹ En Division de première instance, mais surtout en Division d'appel. Pour parler de l'une ou de l'autre, nous utiliserons habituellement les expressions "Cour fédérale" et "Cour d'appel fédérale", respectivement. Par ailleurs, nous n'examinerons que des cas concernant des décisions interlocutoires prises par des autorités administratives nanties soit du pouvoir de prendre la décision définitive en l'espèce, soit du pouvoir d'empêcher qu'une telle décision ne soit prise. Sont exclues les décisions prises par des organismes chargés seulement d'enquêter et de faire rapport.

² S.R.C., 1970, 2ième supp., c. 10. *Re Sabre International and M.N.R.* (1975), 52 D.L.R. (3d) 156, [1974] 2 C.F. 644.

³ S.R.C., 1970, c. A-15.

de cette même loi, l'importateur est tenu de payer le montant du dumping à partir du moment où celui-ci est ainsi déterminé provisoirement. Et cette situation temporaire est sensée devoir durer jusqu'à ce que le Tribunal anti-dumping ait déterminé le dumping d'une façon définitive, ce qui peut représenter un laps de temps très substantiel.

Au nom de la Cour, le juge en chef Jaccett a répondu que la décision du sous-ministre, en raison de son caractère provisoire, n'était pas une décision au sens de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale. En conséquence, cette "décision" ne pouvait donc pas faire l'objet d'un examen judiciaire par la Cour d'appel fédérale en vertu de cet article.⁴ Pour en arriver à cette conclusion, le juge Jaccett a trouvé un point d'appui solide en l'affaire *Randolph* décidée par la Cour suprême en 1966.⁵

Pour diffuser la publicité concernant ses livres, photos et films, Randolph faisait affaire avec une société spécialisée dans l'expédition postale. Après que les envois de cette société eurent fait l'objet d'une enquête, le ministre des postes ordonna la suspension du service postal de Randolph. Il se fondait sur l'article 7(1) de la Loi sur les postes⁶ et prétendait, conformément à cet article, qu'il avait des motifs raisonnables de croire que Randolph commettait une infraction criminelle par l'entremise du service postal. Randolph se plaignit de n'avoir pu se faire entendre avant que cette décision ne fut prise et plaida entre autres le droit à l'audition impartiale de l'article 2 e) de la Déclaration canadienne des droits.⁷

Au nom de la Cour suprême, le juge Cartwright commença par dire qu'il n'avait pas à qualifier le geste du ministre de décision de nature judiciaire ou d'acte administratif. Car la Loi sur les postes, selon lui, écartait au moins tacitement en l'occurrence l'application de la règle *audi alteram partem*. Cette volonté implicite de la loi, il la déduisait toutefois essentiellement d'un rapprochement entre les articles 7(1) et 7(2) de celle-ci. La seconde de ces deux dispositions, qui prévoit le droit de se faire entendre avant que l'ordonnance de suspension ne devienne définitive, était à ses yeux inconciliable avec la première, qui existe pour permettre au

⁴ *Supra*, note 2, à la p. 158.

⁵ *R. c. Randolph*, [1966] R.C.S. 260.

⁶ S.R.C., 1952, c. 212, devenu S.R.C., 1970, c. P-14.

⁷ S.R.C., 1970, app. III.

ministre d'agir vite.⁸ Bref, selon le juge Cartwright (et la Cour suprême), il est dans l'intention du législateur qu'une décision ne soit pas soumise aux règles de la justice naturelle lorsque cette décision n'est que provisoire, la justice naturelle étant requise au stade de la décision définitive. Ce qui revient à dire qu'une "décision" provisoire n'est pas une décision, soumise de ce fait aux règles du contrôle judiciaire des décisions de l'administration. Et ceci pour l'unique raison qu'elle est de nature provisoire.

Malgré son désir de limiter le débat, le juge Cartwright semble avoir rendu dans l'affaire *Randolph* une décision de principe, parfaitement de nature à justifier le juge Jackett de considérer, dans l'affaire *Sabre International*, que la détermination provisoire du dumping que fait le sous-ministre du revenu national en vertu de la Loi anti-dumping n'est pas une décision au sens de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale.⁹ Cette décision de la Cour d'appel fédérale manifeste toutefois, en termes très contemporains, un état de droit quelque peu inquiétant. S'il faut admettre que l'utilisation du provisoire doive entraîner des conséquences juridiques aussi importantes, il devrait falloir aussi vérifier, dans chaque cas, si existe vraiment l'urgence qui est supposée justifier son octroi à des autorités administratives. A défaut de quoi les règles ordinaires du droit public devraient jouer. Dans les deux cas étudiés, il n'est pas certain que l'état d'urgence s'imposait à l'esprit. La consolidation, en la matière, d'une règle automatique et rigide semble dangereuse. D'autant plus que le provisoire est par essence un concept extensible, dans le temps!

Sur cette question des limites du provisoire, les tribunaux se montrent d'ailleurs larges. Si la justice naturelle ne s'applique pas aux décisions provisoires elles-mêmes, il en est également ainsi de la confirmation qu'est appelée à recevoir cette décision provisoire de la part d'une autorité hiérarchiquement supérieure. C'est la conclusion à laquelle est parvenue récemment la Cour d'appel fédérale dans le cas de la confirmation de la suspension d'un pilote de bateau pour une période de quinze jours.¹⁰ La suspension émanait du président d'une autorité de pilotage; la confirmation,

⁸ *Supra*, note 5, aux pp. 265-266. Le juge Cartwright a également considéré que l'article 2 e) de la Déclaration canadienne des droits ne vise que les décisions affectant des droits de façon définitive.

⁹ *Supra*, note 2.

¹⁰ *Re Darnel* (1975), 50 D.L.R. (3d) 603, [1974] 2 C.F. 580, à la p. 584 (le juge Thurlow, pour deux juges sur trois).

de l'organisme lui-même.¹¹ Cette confirmation, pourtant, devait apparaître moins urgente que la suspension, puisque celle-ci se trouvait déjà à être en vigueur. L'intérêt de la confirmation hiérarchique d'une décision provisoire devrait être, entre autres, d'éliminer les effets négatifs qu'entraîne au niveau procédural l'urgence qui justifie la décision provisoire.

Dans l'affaire *Medi-Data*, en 1972, où le contexte était le même que dans l'affaire *Randolph* précitée, le ministre des postes avait donné avis des motifs de la suspension d'un service postal et du droit à une enquête quatorze jours après cette suspension. La loi lui demande de le faire dans les cinq jours.¹² La Cour d'appel fédérale a jugé que cette prolongation illégale du provisoire n'était pas de nature à rendre nulle l'ordonnance provisoire de suspension, ni l'ordonnance définitive venue confirmer la provisoire.¹³

De façon plus significative encore de l'état du droit, les tribunaux considèrent aussi que la décision provisoire d'une autorité administrative n'est pas une véritable décision, même lorsque celle-ci se trouve être devenue définitive par l'effet automatique de l'écoulement d'un délai. Quelques arrêts récents confirment cette situation.

La loi ontarienne donne à un registraire le pouvoir de suspendre ou de révoquer le permis des vendeurs d'automobiles.¹⁴ Ce registraire doit alors donner un avis motivé à la personne concernée, en l'informant de son droit de se faire entendre devant un tribunal administratif dans un certain délai. Dans ce cas, le tribunal est appelé à rendre une décision définitive. Autrement, c'est la décision du registraire qui devient définitive. Suivant la Divisional Court d'Ontario, il est inutile de se plaindre de n'avoir pas été entendu par le registraire, même lorsque la décision de ce dernier est devenue définitive en raison de l'écoulement du délai.¹⁵ La Cour parvient à cette conclusion en considérant que le geste du

¹¹ Loi sur le pilotage, S.C., 1970-71-72, c. 52, art. 17(1) et (3). Il est vrai qu'en vertu de l'art. 18(2) le droit à l'audition était prévu dans certains cas alors que rien n'était précisé dans le cas de la confirmation d'une suspension.

¹² Loi sur les postes, *supra*, note 6, art. 7(2).

¹³ *Medi-Data c. P.g. Canada*, [1972] C.F. 469, à la p. 480 (le juge Jackett), et à la p. 487 (le juge Thurlow).

¹⁴ R.S.O., 1970, c. 475, art. 6(2), S.O., 1971, c. 50, art. 85(2).

¹⁵ *Re Dabor Motors and MacCormac* (1975), 50 D.L.R. (3d) 641 (Ont. H.C., D.C.).

registraire n'est pas une véritable décision, mais bien plutôt une sorte d'acte pré-décisionnel, de la nature d'une proposition.¹⁶

Selon la Loi sur les stupéfiants, la police dispose d'importants pouvoirs de saisie.¹⁷ Lorsqu'un policier décide de saisir certains biens en vertu de ces dispositions, il prend une décision provisoire dans des circonstances d'urgence qui interdisent manifestement que soient appliquées à celle-ci les règles régissant habituellement les décisions de nature particulière des autorités administratives. Dans les deux mois qui suivent, il est possible de demander à un juge la restitution de ces biens.¹⁸ Au-delà de ce délai, selon la Cour d'appel fédérale, l'acte par lequel le ministre de la santé et du bien-être social dispose de ces biens de la façon qu'il juge opportune,¹⁹ n'est pas sujet à examen en vertu de l'article 28 de la Loi de la Cour fédérale. La Cour a considéré que le geste du ministre est de la nature d'un acte de pure administration.²⁰ Ce qui revient à dire que la décision provisoire de la police demeure incontrôlable même une fois qu'elle est devenue définitive par l'effet automatique du temps écoulé.

Dans l'affaire *Bay*, la Cour d'appel fédérale a refusé d'examiner l'acte par lequel le registraire inscrit (ou n'inscrit pas) le nom d'un Indien sur la liste d'une bande. Elle a considéré que cet acte (ou abstention) n'était pas une décision, mais bien plutôt un acte post-décisionnel relevant d'un pouvoir lié.²¹ A première vue cette vision des choses apparaît logique. Elle étonne toutefois lorsqu'on constate qu'il est possible, dans les trois mois, de demander au registraire de réviser son acte et qu'à défaut celui-ci devient définitif.²² Si le registraire n'exerce qu'un pouvoir lié, quel intérêt y a-t-il à requérir de lui qu'il enquête et révise son acte lorsqu'on le lui demande? En l'occurrence, le requérant *Bay* se situait au delà du délai de trois mois.

¹⁶ *Ibid.*, aux pp. 644-645 (le juge Henry, pour la Cour).

¹⁷ S.R.C., 1970, c. N-1, art. 10(1).

¹⁸ *Ibid.*, art. 10(5).

¹⁹ *Ibid.*, art. 10(7).

²⁰ *Smith c. R.*, [1974] 2 C.F. 43 (le juge Thurlow, pour la Cour). Voir également *R. c. Pasta* (1975), 6 N.R. 238 (C.a.f.). La Division de première instance a toutefois décidé, finalement, qu'une action en revendication des biens saisis par la police était recevable au-delà du délai de deux mois. Voir [1976] 1 C.F. 196, à la p. 199: le juge Addy a refusé d'admettre que la déchéance d'un droit de propriété pouvait découler de façon implicite de la loi.

²¹ *Bay c. R.*, [1974] 1 C.F. 523, aux pp. 527-528-529 (le juge Thurlow, pour deux juges sur trois). Loi sur les Indiens, S.R.C., 1970, c. I-6, art. 7.

²² *Ibid.*, art. 9.

Par le jeu des décisions provisoires, qui deviennent ensuite définitives par l'effet automatique de l'écoulement d'un délai, les gouvernements apparaissent avoir mis au point la "disposition privative" du contrôle judiciaire vraiment efficace. Cette situation dangereuse découle d'une méthode d'attaque trop rigide et trop absolutiste, de la part des tribunaux, du problème plus général du contrôle des décisions provisoires. Partant de la décision de principe rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Randolph*,²³ les tribunaux semblent croire interdits l'examen et le contrôle de toute décision provisoire des autorités administratives.

Sans que ce soit pour y rechercher réconfort, il peut être intéressant de noter que la situation apparaît semblable en Nouvelle-Zélande. Dans une affaire en provenance de ce pays, le Conseil privé a jugé qu'un enseignant n'avait pas le droit d'être entendu par la commission scolaire qui avait ordonné sa suspension (ce qui le privait de son salaire), jusqu'à ce que celle-ci ait décidé du cas de façon définitive.²⁴ La bonne réputation de cet arrêt est due à des *obiter*, dont celui de lord Dilhorne, dissident, voulant que donner à l'enseignant l'opportunité de s'expliquer après sa suspension équivalent en l'occurrence à la situation du condamné auquel on demande, une fois la sentence prononcée, s'il a quelque chose à déclarer.²⁵

Les décisions temporaires ou provisoires des autorités administratives ne sont pas soumises au contrôle des cours de justice. Cette jurisprudence vient de la Cour suprême et la Cour fédérale en a hérité allègrement, pour favoriser une certaine vue de l'organisation de la justice voulant que seules des décisions importantes soient sujettes au contrôle de la Cour d'appel fédérale. Aucune distinction n'est faite entre ces décisions interlocutoires, suivant qu'elles sont requises ou non par l'urgence d'une situation.

La Cour suprême a repris *Randolph* en 1970, dans des circonstances un peu différentes de celles qui nous retiennent ici.²⁶ Il s'agissait de savoir, dans cette affaire de 1970, si la Cour supérieure du Québec pouvait exercer sans avis ni audition les pouvoirs que lui donne la loi d'ordonner à des grévistes de retourner temporairement au travail pour des raisons d'intérêt public.²⁷

²³ *Supra*, note 5.

²⁴ *Furnell c. Whangarei High School Bd*, [1973] 1 All E.R. 400.

²⁵ *Ibid.*, aux pp. 420-421.

²⁶ *Syndicat des employés du transport de Montréal c. P.g. Québec*, [1970] R.C.S. 713.

²⁷ Code du travail, S.R.Q., 1964, c. 141, art. 99.

Au nom de la majorité, le juge Fauteux a simplement considéré que l'ordonnance de la Cour supérieure était une mesure provisoire d'urgence qui n'avait rien à voir avec le conflit de travail en cours.²⁸ Il a donc conclu que la Cour supérieure pouvait agir sans avis. Au nom d'une minorité dissidente, le juge Pigeon s'est plutôt interrogé sur l'urgence réelle de la situation. Pour lui, la période d'urgence est celle nécessaire pour aviser et entendre les parties avant qu'une décision plus permanente ne soit prise.²⁹ Comme la grève durait déjà depuis trois semaines et que l'ordonnance de retour au travail était de trois mois, le présent cas pouvait être distingué de l'affaire *Randolph*. Une telle appréciation concrète de l'état d'urgence, à partir des faits en cause, nous semble être le bon moyen de remplacer sur ce point l'automatisme par la souplesse et la nuance.

II. *Les décisions conservatoires.*

Nous qualifions ainsi les actes que des autorités administratives peuvent être habilitées à poser dans le but de s'assurer que leurs décisions soient exécutoires. Comme les décisions temporaires ou provisoires que nous venons de considérer, ces actes ont aussi une portée limitée dans le temps. Leur but n'est toutefois pas du tout le même: ils ne cherchent pas à parer à une situation d'urgence mais visent à empêcher qu'une décision ne s'avère futile, son exécution étant entre temps devenue impossible. Cette différence de finalité, il nous semble, devrait davantage guider les tribunaux quant à savoir si un certain acte administratif est ou n'est pas une décision sujette au contrôle judiciaire. Un même acte peut sembler tendre vers les deux fins à la fois, mais ce ne peut être que pour un temps: il y a presque forcément un écart entre le temporaire qu'exige l'urgence et celui que requiert le conservatoire.

Dans l'affaire *Armstrong*,³⁰ la Cour d'appel fédérale a dû faire preuve d'imagination pour éviter des conclusions qui n'auraient été justes qu'en droit. Comme le permet la Loi sur l'extradition,³¹ un juge d'extradition avait ordonné qu'Armstrong soit incarcéré jusqu'à son extradition vers les Etats-Unis où il était accusé de meurtre. Il s'agissait évidemment d'éviter que le fugitif ne disparaisse avant le jour de son extradition. Pour divers

²⁸ *Supra*, note 26, à la p. 719: pour lui l'urgence découlait automatiquement du caractère provisoire de la mesure.

²⁹ *Ibid.*, à la p. 722.

³⁰ *Armstrong c. Etat du Wisconsin*, [1972] C.F. 1228.

³¹ Loi sur l'extradition, S.R.C., 1970, c. E-21, art. 18.

motifs, Armstrong a demandé à la Cour d'appel fédérale d'exercer le pouvoir que lui donne l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale et de vérifier ainsi la légalité de la décision qui avait été prise de l'incarcérer.

La Cour suprême, en 1955,³² et la Cour d'appel fédérale elle-même, peu de temps auparavant,³³ avaient considéré que des décisions de cette nature n'étaient pas vraiment des décisions puisqu'elles ne déterminaient rien de façon définitive, ni quant à l'extradant ni quant à l'extradé. Dans ces deux causes, la demande de révision avait émané des pays extradant, vu qu'il y avait été décidé de ne pas ordonner l'incarcération.

Au nom de la majorité, le juge Thurlow, dans l'arrêt *Armstrong*, a écarté ces deux précédents grâce à l'invention d'une distinction ingénieuse. Il a confirmé que le refus d'émettre un mandat d'incarcération ne décidait effectivement rien. Lorsque l'incarcération est ordonnée, il en est toutefois autrement: les droits de l'extradé sont modifiés dans la mesure où celui-ci est privé de sa liberté. Il peut donc, dans ce dernier cas, demander à une cour supérieure provinciale de contrôler la légalité de cet acte par voie d'*habeas corpus* ou demander à la Cour d'appel fédérale d'y procéder en vertu de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale.³⁴ Dans l'arrêt *Hernandez*, la Cour suprême a finalement considéré que les décisions d'incarcérer ou de ne pas incarcérer étaient toutes deux de véritables décisions, sujettes à examen judiciaire.³⁵

Par la négative, l'arrêt *Sadique* nous enseigne que la Division de première instance de la Cour fédérale a bien reçu cette distinction, comme il se devait.³⁶ On y a considéré que l'ordonnance intérimaire d'incarcération, dont un enquêteur spécial peut assortir un ordre d'expulsion en vertu de la Loi sur l'immigration,³⁷ n'est pas un acte purement administratif mais une véritable décision qui, partant, ne peut pas être judiciairement examinée par la Division de première instance de la Cour fédérale. En raison de

³² *U.S. c. Link*, [1955] R.C.S. 183. Il s'agissait dans ce cas de savoir s'il pouvait y avoir appel à la Cour suprême en raison des arts 2 d) et 41 de la Loi sur la Cour suprême, S.R.C., 1970, c. S-19.

³³ *Puerto Rico c. Hernandez*, [1972] C.F. 1076.

³⁴ *Supra*, note 30, aux pp. 1230 et 1232.

³⁵ *Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, à la p. 240 (le juge Pigeon, pour cinq juges sur neuf).

³⁶ *Sadique c. M.m.i.*, [1974] C.F. 719.

³⁷ S.R.C., 1970, c. I-2, art. 14.

l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale, cette tâche ressortit à la Division d'appel en exclusivité.³⁸

Dans la récente affaire *Lambert*, la Cour fédérale a considéré, sans hésitation apparente, que la décision d'avoir recours à des mesures conservatoires en matière d'impôt sur le revenu n'est qu'un acte pré-décisionnel du fait qu'elle ne détermine pas de façon définitive des droits d'un contribuable.³⁹ Lambert reçoit en l'occurrence un avis de nouvelle cotisation. Il produit une opposition. Comme le permet l'article 223 de la Loi de l'impôt sur le revenu,⁴⁰ le gouvernement fait alors enregistrer sans avis, devant la Cour fédérale, un certificat ayant force de jugement en vertu duquel il entreprend de faire saisir certains biens de Lambert. Ce dernier demande que l'article 223 soit déclaré invalide parce qu' attentatoire à la justice naturelle. Il invoque la disposition de la Déclaration canadienne des droits qui formule la règle *audi alteram partem*.⁴¹ La Cour fédérale rejette son recours pour le motif essentiel que la saisie qu'autorise l'article 223 ne décide pas des droits du contribuable de façon définitive, mais vise seulement à garantir un paiement éventuel.⁴²

La même logique avait prévalu dans l'arrêt *Chiquette*,⁴³ au sujet des dispositions équivalentes de la Loi sur les impôts du Québec.⁴⁴ La Cour d'appel du Québec avait décidé dans cette affaire que l'acte par lequel le ministre du revenu ordonne le paiement d'une cotisation, sous peine de saisie, était un acte purement administratif et non une décision sujette à contrôle par voie d'évocation.⁴⁵

Deux décisions récentes ont eu pour objet les pouvoirs de perquisition et de saisie dont dispose le gouvernement fédéral en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu, lorsqu'il semble qu'une infraction à cette loi a été commise ou sera commise, dans le but de recueillir les éléments de preuve nécessaires à des poursuites éventuelles.^{45A} La Division de première instance a pour sa part

³⁸ *Supra*, note 2.

³⁹ *Lambert c. R.*, [1975] C.F. 548 (le juge Addy).

⁴⁰ S.C., 1970-71-72, c. 63.

⁴¹ *Supra*, note 7, art. 2 e).

⁴² *Supra*, note 39, aux pp. 553 et 555. Voir aussi *R. c. Williams*, [1976] 1 C.F. 583.

⁴³ *Chiquette c. P.g. Québec*, [1974] C.A. 118.

⁴⁴ L.Q., 1972, c. 23, arts 737, 740 et 758.

⁴⁵ *Supra*, note 43, aux pp. 119 (le juge Crête) et 120 (le juge Kaufman, pour deux juges sur trois). Code de procédure civile, art. 846.

^{45A} *Supra*, note 40, arts 231(1d) et 231(4).

considéré que l'administration, en exerçant ces pouvoirs, touchait aux droits individuels. Celle-ci devait donc agir alors de façon judiciaire. Partant, les décisions que prend l'administration dans ce contexte sont sujettes à son contrôle judiciaire.^{45B} La Cour parvient à cette conclusion parce qu'elle considère par ailleurs que la Cour d'appel ne peut, pour sa part, contrôler la légalité de ces actes en vertu de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale.^{45C}

Nous ne voyons pas très bien, quant à nous, comment ce genre de décisions pourrait échapper au contrôle de la Cour d'appel parce qu'elles seraient pour cette dernière des actes purement administratifs, alors qu'elles pourraient être sujettes au contrôle de la Division de première instance parce que celle-ci les considère de nature judiciaire. Sur le fond, d'ailleurs, il semble bien que cette sorte de décisions soit précisément du type de celles dont la nature exige qu'elles soient prises *ex parte*. Les conclusions auxquelles est parvenue la Cour d'appel, dans la seconde décision sur le sujet, apparaissent résumer l'état du droit en la matière: ces pouvoirs de perquisition et de saisie peuvent être exercés *ex parte* sans contrevenir au droit à l'audition énoncé dans la Déclaration canadienne des droits,^{45D} parce que leur exercice ne définit ni des droits ni des obligations.^{45E} Et au plan de la procédure, malgré certaines décisions un peu surprenantes,^{45F} il ne semble pas que l'injonction et le jugement déclaratoire soient de nature à permettre davantage dans de semblables cas que les brefs de *certiorari* et de prohibition.^{45G}

Il semble donc que les décisions conservatoires que sont habilitées à prendre les autorités administratives ne sont pas facilement considérées par les cours de justice comme des décisions dont elles peuvent examiner la légalité. Il s'agirait plutôt d'actes administratifs distincts de la décision elle-même, que les autorités habilitées peuvent par conséquent poser comme bon

^{45B} *Royal American Shows c. M.r.n.*, [1976] 1 C.F. 269, à la p. 271 (le juge Gibson).

^{45C} *Ibid.*, à la p. 272.

^{45D} *Supra*, note 41.

^{45E} *Sales and Armand Ltd c. Juge Jacob*, [1976] 1 C.F. 445. La permission d'en appeler de cette décision à la Cour suprême a été refusée par cette dernière: (1976), 8 N.R. 128.

^{45F} Voir, par exemple, *Les Travailleurs en communications c. Bell Canada*, [1976] 1 C.F. 282, à la p. 289 (le juge Dubé).

^{45G} Voir "*B*" c. *Commission d'enquête du m.m.i.*, [1975] C.F. 602, aux pp. 608 et 613-614 (le juge Addy).

leur semble. Echapperaient par exemple à cette situation les décisions conservatoires qui, en matière d'expulsion ou d'extradition, auraient pour objet l'emprisonnement d'une personne.

Le seul fait que cette exception ait été formulée en jurisprudence montre l'importance de l'enjeu. Il est manifestement essentiel qu'une personne ne puisse être incarcérée durant un temps quelque peu substantiel sans avoir eu au moins l'opportunité de faire entendre son point de vue. La distinction à cet égard entre la décision d'incarcérer quelqu'un et celle qui consiste à saisir des biens sauve l'essentiel, mais elle ne repose peut-être pas sur le meilleur critère.

S'il faut faire une distinction entre les différentes décisions conservatoires, ce devrait être plutôt dans la mesure seulement où celles-ci visent en même temps à parer à l'urgence. Si l'arrestation d'une personne ou la saisie de ses biens semble nécessaire pour empêcher que cette personne ou ces biens ne disparaissent, il est évident qu'il ne peut être question de donner un avis d'audition avant de procéder. En revanche, l'urgence cesse à partir du moment de cette arrestation ou saisie. La prolongation de cet état de choses au-delà de cette stricte nécessité devrait être sujette à contrôle judiciaire, en particulier pour cause de défaut d'audition. La chose nous semble tellement s'imposer à l'esprit qu'il apparaît nécessaire de rappeler que le contrôle dont il est ici question a pour objet la légalité des décisions et non les décisions elles-mêmes. Il n'est pas question d'empêcher que des décisions conservatoires ne soient prises. Il s'agit seulement qu'il soit possible de s'assurer que celles-ci ont été prises légalement, conformément en particulier aux principes de la justice naturelle. Au-delà des strictes besoins de l'urgence, cette vérification devrait toujours être possible.

III. *Les décisions préliminaires.*

Les autorités administratives sont souvent nanties de la faculté de prendre des décisions dont dépend la venue d'autres décisions. Ces décisions de nature préliminaire expriment soit la volonté soit la capacité d'agir. Dans le premier cas, l'autorité administrative exerce une discrétion relative à l'exercice d'une compétence. Dans le second cas elle se prononce au sujet de l'existence de cette compétence.

A. *Les décisions relatives à l'exercice d'une compétence.*

La Loi sur l'assurance-chômage prévoit qu'un conseil d'arbitrage peut être mis sur pied pour la détermination des prestations

dans certains cas.⁴⁶ Il est possible d'en appeler de la décision de ce conseil d'arbitrage, si le président de celui-ci donne sa permission. Dans un arrêt récent, la Cour fédérale a décidé que la décision par laquelle le président d'un conseil d'arbitrage refuse sa permission d'en appeler d'une décision du conseil était sujette à la procédure d'examen prévue à l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale. Le bref de *certiorari* dont on avait requis l'émission en vertu de l'article 18 fut en conséquence refusé.⁴⁷ Ceci signifiait, exprimé en jargon procédurier, que la décision du président était considérée comme une véritable décision, contrôlable judiciairement, en particulier pour défaut de respect des règles de la justice naturelle. Car le contrôle de la Cour d'appel fédérale, en vertu de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale, s'exerce en exclusivité, à l'endroit de décisions véritables seulement.⁴⁸

L'intérêt du contrôle judiciaire des décisions administratives est proportionnel à la portée de ces décisions. La décision préliminaire dont il est ici question résulte de l'exercice d'une discrétion qui a pour objet l'exercice d'une compétence. Son effet n'est pas temporaire, mais bien plutôt permanent et définitif. D'elle dépend l'exercice subséquent d'une compétence étatique. Elle est donc sujette à contrôle judiciaire, au moins lorsqu'elle est négative. Sauf précision législative, rien ne devrait isoler à cet égard le contrôle par voie d'appel lorsque celui-ci est prévu. En matière d'immigration, la Cour d'appel fédérale, à deux reprises, n'a toutefois pas jugé de cette manière des demandes de réouverture d'instance.

Mills a fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion. Il en a appelé à la Commission d'appel de l'immigration, qui a rejeté sa requête. Il a demandé ensuite à la Commission de réouvrir son dossier, dans le but de produire de nouveaux éléments de preuve afin que la Commission exerce le pouvoir que lui donne la loi de suspendre une expulsion pour des motifs humanitaires.⁴⁹ La Commission a rejeté cette requête et Mills en appelle maintenant

⁴⁶ Loi sur l'assurance-chômage, S.R.C., 1970, c. U-2, arts 70, 72 et 73(1).

⁴⁷ *Mahaffey c. Nykyforuk* (1975), 52 D.L.R. (3d) 469, [1974] 2 C.F. 801.

⁴⁸ Si l'acte du président avait été à l'inverse considéré comme un acte administratif, il n'aurait pas davantage pu donner lieu à *certiori* en vertu de l'art. 18. Voir l'arrêt *Union Gas c. Trans Canada Pipeline*, [1974] 2 C.F. 313.

⁴⁹ Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.R.C., 1970, c. I-3, art. 15.

à la Cour d'appel fédérale de cette dernière décision. La loi permet l'appel à la Cour d'appel fédérale des décisions de la Commission ayant pour objet un appel prévu par la loi.⁵⁰ Au nom de la Cour, le juge en chef Jackett a jugé que la décision de la Commission de ne pas réouvrir l'instance n'était pas une telle décision.⁵¹ Il a considéré que l'arrêt *Boulis*, de la Cour suprême, ne s'appliquait pas, parce que celui-ci avait décidé seulement que l'exercice du pouvoir de suspendre une expulsion pour motifs humanitaires était sujet à appel.⁵² Autrement dit, la Cour fait une distinction entre la décision préliminaire dont dépend l'existence même de la décision au fond et cette dernière. De sorte que la première étant négative, et soustraite à l'appel, aucun contrôle par voie d'appel n'est plus possible. Le seul motif que donne le juge Jackett est que le mot "décision" employé dans l'article relatif à l'appel⁵³ ne peut être loyalement (*fairly*) interprété autrement. Ce faisant, le juge Jackett confirmait, à toute fin pratique, une décision qu'il avait rendue seul deux ans auparavant.⁵⁴

Dans une affaire récente, en matière de marques de commerce, la Division de première instance de la Cour fédérale a jugé différemment la décision du registraire des marques de commerce de prolonger le délai imparti pour contester la demande d'enregistrement d'une marque.⁵⁵ La Loi sur les marques de commerce donne au registraire le pouvoir de prolonger le délai d'opposition.⁵⁶ Elle prévoit aussi l'appel des "décisions" du registraire à la Cour fédérale.⁵⁷ Même si, en l'occurrence, le registraire avait accepté de prolonger le délai, la Cour fédérale a accueilli l'appel et renversé la décision du registraire. S'appuyant sur des *dicta* antérieurs,⁵⁸ le juge Mahoney a précisé qu'il s'agissait d'une décision susceptible d'examen judiciaire par appel ou autrement.⁵⁹ Il faut toutefois préciser que le délai avait été porté de un mois à deux ans et que

⁵⁰ *Ibid.*, art. 23.

⁵¹ *Mills c. M.m.i.* (1975), 6 N.R. 335.

⁵² *Boulis c. M.m.i.*, [1974] R.C.S. 875.

⁵³ *Supra*, note 50.

⁵⁴ *Lignos c. M.m.i.*, [1973] C.F. 1073.

⁵⁵ *Fjord Pacific c. Régistraire des marques de commerce*, [1975] C.F. 536; il s'agissait d'un appel.

⁵⁶ S.R.C., 1970, c. T-10, arts 38 et 46.

⁵⁷ *Ibid.*, art. 56(1).

⁵⁸ *Centennial Grocery Brokers c. Régistraire des marques de commerce*, [1972] C.F. 257, à la p. 261 (le juge Heald); *Berback Quilting c. Régistraire des marques de commerce*, [1958] R.C.E. 309.

⁵⁹ *Supra*, note 54, aux pp. 539-540.

le registraire ne pouvait prolonger le délai qu'à la condition d'être convaincu qu'il avait été raisonnablement impossible d'agir en temps voulu.

En matière judiciaire, la jurisprudence québécoise a distingué pour sa part entre la décision recevant une requête en rétractation de jugement et la décision rejetant une telle requête. La première ne peut pas faire l'objet d'un appel.⁶⁰ Comme le Code de procédure civile prévoit l'appel de la décision négative,⁶¹ cette jurisprudence n'est qu'à demi significative. En contexte administratif, la Cour d'appel a par contre admis que la décision du président de la Commission d'appel des pensions, de ne pas autoriser un appel, est une décision sujette à contrôle judiciaire par voie d'évocation.⁶²

Enfin, la jurisprudence anglaise fournit un exemple célèbre de contrôle judiciaire d'une décision administrative dont dépendait l'exercice d'une compétence. Dans l'affaire *Padfield*, la décision du ministre de ne pas mettre sur pied un comité d'enquête avait pour effet d'empêcher que ne puisse être prise en définitive la décision que réclamait un groupe de producteurs de lait.⁶³ Ce qui surprend, c'est que le contrôle ait été exercé par un *mandamus* forçant une décision donnée, plutôt que par un examen de la décision prise. Il semble, en revanche, que la décision de créer un comité d'enquête, dans des circonstances analogues, ne soit pas sujette à contrôle.⁶⁴

Le contrôle judiciaire des décisions relatives à l'exercice d'une compétence apparaît dépendre du caractère affirmatif ou négatif de ces décisions. La décision permettant l'exercice de la compétence n'est généralement pas sujette à contrôle. Cette solution est acceptable, étant donné la portée essentiellement temporaire d'une telle décision. Par contre, la décision qui empêche l'exercice de la compétence pourrait être contrôlée, ce qui est logique vu ses effets permanents et définitifs sur les droits des requérants. Il faut espérer que l'exception faite par la Cour d'appel fédérale en matière d'immigration, eu égard à la réouverture

⁶⁰ *Irony c. Rosenberg*, [1974] C.A. 515; *Chomedy Caterers c. Héritiers Taylor*, [1972] C.A. 688; *Landry c. Cap-aux-Meules*, [1970] C.A. 591.

⁶¹ Art. 482.

⁶² *Président de la Commission d'appel des pensions c. Matte*, [1974] C.A. 252. C.p.c., art. 846.

⁶³ *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.).

⁶⁴ *Re Board of Moosomin School Unit No. 9 and Gordon* (1972), D.L.R. (3d) 505 (Sask. Q.B.).

d'instance, pourrait être isolée. Dans l'affaire *Agiri*, le juge en chef Jackett, au nom de la Cour d'appel fédérale, a précisément jugé au fond une demande d'examen judiciaire fondée sur un refus implicite d'exercer une compétence.⁶⁵ Là comme ailleurs, une vision moins formaliste des fonctions de l'administration serait susceptible de déboucher sur des solutions mieux adaptées aux différentes situations. L'importance l'un contrôle de la décision permettant l'exercice de la compétence n'est pas à sous-estimer, lorsque cette décision préliminaire peut affecter le justiciable indépendamment de la décision définitive qu'elle rend possible.^{65A}

B. *Les décisions relatives à l'existence d'une compétence.*

Il arrive souvent que les autorités administratives, avant de prendre une décision, doivent d'abord répondre à la question de savoir si elles sont compétentes pour prendre cette décision. Cette détermination préliminaire est-elle une véritable décision, susceptible d'être contrôlée par les tribunaux? Dans l'affaire *Danmor Shoe*, une affaire de dumping, la Cour d'appel fédérale a eu l'occasion de se pencher à fond sur le problème.⁶⁶

Pour le calcul des droits de douane et des droits anti-dumping, il faut connaître la "valeur imposable" des marchandises à l'aide des coûts de production et du profit brut, et aussi, par ailleurs, la "valeur normale" de ces marchandises, c'est-à-dire le prix à l'exportation.⁶⁷ Dans le cas où le sous-ministre du revenu national estime que les renseignements fournis par les importateurs ne permettent pas d'établir ces valeurs, il les détermine lui-même, de la manière prescrite par des "directives" du ministre.⁶⁸ De cette évaluation du sous-ministre, il peut en être appelé à la Commission des tarifs.⁶⁹ Au cours d'une audition devant la Commission, des requérants contestent des directives du ministre, pour défaut d'audition. Le gouvernement, pour sa part, prétend que la Commission n'est pas compétente pour examiner en appel des directives du ministre. La Commission décide suivant cette prétention et les requérants demandent maintenant à la Cour d'appel

⁶⁵ *Agiri c. M.m.i.*, [1974] C.F. 291.

^{65A} Dans le contexte procédural simplifié du Judicial Review Procedure Act, S.O., 1971, c. 48, art. 6(4), voir, par exemple, *Re Armstrong Commercial Investigators and Turner* (1976), 60 D.L.R. (3d) 212 (Ont. H.C., D.C.), à la p. 216 (le juge Reid, pour la Cour).

⁶⁶ *Re Loi anti-dumping et re Danmor Shoe*, [1974] C.F. 22.

⁶⁷ Loi sur les douanes, S.R.C., 1970, c. C-40; Loi anti-dumping, *supra*, note 3.

⁶⁸ *Ibid.*, arts 40 et 11, respectivement.

⁶⁹ *Ibid.*, arts 47 et 19, respectivement.

fédérale de contrôler cette décision relative à la compétence en utilisant les pouvoirs que lui donne l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale.⁷⁰ Ces circonstances furent pour le juge en chef Jackett l'occasion d'énoncer formellement la théorie des décisions qui n'en sont pas parce que préliminaires.

Selon le juge Jackett, la Commission devait répondre à la question de compétence qui lui était posée. Mais à ce stade préliminaire, cette "réponse" n'a aucun effet juridique. Il ne faut pas confondre un tel geste avec une décision dont l'objet relève de la compétence de la Commission. Lorsque la Commission "prend position" sur sa compétence, elle ne décide rien en droit. Il ne s'agit donc pas là d'une décision contrôlable par l'entremise de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale.⁷¹

Le juge Jackett assortit par ailleurs son jugement d'un "appendice" qui permet de mieux saisir la portée de ses motifs. Les articles 18 et 28 de la Loi sur la Cour fédérale, explique-t-il, veulent fournir un contrôle judiciaire des autorités administratives qui soit rapide et efficace. En conséquence il est préférable, selon lui, que ce contrôle ne s'exerce qu'après qu'il aura été disposé de façon définitive de la question de fond soumise, quitte à ce que des démarches longues et coûteuses, dans certains cas, s'avèrent après coup inutiles.⁷²

La position du juge Jackett n'est pas sans intérêt. Elle n'est toutefois que l'expression d'un choix politique qu'il serait bien difficile de déduire des mots de la Loi sur la Cour fédérale.⁷³ Son motif de base veut qu'une autorité administrative, en décidant de sa compétence, n'exerce pas sa compétence. Rien n'est plus douteux. Il semble plutôt acquis, au contraire, que les différentes autorités soumises au contrôle judiciaire sont compétentes pour juger de leur compétence.⁷⁴ C'est justement la raison pour laquelle

⁷⁰ *Supra*, note 2.

⁷¹ *Supra*, note 66, aux pp. 29 et 31. Voir par contre l'arrêt antérieur également rendu par le juge Jackett au nom de la Cour d'appel fédérale dans *Ville de Montréal c. C.C.T.*, [1972] C.F. 1287, à la p. 1300.

⁷² *Ibid.*, aux pp. 34 et 35.

⁷³ Surtout si l'on tient compte de ce que l'art. 28(1) parle "... d'une décision ou ordonnance... rendue... à l'occasion de procédures..." Par ailleurs, l'art. 28(4) semble donner aux autorités administratives le pouvoir de soumettre toute question interlocutoire à la Cour d'appel fédérale.

⁷⁴ *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*, [1970] C.A. 413 (par le juge Montgomery pour la Cour), [1973] R.C.S. 681, à la p. 685 (par le juge en chef Fauteux, pour la Cour, bien qu'en *obiter* dans ce cas).

le contrôle pour excès de compétence ne peut avoir lieu avant que l'autorité inférieure n'ait d'abord décidé de sa propre compétence.⁷⁵ La question n'en est pas une de pure convenance chronologique: l'autorité inférieure ne peut être empêchée de décider de sa compétence, pour la bonne raison qu'elle a la compétence de prendre une telle décision. Sauf peut-être, suivant la Cour suprême, dans le cas d'une incompétence découlant manifestement des faits.⁷⁶

Dans l'affaire *Danmor Shoe*, la Cour d'appel fédérale défend en fait un point de vue en matière d'administration judiciaire. A la manière d'un législateur! Point de vue qui se traduit finalement en termes de pure procédure. Car les requérants auraient peut-être atteint leur but s'ils avaient eu recours à l'article 18 plutôt qu'à l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale.⁷⁷ Dans cette hypothèse, la Division de première instance de la Cour fédérale se serait au moins demandé s'il n'y avait pas lieu, dans les circonstances, de forcer par *mandamus* la Commission à exercer la compétence qu'elle estimait ne pas posséder. De nombreux arrêts démontrent que le *mandamus* est disponible pour forcer une autorité administrative à exercer des compétences qu'elle prétend ne pas posséder.⁷⁸ Ce qui est normal, puisqu'il n'est pas toujours possible, malgré ce que laisse entendre le juge Jaccett,⁷⁹ que le refus d'exercer une compétence puisse faire l'objet d'un contrôle à un stade ultérieur. La décision négative, en la matière, a souvent une portée définitive.

La Cour d'appel fédérale s'est par la suite montrée fidèle à elle-même dans une affaire mettant en cause la Commission canadienne des transports. Invitée à trancher une question préliminaire, celle-ci avait refusé de se prononcer. La Cour d'appel

⁷⁵ *Montréal c. Cour provinciale et Alcantara*, [1975] C.A. 147, à la p. 150 (par le juge Lajoie pour la Cour); *Bell c. Ontario Human Rights Commission* (1970), 11 D.L.R. (3d) 658, à la p. 665 (par le juge Laskin pour la Cour d'appel d'Ontario).

⁷⁶ *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756, à la p. 775 (par le juge Martland, pour cinq juges sur sept): il est loin d'être clair, à nos yeux, que l'incompétence découlait manifestement des faits dans ce cas.

⁷⁷ *Supra*, note 2.

⁷⁸ *Cheyenne Realty c. Thompson*, [1975] 1 R.C.S. 87; *Association internationale des commis de détail c. C.R.T.*, [1971] R.C.S. 1043; *C.R.T.Q. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie*, [1969] R.C.S. 466; *Metropolitan Life c. I.U.O.E.*, [1970] R.C.S. 425.

⁷⁹ *Supra*, note 72.

fédérale a considéré que ce refus n'était pas une décision sujette à examen judiciaire en vertu de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale.⁸⁰ Elle a également considéré que ce refus n'était pas une décision dont on peut en appeler en vertu de la disposition législative qui prévoit l'appel des décisions de la Commission à la Cour d'appel fédérale.⁸¹ Il était conforme à la logique interne de considérer de la même façon le contrôle par voie d'appel et le contrôle en vertu de l'article 28.

Lorsque la décision administrative, dont on souhaite le contrôle, consiste par contre en une reconnaissance de compétence, il est davantage normal de considérer que celle-ci n'est pas une véritable décision, qu'il importe d'assujettir au contrôle judiciaire. Cette décision préliminaire sera nécessairement suivie d'une décision définitive qui la corrigera ou dont le contrôle en emportera la révision. La Cour d'appel fédérale n'a donc pas eu de mal à suivre sa logique dans ce contexte. Dans *B.C. Packers*, elle a jugé que la décision de la Commission canadienne des relations de travail, décision de se reconnaître une compétence constitutionnelle, n'était pas une véritable décision, sujette au contrôle judiciaire par le biais de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale.⁸² Ironie du sort, le requérant avait d'abord demandé l'émission d'un bref de prohibition à la Division de première instance en vertu de l'article 18. Il s'est adressé à la Division d'appel en vertu de l'article 28, après que la Commission canadienne des relations de travail eut formellement décidé qu'elle possédait la compétence qu'on lui contestait.

Cet arrêt *B.C. Packers* illustre un peu jusqu'à quel point la Cour fédérale s'est enfoncée dans des conflits internes de pure procédure. Le requérant, dans un troisième temps, a fini par obtenir de la Division de première instance l'émission d'un bref de prohibition.⁸³ Et l'affaire est maintenant portée en appel devant la Division d'appel.^{83A}

⁸⁰ *Société de droit d'intérêt public c. C.C.T.*, [1974] C.F. 324, note 2.

⁸¹ *Société de droit d'intérêt public c. C.C.T.*, *ibid.* Loi nationale sur les transports, S.R.C., 1970, c. N-17, art. 64(2).

⁸² *B.C. Packers c. C.C.R.T.*, [1973] C.F. 1194 (le juge Thurlow pour la Cour). Voir également *Re German and Law Society of Alberta* (1974), 45 D.L.R. (3d) 535 (Alta S.C., App. D), à la p. 543 (le juge Kane, pour la Cour), où on a considéré que la décision reconnaissant la compétence était une décision de nature générale et non une décision de portée particulière.

⁸³ *B.C. Packers c. C.C.R.T.*, [1974] 2 C.F. 913.

^{83A} La Cour d'appel a depuis lors rendu sa décision: [1976] 1 C.F. 375.

Les décisions administratives relatives à l'existence d'une compétence ne sont pas considérées par la Cour d'appel fédérale comme de véritables décisions, auxquelles s'appliquent la procédure d'examen judiciaire prévue à l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale. Aucune différence n'est faite entre la décision qui décline la compétence et celle qui reconnaît cette compétence, même si la première a souvent un effet définitif que la seconde n'a pas. Les mauvais effets de cette attitude peuvent cependant être évités grâce aux brefs de *mandamus* et de prohibition disponibles auprès de la Division de première instance en vertu de l'article 18. Ces brefs ayant pour objet de forcer ou d'empêcher l'exercice d'une compétence, ils assurent indirectement le contrôle judiciaire des décisions préliminaires relatives à l'existence de cette compétence. Il reste que ce partage de tâches entre les deux divisions de la Cour fédérale engendre des décisions de pure procédure et des détours difficilement admissibles. Il vaudrait mieux, à ce chapitre, que des compétences administratives, et non des mécanismes procéduraux, soient partagées entre les deux divisions, que le contrôle ait lieu avant ou après l'exercice de ces compétences administratives.

IV. *Les décisions incidentes.*

Il arrive fréquemment qu'au cours d'une instance une autorité administrative habilitée à prendre une décision définitive soit appelée à décider incidemment de l'admissibilité de preuves ou, d'une façon plus générale, de la façon de procéder pour parvenir à une conclusion. Sans être définitives, ces décisions ont une portée permanente due à l'effet qu'elles sont appelées à produire sur la décision définitive.

Suivant la Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, il n'y a appel d'une ordonnance d'expulsion que dans certains cas, dont celui où la personne faisant l'objet d'une ordonnance prétend être un réfugié protégé par la Convention des Nations-Unies sur les réfugiés. Dans un tel cas, l'appelant produit une déclaration assermentée énonçant les faits sur lesquels il fonde son appel. Un quorum de la Commission examine cette déclaration et, "en se fondant sur cet examen", permet l'appel s'il existe des motifs raisonnables de croire au succès du recours.⁸⁴ Sur réception de l'avis d'appel d'un certain Cylien, la Commission émet une ordonnance réclamant le dossier de l'enquête ayant abouti à l'ordonnance d'expulsion de Cylien. En conséquence, le procureur général

⁸⁴ *Supra*, note 49, art. 11, tel que modifié par S.C. 1973, c. 27.

demande à la Cour d'appel fédérale d'annuler l'ordonnance de la Commission: cette dernière ne devait décider qu'à partir de la déclaration de Cylien.⁸⁵ Au nom de la Cour, le juge en chef Jackett a considéré que la Commission n'avait ni le pouvoir ni la compétence de décider de l'admissibilité en preuve du dossier d'expulsion. Partant, la Commission ne se faisait à cet égard qu'une opinion qui n'avait aucun effet juridique et qui n'était pas une décision sujette à contrôle judiciaire.⁸⁶

Dans l'affaire *Danmor Shoe*, dont il a déjà été question,⁸⁷ les requérants contestèrent aussi des décisions qu'avait prises la Commission des tarifs d'admettre certaines preuves. Le juge en chef Jackett, au nom de la Cour d'appel fédérale, assimila le cas de ces décisions incidentes à celui de la décision préliminaire relative à l'existence d'une compétence:⁸⁸ ni l'une ni les autres n'étaient de véritables décisions, susceptibles de contrôle.

Dans l'affaire *Voyageur*, le juge Pratte, également au nom de la Cour d'appel fédérale, a considéré que la décision de la Commission canadienne des relations ouvrières, d'ordonner un scrutin de représentativité avant de décider d'accréditer un syndicat, n'avait pas les attributs d'une décision sujette à contrôle, même pour excès de juridiction.⁸⁹

Il reste à voir si des décisions incidentes de cette nature ne pourraient être contrôlées par l'entremise d'un bref de *certiorari* disponible auprès de la Division de première instance en vertu de l'article 18 de la Loi sur la Cour fédérale. Le cas s'est produit dans l'affaire *Union Gas*, où l'on a demandé, par voie de *certiorari*, l'annulation d'une décision de l'Office national de l'énergie ayant pour effet de restreindre la portée de l'enquête prévue par la loi dans un tel cas.⁹⁰ Plus précisément, l'Office avait établi la portée du débat, indiqué les considérations pertinentes et fixé l'ordre des interrogatoires et contre-interrogatoires. Le juge Mahoney a considéré que le bref de *certiorari* n'était pas disponible, parce qu'il s'agissait d'une décision incidente et non d'une décision définitive.⁹¹

⁸⁵ *P.g. Canada c. Cylien*, [1973] C.F. 1166.

⁸⁶ *Ibid.*, à la p. 1176.

⁸⁷ *Supra*, note 66.

⁸⁸ *Ibid.*, à la p. 30.

⁸⁹ *Voyageur Inc. c. Syndicat des chauffeurs de Voyageur Inc.*, [1975] C.F. 533.

⁹⁰ *Union Gas c. Trans-Canada Pipelines*, *supra*, note 48. Loi sur l'Office de l'énergie, S.R.C., 1970, c. N-6, art. 44.

⁹¹ *Ibid.*, à la p. 324.

Il a précisé, se référant à l'arrêt *Danmor Shoe*,⁹² que ce qui valait pour l'examen judiciaire de l'article 28 valait *mutatis mutandis* pour le *certiorari* de l'article 18.

C'est donc dire que si les décisions incidentes des autorités administratives n'ont pas les attributs requis pour subir l'examen judiciaire de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale, c'est qu'elles ne constituent pas de véritables décisions et qu'elles ne sont susceptibles d'aucun contrôle judiciaire. Cette situation n'a rien d'étonnant: ce qu'exige en principe le nouvel examen judiciaire de l'article 28 reprend en termes abstraits ce que la jurisprudence requiert pour l'émission du bref de *certiorari*.⁹³ La Cour d'appel fédérale a elle-même constaté que l'avènement de l'examen judiciaire suivant l'article 28 avait à toutes fins pratiques rendu inopérant le *certiorari* de l'article 18, étant donné la prépondérance de l'article 28 sur l'article 18.⁹⁴ Il ne faudrait quand même pas que cette erreur d'élaboration législative autorise la Cour fédérale et la Cour suprême à rejeter des requêtes pour des motifs de procédure, en laissant croire qu'existent ou qu'auraient existé des recours mieux appropriés.

Si logique qu'elle soit, cette jurisprudence n'est cependant pas parfaitement fixée. Dans l'arrêt *Millward*, la Division de première instance a considéré, de façon étonnante, que les décisions incidentes d'un comité d'appel de la fonction publique, de refuser qu'une enquête se fasse à huis-clos et de refuser un ajournement, pouvaient faire l'objet d'une ordonnance de *certiorari*.⁹⁵ Les fonctions de ce comité étaient reconnues de nature judiciaire et la décision de contrôler a été prise pour le motif qu'il ne s'agissait pas d'une décision ressortissant à la Division d'appel en vertu de l'article 28. Ces deux éléments contradictoires ne permettent pas

⁹² *Supra*, note 66.

⁹³ Au même effet, dans un contexte différent, voir: *Re Nicholson*, [1975] C.F. 478.

⁹⁴ Voir *Blais c. Basford*, [1972] C.F. 151; *Armstrong c. Wisconsin*, *supra*, note 30; *M.r.n. c. Creative Shoes*, [1973] C.F. 993. Par la négative, la Division de première instance a formulé le même état de droit dans les arrêts *Mahaffey* et *Sadique*, *supra*, notes 47 et 36 respectivement.

⁹⁵ *Millward c. Commission de la fonction publique*, [1974] 2 C.F. 530: l'ordonnance de *certiorari* a été en l'occurrence refusée par le juge Cattanaach. Voir par ailleurs *P.g. Man. c. O.N.E.*, [1974] 2 C.F. 502, où une ordonnance de prohibition a été émise dans des circonstances semblables. Le juge Cattanaach y a dit s'abstenir d'émettre les ordonnances de *certiorari* et de *mandamus* qui avaient été aussi réclamées, sans donner d'explications. Voir *infra*, note 98. Voir également, *Royal American Shows c. M.r.n.* [1976] 1 C.F. 269.

d'espérer une longue vie pour cette jurisprudence qui permettrait toutefois un contrôle des décisions incidentes des autorités administratives.

Cet arrêt *Millward* fait figure d'exception et il semble bien qu'il faille conclure d'une façon générale, de cette jurisprudence récente de la Cour fédérale, que les décisions incidentes des autorités administratives échappent à tout contrôle judiciaire.⁹⁶ Ces décisions ont pourtant des conséquences permanentes: elles sont susceptibles de conditionner sérieusement la décision définitive qu'elles préparent. Une attitude moins dogmatique des tribunaux à leur égard pourrait au moins empêcher que des processus administratifs manifestement illégaux ne conduisent irrémédiablement vers des décisions définitives également illégales. Dans certains cas, de longs et douloureux retours en arrière pourraient être ainsi évités. Les décisions incidentes des autorités administratives sont en fait de poids variables.

Conclusion

Il faut reconnaître que le contrôle des décisions interlocutoires des autorités administratives n'est pas, d'une façon générale, une tâche populaire auprès des tribunaux. Il l'est encore moins auprès de la Cour fédérale en particulier. La plupart du temps, ces "décisions" sont perçues comme des actes administratifs pré-décisionnels et non comme de véritables décisions particulières sujettes à contrôle judiciaire. C'est là la réalité que cache souvent l'usage d'une

⁹⁶ Voir dans le même sens, en jurisprudence québécoise: *National Cablevision c. Régie des services publics*, [1975] C.A. 335. Dans cette affaire, la Régie avait convoqué des requérants à une sorte d'enquête préalable, en vertu de règlements de validité douteuse. Au nom de la Cour et d'une majorité, les juges Casey et Montgomery, respectivement, ont considéré que la décision de convoquer cette enquête n'était pas une décision susceptible d'être contrôlée par voie d'évocation. Ce qui revient à dire qu'une telle décision incidente n'est pas une véritable décision et qu'elle n'est par conséquent susceptible d'aucun contrôle judiciaire. Car la Cour d'appel du Québec considère que l'évocation (C.p.c., art. 846) est le seul moyen de contrôler les décisions administratives de nature particulière, tout comme la Loi sur la Cour fédérale réserve ce contrôle à la seule procédure d'examen de l'art. 28 de cette loi. Voir *Jolicoeur c. Québec*, [1974] C.A. 293; *Trois-Rivières c. Brière*, [1974] C.A. 82; *Séminaire St-François de Cap-Rouge c. Yaccarini*, [1973] C.A. 713.

Une décision récente de l'Ontario fournit un exemple en sens inverse, dans le contexte un peu particulier d'une enquête de coroner: *Re Brown and Patterson* (1975), 53 D.L.R. (3d) 64 (H.C., D.C.), à la p. 67 (le juge Henry, pour la Cour). Le coroner avait en l'occurrence décidé que des détenus ne seraient pas admis à témoigner à l'enquête faisant suite au suicide d'un co-détenu.

terminologie procédurale. La jurisprudence récente de la Cour fédérale permet d'énoncer quelques conclusions plus précises.

Les tribunaux refusent de contrôler les décisions temporaires ou provisoires des autorités administratives. Même lorsque le temporaire s'avère en l'occurrence fort vivace. Ce que peut requérir l'urgence d'une situation n'est pas pris en considération, même si là réside la raison d'être de l'existence des décisions temporaires. Il en est également ainsi dans les cas où des décisions provisoires se mutent en décisions définitives par l'effet du temps.

Les tribunaux ont aussi tendance à refuser de contrôler la validité des mesures conservatoires que peuvent être invitées à prendre les autorités administratives. Sauf semble-t-il lorsque de telles décisions ont pour objet l'emprisonnement d'individus.⁹⁷ L'évaluation limitative des besoins de l'urgence n'apparaît pas entrer en ligne de compte ici non plus.

La jurisprudence récente relative au contrôle des décisions préliminaires qui ont pour objet l'exercice d'une compétence administrative est pour sa part contradictoire. De façon majoritaire, elle semble établir qu'il soit possible d'obtenir le contrôle de celles parmi ces décisions qui expriment un refus d'exercice de compétence ou la volonté d'en empêcher l'exercice. Tout comme elle semble établir, majoritairement, que les décisions assurant l'exercice de la compétence ne sont pas objets de contrôle. Cette distinction sensée n'est toutefois pas retenue dans le cas pourtant similaire des décisions préliminaires relatives à l'existence d'une compétence. Les brefs de *mandamus* et de prohibition permettent toutefois un contrôle indirect de ces dernières, comme ils peuvent permettre, dans certains cas, le contrôle des décisions relatives à l'exercice d'une compétence.

Enfin, les décisions simplement incidentes des autorités administratives échappent pour leur part à tout contrôle judiciaire, malgré les effets permanents qu'elles peuvent avoir dans plusieurs cas. Les tribunaux ne cherchent pas à faire de distinctions entre ces décisions incidentes, à partir des conséquences que celles-ci auront vraisemblablement sur les décisions définitives qu'elles préparent. Deux décisions de la Division de première instance de la Cour fédérale font toutefois exception à cette règle.⁹⁸

⁹⁷ *Supra*, note 30.

⁹⁸ *Supra*, note 95. Ces deux décisions du juge Cattanach sont intéressantes mais ont des fondements précaires. Nous ne voyons pas comment le *certiorari* de l'art. 18 peut être disponible quand l'examen suivant l'art. 28 ne l'est pas. Voir *supra*, notes 90, 93, 94. Quant au bref de prohibition, il ne pourrait avoir pour objet que la décision définitive à venir, et non la

Quant au fond, la jurisprudence récente en matière de contrôle judiciaire des décisions interlocutoires des autorités administratives manque de souplesse. À l'intérieur des différentes catégories de décisions, les tribunaux se refusent à faire des distinctions à partir du but et des effets de ces décisions. De longs détours, et même parfois le déni de justice, résultent de cette rigidité. Du point de vue de la forme, cette jurisprudence est pudibonde: elle abuse du paravent que lui fournit le jargon procédural, pour éviter d'avoir parfois à dire au justiciable qu'il n'a aucun recours.

Dans le cas particulier de la Cour fédérale, cette situation se double d'un imbroglio procédural déplorable. La Cour fédérale semble davantage préoccupée de sauver une certaine politique administrative que de rendre justice. Un peu comme s'il s'agissait de sa propre politique. Dans l'affaire des *Amputés de guerre*, le juge en chef Jackett nous dit qu'il sera toujours temps de définir le mot "décision" de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale lorsqu'on se sera davantage familiarisé avec le mécanisme de cet article.⁹⁹ D'accord! Mais à la condition que des erreurs d'élaboration législative ne nous empêchent pas d'y jamais parvenir. La présence apparemment futile du *certiorari* à l'article 18¹⁰⁰ permet que les décisions de fond puissent être exprimées en termes purement procéduraux. Le fait que l'article 28 ne vise que des décisions déjà prises entraîne par ailleurs de nombreuses décisions de pure procédure. En ce qui regarde le contrôle des décisions interlocutoires des autorités administratives, il est finalement surtout question de procédure en Cour fédérale: tout, ou presque, s'y exprime en termes de mécanismes procéduraux.

Si l'on tient à un partage du contrôle judiciaire entre deux cours, il vaudrait mieux partager des compétences administratives

décision incidente déjà prise. Pour l'obtenir, il faudrait donc, normalement, convaincre la Cour que l'erreur de fond ou de forme commise lorsque la décision incidente a été prise est telle qu'elle enlève à l'autorité administrative sa compétence pour prendre une décision définitive en l'espèce. Qu'il s'agisse de décisions provisoires, conservatoires, incidentes, ou même de décisions préliminaires relatives à l'exercice d'une compétence, cette démonstration apparaît généralement très difficile, sinon inutile, à faire. Il n'y a que dans le cas des décisions préliminaires relatives à l'existence de la compétence que le débat n'a qu'une portée procédurale, les brefs de prohibition et de *mandamus* permettant alors le contrôle indirect de la décision interlocutoire erronée. Pour une illustration de cette situation, voir *Wardair c. C.C.T.*, [1973] C.F. 597, aux pp. 602 et 603 (le juge Walsh).

⁹⁹ *Amputés de guerre c. Conseil de révision des pensions*, [1975] C.F. 447, à la p. 450.

¹⁰⁰ Sauf peut-être dans le cadre de l'art. 28(6) de la Loi sur la Cour fédérale, *supra*, note 2.

que des mécanismes procéduraux. Nous ne sommes pas sûr que ce partage soit nécessaire. Ni d'ailleurs le maintien de la distinction traditionnelle entre les différents mécanismes de contrôle, ailleurs que dans les conclusions des requêtes. Mais il serait certainement plus clair de dire que le contrôle des décisions interlocutoires des autorités administratives relève d'une cour et non de l'autre, ou que ce contrôle n'existe pas du tout.

Et s'il était dit que ce contrôle existe et relève au fédéral d'une cour en particulier, une jurisprudence inédite au pays pourrait peut-être s'y développer, jurisprudence alors nuancée relativement au fond de la question et non quant à la procédure. Il ne s'agit pas que toutes les décisions interlocutoires des autorités administratives puissent être contrôlées judiciairement. Il s'agit seulement que le but et l'effet véritable de ces différentes décisions soient pris en considération avant qu'il ne soit répondu à la question préliminaire du droit au contrôle.

A cette fin, ne suffirait-il pas de dire, simplement, que le contrôle des actes des autorités administratives fédérales relève exclusivement de la Division de première instance, et que le contrôle des décisions particulières et définitives de ces autorités relève exclusivement de la Division d'appel. Cette approche synthétique des choses permettrait peut-être que le droit du contrôle judiciaire de l'administration finisse par se déduire de la nature et des conséquences réelles des différentes sortes d'actes administratifs au lieu de s'édifier sur des convenances procédurales. Une simplification qui ramènerait le débat sur le fond des choses aurait d'ailleurs des effets bénéfiques sur les aspects du contrôle de l'administration autres que celui des décisions interlocutoires qui nous a retenu ici.¹⁰¹

¹⁰¹ Voir N. Vallières et D. Lemieux, *La compétence de la Cour fédérale du Canada comme organisme bidivisionnel de contrôle de la légalité de l'activité administrative* (1976), 17 C. de D., n° 2. N. M. Fera, *Judicial Review Under Sections 18 and 28 of the Federal Court Act* (1975), 21 McGill L.J. 255. H. Brun, *La mort de la "discrétion administrative"* (1974), 52 R. du B. Can. 426 et *La "discrétion administrative" a la vie dure* (1975), 16 C. de D. 723.