

LE CONTRÔLE JUDICIAIRE : DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS ET CHANGEMENTS PRÉVISIBLES

Michel Bastarache*

L'auteur analyse la jurisprudence récente touchant l'approche pragmatique et fonctionnelle en matière de contrôle judiciaire, de même que son extension aux décisions ministérielles, et examine le pour et le contre de la suggestion de modifier les normes de contrôle.

The author reviews recent cases dealing with pragmatic and functional analysis in judicial review, discusses the extension of its application to ministerial decisions, and examines the arguments that have been advanced in favour of bringing changes to the various standards of review.

Le changement le plus marquant des vingt-cinq dernières années au chapitre du rôle de la Cour suprême réside dans l'étendue croissante du contrôle judiciaire. Cette évolution résulte d'une part du contrôle constitutionnel des textes législatifs et de l'action gouvernementale, et d'autre part de la multiplication des organismes de réglementation dont l'activité fait l'objet d'une surveillance de la part de la cour. En fait, comme l'a observé David Mullan, c'est dans la sphère d'activité de ces organismes qu'ont lieu la plupart des interactions entre les citoyens et la loi, et leur éventuelle participation au système juridique¹. Les gens s'attendent maintenant non seulement à ce que les procédures en question soient soumises à un contrôle, mais à ce que les décisions rendues dans ce cadre soient équitables.

Je voudrais examiner certains développements récents touchant l'approche pragmatique et fonctionnelle ainsi que les normes de contrôle connexes. Je parlerai également de la direction que devrait emprunter le contrôle judiciaire selon quelques observateurs perspicaces. Il est utile de revenir brièvement sur les expériences passées de la cour pour mieux comprendre les défis qui se présentent à elle et baliser l'évolution future du contrôle judiciaire.

Évolution

La Cour suprême a longtemps exercé une surveillance active de l'action des tribunaux administratifs et organismes de réglementation. Le

* Juge à la Cour suprême du Canada.

¹ D. Mullan, *Administrative Law*, Toronto, Irwin Law, 2001, p. 538.

législateur, voyant souvent là un activisme judiciaire condamnable, s'est efforcé de mettre les tribunaux administratifs à l'abri de telles interventions. Pour réduire et parfois éliminer le contrôle judiciaire de l'action administrative, il a ajouté des clauses privatives aux régimes législatifs instituant les tribunaux et organismes et leur conférant des pouvoirs. Mais ces dispositions n'ont pas eu l'effet escompté. Le contrôle judiciaire fondé sur la notion de compétence était en effet à l'honneur. La cour a jugé qu'elle avait droit d'intervenir lorsqu'un tribunal administratif rendait une décision hors du champ de compétence déterminé par sa loi constitutive². Les décisions sur des questions touchant la compétence étaient ainsi susceptibles de contrôle judiciaire.

L'approche de la compétence ou de la question préliminaire a été remise en question par la cour dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*³. Le juge Dickson a expliqué que la classification et la catégorisation posaient maintes difficultés parce qu'il «est souvent très difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence»⁴. Et puis, le fait de qualifier une décision de «relative à la compétence», qui permettait un contrôle selon la norme de la décision correcte, empêchait souvent la prise en compte de l'expertise du tribunal administratif moderne.

Dans l'arrêt *Union des employés de service, local 298 c. Bibeault*, la cour a voulu imposer une analyse fondée sur l'objet visé à la place de l'analyse formaliste de la doctrine de la condition préalable⁵. Selon les explications du juge Beetz, l'analyse pragmatique et fonctionnelle obligeait la cour à considérer le libellé et l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être du tribunal, le domaine d'expertise de ses membres et la nature du problème qui lui est soumis⁶.

L'étape la plus récente de l'évolution du contrôle judiciaire de l'action administrative est l'instauration de la norme de la décision raisonnable *simpliciter* dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*⁷. Cette norme se situe entre celles de la décision correcte et de la décision manifestement déraisonnable. Comme l'a expliqué le juge Iacobucci, «[e]st déraisonnable la décision qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé»⁸. La

² *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147 p. 154 (H.L.).

³ [1979] 2 R.C.S. 227.

⁴ *Ibid.* p. 233.

⁵ [1988] 2 R.C.S. 1048.

⁶ *Ibid.* p. 1088.

⁷ [1997] 1 R.C.S. 748.

⁸ *Ibid.* p. 776.

troisième norme de contrôle judiciaire, a-t-il précisé, permet la souplesse exigée par l'adoption de l'approche pragmatique et fonctionnelle, elle en était une inévitable conséquence⁹.

La cour a renforcé l'approche pragmatique et fonctionnelle au moyen de trois normes de contrôle concomitantes dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁰. Les quatre éléments de l'approche pragmatique et fonctionnelle sont l'absence ou la présence d'une clause privative, l'expertise du tribunal, l'objet de la disposition en cause ou de la loi dans son ensemble et la nature de la question dont est saisi le tribunal¹¹. L'analyse de ces facteurs permettrait de déterminer la norme selon laquelle la décision du tribunal ferait l'objet d'un contrôle : décision correcte, décision raisonnable *simpliciter* ou décision manifestement déraisonnable. En résumé, l'approche actuelle a entraîné un degré de nuance qui répond bien à la complexité des tribunaux administratifs modernes et des particularités de chacun.

Développements récents

La cour a récemment raffiné sa façon d'aborder le contrôle judiciaire. J'aimerais parler de trois aspects de la jurisprudence de la cour. D'abord, l'application de l'approche pragmatique et fonctionnelle à l'examen de pouvoirs discrétionnaires ministériels, qui a eu à mon avis une incidence positive sur le contrôle judiciaire. Ensuite, la clarification des normes de contrôle, et plus spécifiquement des critères servant à déterminer ce qui constitue une décision manifestement déraisonnable. Enfin, le degré de déférence ou de retenue qui s'impose à l'égard des interprétations de la loi émanant de tribunaux administratifs. Je traiterai notamment du récent arrêt de la cour dans l'affaire *Barrie Public Utilities*, ci-après¹². Mais auparavant, je voudrais faire une observation au sujet de la pratique du droit public au Québec.

On présume souvent que le droit public est homogène d'un bout à l'autre du Canada. Or, à l'instar de Robert Leckey, je ne suis pas de cet avis¹³. En fait, plusieurs juristes québécois diraient que le droit administratif est, plus que tout autre chose, «d'inspiration anglaise». Les différences deviennent toutes apparentes à la lecture de l'ouvrage récent de la professeure Suzanne Comtois sur l'approche pragmatique et

⁹ F. Iacobucci, «Articulating a Rational Standard of Review Doctrine: A Tribute to John Willis» (2002) 27 *Queen's L.J.* 859 p. 872.

¹⁰ [1998] 1 *R.C.S.* 982.

¹¹ *Ibid.* p. 1005-1012.

¹² *Infra* note 45.

¹³ R. Leckey, «Territoriality in Canadian Administrative Law» (2004) 55 *U.T.L.J.* 327.

fonctionnelle, à l'origine de l'article de Leckey¹⁴. On y constate l'existence d'un degré notable de territorialité en droit administratif dans les structures institutionnelles et légales du droit administratif au Québec. Particulièrement remarquable est l'existence du Tribunal administratif du Québec (TAQ), qui est constitué de juristes et de non-juristes, et doté de multiples champs d'expertise, ainsi que de pouvoirs plus importants que les cours municipales ou la Cour du Québec (il est question ici de l'importance de ces pouvoirs dans le contexte de l'État administratif; l'appréciation est qualitative plutôt que quantitative). La territorialité est également visible dans des distinctions de fond guère présentes ailleurs au Canada, comme celle entre les actes quasi judiciaires et les actes administratifs¹⁵. Et, bien sûr, les sources du droit administratif sont différentes au Québec, sur le plan de la doctrine comme de la jurisprudence¹⁶. Tout cela pour souligner que certaines nuances s'imposent lorsque l'on parle de l'évolution du contrôle judiciaire au Canada.

A. *Pouvoirs discrétionnaires ministériels*

La décision de la cour dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* marque sous bien des rapports un point tournant¹⁷. Un changement essentiel consiste dans l'utilisation de l'approche pragmatique et fonctionnelle pour le contrôle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré à un ministre. Cette approche a des conséquences sur les éléments de l'exercice du pouvoir discrétionnaire touchant à la fois la procédure et le fond. La cour, appliquant les quatre facteurs, est parvenue à la norme de la décision raisonnable.

L'arrêt *Baker* n'a ni cautionné ni entraîné une plus grande intervention judiciaire dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires ministériels. À bien des égards, en fait, cette décision repose fermement sur les motifs traditionnels justifiant le contrôle de ces pouvoirs, notamment le contrôle motivé par la mauvaise foi ou l'absurdité, les erreurs justifiant l'annulation¹⁸, ainsi que la mesure répondant à un objectif inacceptable, la prise en compte d'éléments non pertinents, l'absence de prise en compte d'éléments pertinents, la décision à ce point déraisonnable qu'aucune autorité publique n'aurait jamais pu la rendre. Dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la cour a affirmé que

¹⁴ S. Comtois, *Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle : Précis du contrôle judiciaire des décisions de fond rendues par les organismes administratifs*, Cowansville, Yvon Blais, 2003.

¹⁵ Leckey, *supra* note 13 p. 333.

¹⁶ *Ibid.* p. 335.

¹⁷ [1999] 2 R.C.S. 817.

¹⁸ *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223 (CA); *Anisminic*, *supra* note 2.

l'arrêt *Baker* «n'a pas pour effet d'autoriser les tribunaux siégeant en révision de décisions de nature discrétionnaire à utiliser un nouveau processus d'évaluation», et n'a donc pas autorisé une intervention accrue à l'égard des pouvoirs discrétionnaires ministériels¹⁹.

L'application de l'approche pragmatique et fonctionnelle à l'égard de décisions discrétionnaires présente de nombreux avantages. Elle revêt de souplesse le contrôle des décisions discrétionnaires en établissant que le contrôle judiciaire de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne doit pas dans tous les cas être effectué selon une norme élevée de déférence ou de retenue – la norme ne sera ainsi pas la même selon que la décision a été prise par un ministre ou par un simple agent n'ayant aucune expertise en la matière. Par ailleurs, une approche uniforme relative au contrôle judiciaire de tous les acteurs administratifs exclut une dichotomie stricte entre les décisions discrétionnaires et les décisions non discrétionnaires. En fait, l'approche uniforme met en relief la mesure dans laquelle l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire est lui-même circonscrit par la loi et dans laquelle les interprétations de la loi supposent l'exercice d'un tel pouvoir. Ce qu'elle élimine, c'est l'idée que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et l'interprétation de la loi sont deux choses tout à fait distinctes, sans rapport entre elles²⁰. L'établissement de catégories entraîne des difficultés de classification et détourne de la véritable question soumise à la cour : la décision était-elle juste, sur le plan du fond comme celui de la procédure? C'est du reste la crainte du formalisme qui a conduit la cour à l'approche pragmatique et fonctionnelle²¹. Le degré d'intervention judiciaire dans les décisions ministérielles peut cependant poser un problème sérieux, je pense, si les tribunaux judiciaires délaissent les facteurs évidents et ne suscitent aucune controverse qui sont pertinents aux décisions, pour fonder leurs décisions sur des facteurs implicites mis au jour par une recherche dans les profondeurs de l'histoire législative. Tel était le fondement de ma dissidence dans l'arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*²². La majorité y a conclu au caractère manifestement déraisonnable de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ministériel au motif qu'il dérogeait à des facteurs implicites reconstitués et mis pleinement en lumière seulement pendant l'instruction du litige. À mon avis – et en posant que chaque octroi d'un pouvoir discrétionnaire comporte des limites – le juge chargé du contrôle judiciaire doit se demander quelles limites le décideur aurait raisonnablement pu prendre en considération.

¹⁹ [2002] 1 R.C.S. 3 p. 27.

²⁰ *Baker*, *supra* note 17 p. 854-55.

²¹ *Bibeault*, *supra* note 5 p. 1088.

²² [2003] 1 R.C.S. 539.

B. *Les normes de contrôle judiciaire*

Certains, au sein de la cour et dans les facultés de droit, ont reproché à la norme de la décision manifestement déraisonnable d'être dépourvue de paramètres suffisamment clairs pour pouvoir être aisément utilisée comme norme de contrôle – elle serait peut-être même inutile. Dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, les juges LeBel et Deschamps ont exploré, dans un jugement minoritaire concordant, les diverses définitions attribuées à la norme de la décision manifestement déraisonnable et l'interaction entre les trois normes de contrôle judiciaire²³. Selon eux, il existe deux catégories de définitions du caractère manifestement déraisonnable. La première met l'accent sur l'importance du défaut requis, la deuxième insiste sur le caractère flagrant ou évident du défaut. Bien que ces définitions soient combinées les unes aux autres en une seule et même question, les juges minoritaires soulignent qu'elles demeurent nébuleuses²⁴. À leur avis, cette façon de dresser des catégories pour définir la norme de la décision manifestement déraisonnable a battu en brèche non seulement l'application de cette norme, mais la distinction entre elle et les autres. En lisant leur jugement, on a le sentiment que des changements seraient bienvenus sur cette question.

Au sujet de l'interaction entre les normes de contrôle, les juges minoritaires signalent tout d'abord qu'il se produit encore souvent, dans la pratique, un glissement de la norme du manifestement déraisonnable à celle de la décision correcte, et ensuite qu'il s'avère parfois difficile de trouver une distinction véritable entre les deux normes de contrôle ressortissant à la notion de décision raisonnable²⁵. Je m'intéresserai au deuxième point. Selon l'opinion minoritaire, l'antériorité de la norme du manifestement déraisonnable par rapport à l'approche pragmatique et fonctionnelle, et surtout par rapport à la norme du raisonnable *simpliciter*, a donné lieu à un chevauchement des deux normes de contrôle. Ce chevauchement tient aussi au fait que chaque norme obéit au même principe directeur, soit la validité de plusieurs interprétations ou solutions d'un différend. Pour les juges minoritaires, il y a lieu de définir plus clairement l'étendue et la portée de chaque norme. Si cela est impossible, la cour devrait envisager l'adoption d'un système de contrôle judiciaire fondé sur deux normes, celle de la décision correcte et une norme unifiée de la décision raisonnable²⁶.

Je ferai quelques observations sur le pour et le contre de cette dernière suggestion concernant l'unification des normes. Bon nombre des

²³ [2003] 3 R.C.S. 77.

²⁴ *Supra* note 22 p. 615.

²⁵ *Supra* note 23 p. 130.

²⁶ *Ibid.* p. 134.

avantages sont décrits dans le jugement minoritaire : simplification de la démarche suivie pour le contrôle judiciaire, plus grande certitude dans l'application des normes, meilleure prévisibilité dans le contexte du droit administratif.

D'autres considérations donnent en revanche à penser, diront certains, que le moment serait mal choisi de modifier l'approche générale. Premièrement, il est probablement prématuré de remanier les normes de contrôle judiciaire. Nous sortons tout juste d'une période de changements rapides; une relative stabilité commence à peine à s'installer. Le système de la justice administrative – des tribunaux administratifs jusqu'aux juridictions de contrôle judiciaire – est une machine imposante dont il est difficile de modifier le cours, et beaucoup doutent que des changements puissent être assimilés instantanément. La méthode de la *common law* nécessite du temps, et il faut certainement du temps pour que les décisions viennent à la connaissance des juges et des praticiens. Deuxièmement, rien n'indique que l'application de la jurisprudence de la Cour suprême dans ce domaine pose des difficultés particulières aux tribunaux inférieurs. À cet égard, il faut relever l'existence d'une intéressante étude portant sur 275 décisions dans lesquelles a été appliquée la jurisprudence pragmatique et fonctionnelle de la cour²⁷. Les auteurs de l'étude ont constaté que, si l'évolution des règles relatives au contrôle sur le fond est jugée difficile à suivre, leur application révèle que le travail de savant calibrage demandé par la Cour suprême est en général accompli, même si dans bien des cas on explique très peu le choix de telle ou telle norme de contrôle. Une tendance au formalisme persiste – en particulier lorsque certains paraissent incapables de résister à l'importance centrale de la notion de compétence dans la réflexion judiciaire. Mais la théorie unifiée de la Cour suprême a tout de même été appliquée dans 80 % des décisions²⁸. La plupart des exceptions concernent des cas où la cour, devant statuer sur des conclusions relatives à une pure question de droit, a jugé inutile le recours à l'approche pragmatique et fonctionnelle. Parfois, le modèle de la question de compétence refait surface, ce qui témoigne d'une mauvaise compréhension des enseignements de l'arrêt *Pushpanathan*. À ce propos, il y a lieu de souligner que, si d'après *Pushpanathan*, les termes «juridictionnel» ou «qui touche la compétence» («*jurisdictional*») décrivent simplement une disposition à l'égard de laquelle la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte, au Québec on se fonde toujours sur eux dans une large mesure. L'ouvrage de la professeure Comtois en est un exemple. Force m'est d'avouer, toutefois, que notre cour n'a pas fait preuve d'une parfaite cohérence dans sa façon d'aborder le problème dans l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

²⁷ W. Lahey et D. Ginn, «After the Revolution: Being Pragmatic and Functional in Canada's Trial Courts and Courts of Appeal» (2002) 25 Dal. L. J. 259.

²⁸ *Ibid.* p. 271.

l'Immigration)²⁹, et que la tentative de Comtois pour concilier les décisions *Pushpanathan*, et *Chieu*, sous ce rapport est partant compréhensible³⁰. Comtois soutient qu'une disposition juridictionnelle n'a pas nécessairement pour effet d'exclure l'application des quatre facteurs énoncés dans *Pushpanathan*, et de conduire la cour à l'application de la norme de la décision correcte³¹. Comme l'indique Leckey, il peut souvent arriver, après tout, que la déférence soit justifiée à l'égard de l'interprétation, par un tribunal administratif, des pouvoirs attribués par sa loi constitutive³².

Le problème le plus sérieux, semble-t-il, réside cependant dans la tendance à appliquer la norme de la décision correcte à toutes les questions de droit. Un problème connexe consiste à renoncer, devant des clauses privatives, à l'approche consistant à déterminer si une question de compétence ou juridictionnelle est soulevée. La raison pour laquelle on adopte une autre approche à l'égard des clauses privatives, mis à part la difficulté de reconnaître une véritable question de compétence et le fait que ces clauses paraissent avoir été érigées en elles-mêmes au rang de symboles, comme l'indique Leckey, tient à l'obligation de la cour de protéger la primauté du droit³³. C'est le principe dominant. Le fond de la question, en fait, concerne l'efficacité de l'analyse pragmatique et fonctionnelle – il s'agit de savoir si elle a influé sur le résultat de l'appel ou du contrôle judiciaire. Lahey et Ginn arrivent à la conclusion suivante : [Traduction] «on observe aisément un degré élevé de cohérence sur le plan du langage, des concepts et des textes faisant autorité invoqués par les tribunaux inférieurs dans l'ensemble de l'échantillon de décisions rendues par des tribunaux inférieurs en matière de contrôle sur le fond étudié»³⁴.

Les trois normes sont d'instauration récente, ayant été établies il y a moins de dix ans en fait. Du reste, la cour a récemment clarifié la norme de la décision raisonnable *simpliciter* dans *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*³⁵. La mise en œuvre correcte de tout cadre d'analyse juridique demande un certain temps. Les définitions théoriques, si utiles soient-elles, demeurent souvent abstraites. Ce n'est qu'au fil des applications successives de ces normes qu'elles se fixeront, chaque nouvelle décision venant fournir aux juges un exemple dont ils pourront s'inspirer dans une situation donnée. C'est ainsi que les normes de contrôle deviendront davantage familières et plus faciles à appliquer. Il est

²⁹ [2002] 1 R.C.S. 84.

³⁰ Comtois, *supra* note 14 p. 90-94. Voir aussi Lecky, *supra* note 13 p. 341.

³¹ *Ibid.* p. 93.

³² *Supra* note 13 p. 342.

³³ *Ibid.* p. 344.

³⁴ *Supra* note 27 p. 323.

³⁵ [2003] 1 R.C.S. 247.

également tout à fait possible que certaines applications ne requièrent pas une analyse très complexe. Citons à titre d'exemple les décisions purement ministérielles. *Baker* montre comment des circonstances particulières peuvent influencer sur le choix de la norme, même lorsque c'est un pouvoir discrétionnaire qui est en cause; mais, la cour l'a clarifié dans *Suresh*, les décisions ministérielles sont en général régies par des normes très semblables aux règles établies dans *Wednesbury*.

Troisièmement, on peut se demander si l'amalgame des normes du manifestement déraisonnable et du raisonnable *simpliciter* pourrait neutraliser immédiatement la critique concernant la difficulté de déterminer le contenu des normes. Car si la cour opérait la fusion des normes, il serait nécessaire de formuler une nouvelle approche. Or cela ne se fait pas sans douleur. Bien des praticiens sont d'avis qu'il vaudrait sans doute mieux consacrer du temps à perfectionner le système actuel, relativement jeune, que de repartir à zéro et se colleter avec une foule de nouvelles difficultés tenant aux définitions. Déjà, dans *Ryan*, la cour a rejeté l'idée que la norme du caractère raisonnable *simpliciter* soit une norme «fluctuante» – une caractéristique qui aurait permis, vraisemblablement, l'élimination de la norme du manifestement déraisonnable³⁶.

À cet égard, je suggèrai aussi que la critique suivant laquelle la norme de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable sont identiques sur le plan conceptuel constitue une exagération. À mon avis, il existe une différence de fond entre les normes, exprimée clairement par la cour de manière à la fois explicite et implicite. Un indice évident de cette différence ressort des termes eux-mêmes. Le critère de la décision manifestement déraisonnable revêt un caractère négatif. Il s'agit de déterminer si la décision comporte un vice flagrant, si elle est mauvaise et nécessite de ce fait révision. Le critère de la décision raisonnable, en revanche, suppose une démarche davantage positive : on se demande si le décideur a justifié sa décision, autrement dit, s'il a fait connaître les motifs justifiant l'exercice du pouvoir délégué. Cela ressort clairement du récent arrêt *Ryan*.

Quatrièmement, certains feront valoir le risque qu'en ramenant à deux les normes de contrôle, le rôle de l'approche pragmatique et fonctionnelle se trouve dilué. Comme l'a souligné à juste titre le juge Iacobucci, les divers facteurs de l'approche pragmatique et fonctionnelle pointent parfois dans la même direction, une norme de contrôle se dégageant à l'une ou l'autre extrémité de la gamme. Mais dans certaines décisions, ces facteurs indiqueront des directions opposées³⁷. La conclusion logique s'impose

³⁶ *Ibid.* p. 257.

³⁷ *Southam, supra note 7; Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557.

alors : il doit exister une troisième norme entre les deux³⁸. La souplesse inhérente de l'approche actuelle répond à la nature de l'état administratif moderne – des variations existent entre les différents tribunaux administratifs qui remplissent des fonctions législatives différentes et ont des domaines d'expertise différents. Et même, la norme peut changer en fonction de la nature du problème soumis au tribunal³⁹. Cette réduction de la souplesse offerte par l'existence de trois normes de contrôle distinctes risque donc de compromettre la qualité du contrôle judiciaire. Il serait de toute évidence opportun de clarifier davantage la norme de la décision manifestement déraisonnable. Il n'est pas rare, en effet, que des tribunaux inférieurs utilisent le vocabulaire de la décision raisonnable alors qu'ils appliquent la norme de la décision manifestement déraisonnable, comme l'ont constaté Lahey et Ginn⁴⁰. Il y a lieu de s'inquiéter dans la mesure où le tribunal pourrait avoir jugé indifférent, quant à l'issue de l'affaire, le choix d'une norme ou de l'autre. L'issue pourrait certes être la même dans les deux cas, mais le degré d'examen nécessaire devrait être pris en compte. Certains tribunaux ont même appliqué une déférence limitée dans des cas où la norme de la décision correcte s'appliquait. Cela s'explique difficilement à la lumière de l'approche formelle touchant l'examen relatif à la décision correcte exposée dans *Ministre du Travail*⁴¹. Mais on comprend mieux quand on considère des arrêts tels *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*⁴² et *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*⁴³, où la cour explique que les interprétations constitutionnelles peuvent tenir beaucoup au contexte et que les tribunaux administratifs peuvent apporter une contribution précieuse à un tribunal exerçant un contrôle judiciaire.

Finalement, le législateur a le pouvoir de donner à la cour de meilleures indications de son intention quant à la norme de contrôle applicable à certains tribunaux administratifs. Du reste, certaines assemblées législatives provinciales ont déjà pris l'initiative. Par exemple, celle de la Colombie-Britannique a récemment adopté la *Administrative Tribunals Act*, qui énonce la norme de contrôle à l'égard des tribunaux administratifs non protégés par des clauses privatives et qui traite de la compétence des tribunaux administratifs à propos de questions constitutionnelles⁴⁴.

³⁸ Iacobucci, *supra* note 9 p. 868.

³⁹ *Pushpanathan*, *supra* note 10 p. 49; *Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, [2002] 3 R.C.S. 661 p. 693.

⁴⁰ *Supra* note 27 p. 316.

⁴¹ *Supra* note 22.

⁴² [2003] 2 R.C.S. 504.

⁴³ [2003] 2 R.C.S. 585.

⁴⁴ S.B.C. 2004, c. 45.

C. Interprétations de la loi et déférence

Le troisième aspect est la déférence (ou retenue) nécessaire à l'égard des interprétations de la loi données par les tribunaux administratifs. La cour, je pense, doit faire preuve de déférence envers les tribunaux spécialisés en ce qui a trait aux questions de droit relevant de leur champ d'expertise. L'arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble* le montre bien⁴⁵. Dans mon jugement dissident, j'ai fait valoir que la majorité commettait deux erreurs : en premier lieu, elle a amalgamé la question constitutionnelle et le processus de contrôle judiciaire; et en second lieu, elle n'a pas reconnu l'expertise du CRTC sur la question de droit dont il était saisi. Je m'intéresserai ici à ce que j'estime être la deuxième erreur qui, à mon sens, témoigne de la part de la cour d'un changement d'approche en faveur d'une déférence moindre envers les tribunaux administratifs spécialisés.

Comme le lecteur averti s'en souviendra sans doute, la question de droit soumise au CRTC avait trait au sens à attribuer aux mots «la structure de soutien d'une ligne de transmission». La majorité a jugé, en s'appuyant sur l'analyse pragmatique et fonctionnelle, que la norme de contrôle applicable pour cette question d'interprétation des lois était celle de la décision correcte. Je n'étais pas d'accord. La portion de phrase en cause n'était pas, à mon avis, un terme ayant un sens courant en droit, mais avait un sens technique relevant nettement de l'expertise spécialisée du CRTC.

Selon moi, l'interprétation de sa loi habilitante par un tribunal spécialisé se rapproche davantage de l'application de cette loi, qui est un élément central de la mission du tribunal. Un tribunal judiciaire n'est sûrement pas le mieux placé pour trancher un tel différend. En conséquence, la cour devrait accorder tout le poids voulu à l'expertise particulière du tribunal administratif et conférer à sa décision le degré approprié de déférence ou de retenue. Elle confirmera ainsi l'autonomie décisionnelle du tribunal administratif et reconnaîtra l'intention du législateur, qui a jugé préférable de confier à un tribunal spécialisé plutôt qu'aux tribunaux judiciaires le soin de statuer sur un certain type de différends. D'ailleurs, des décisions antérieures émanant de diverses juridictions ont conclu à la nécessité de faire preuve de déférence envers le CRTC sur les questions de droit relevant de son expertise⁴⁶. En refusant de reconnaître l'expertise du CRTC dans *Barrie*, la décision de la majorité marque assurément une étape importante dans l'évolution de la

⁴⁵ [2003] 1 R.C.S. 476.

⁴⁶ *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739; *Fédération canadienne des municipalités c. AT&T Canada Corp.*, [2003] 3 C.F. 379 (C.A.); *Société Radio-Canada c. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266 (C.A.F.).

jurisprudence de la cour. Elle ouvre la porte, me semble-t-il, à l'application de la norme de la décision correcte à toutes les interprétations de la loi faites par un organisme administratif. Cela veut dire qu'une déférence moindre sera accordée aux tribunaux administratifs sur toutes les questions de droit; on en trouve un exemple, selon Leckey, dans l'arrêt *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, mais je pense quant à moi que la position du juge Major peut s'expliquer autrement⁴⁷. Le danger tient au fait qu'on semble porter de plus en plus d'attention à l'expertise sur le plan de la méthode ou de l'habileté technique pour interpréter un texte législatif, domaine dans lequel le tribunal judiciaire se considérera toujours supérieur. Or, il s'agit d'une rupture avec le passé⁴⁸. La déférence concerne la rationalité d'ensemble d'une décision et non le degré auquel des erreurs devraient être tolérées. Comme le signale Leckey, elle a trait à l'acceptation d'une justification⁴⁹. Il est précisé dans *Southam* qu'un tribunal administratif peut se tromper sans rendre pour autant une décision déraisonnable.

On pourrait se demander pourquoi l'existence d'un droit d'appel inscrit dans la loi n'est qu'un des facteurs à prendre en compte dans le cadre de l'analyse fonctionnelle et pragmatique. Comtois a décelé, chez les tribunaux judiciaires du Québec, une tendance à recourir par défaut à la norme de la décision raisonnable *simpliciter* dans le cas des appels prévus par la loi. Le juge Robertson de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick écrit dans *Keddy c. Nouveau-Brunswick (Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail du Nouveau-Brunswick)* que l'inclusion d'un droit d'appel dans la loi est la seule façon claire d'écarter la théorie de la déférence, et qu'il faut tout simplement respecter les réalités institutionnelles⁵⁰. Quelles conclusions tirer de ce contraste? Peut-être celles-ci : une cour de justice présumera que le législateur crée un organisme spécialisé pour développer une expertise et libérer les tribunaux judiciaires de l'obligation de juger certains types de litiges; si, pour reprendre la supposition du juge Robertson, le législateur souhaite vraiment exclure toute déférence à l'égard de la spécialisation de l'organisme, il lui est loisible de préciser dans la loi que la norme applicable est celle de la décision correcte, comme il l'a fait en Colombie-Britannique.

⁴⁷ [2001] 2 R.C.S. 100.

⁴⁸ *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157.

⁴⁹ *Supra* note 13 p. 356.

⁵⁰ (2002) 247 N.B.R. (2d) 284 p. 308.

Conclusion

Quel est l'objectif véritable du contrôle judiciaire? S'agit-il vraiment de découvrir l'intention législative, ou de garantir la préservation de la primauté du droit? La cour, je crois, a dans une large mesure fait des pas en avant sur les deux plans depuis 25 ans. En renonçant à une approche catégorielle du contrôle judiciaire pour en adopter une plus nuancée, elle a donné un plus grand effet à l'intention du législateur. La souplesse inhérente à l'approche pragmatique et fonctionnelle convient mieux à la diversité et à la complexité des tribunaux administratifs modernes. Elle met à la disposition des juges des outils propres à garantir l'équité des décisions administratives. Par ailleurs, l'arrêt *Baker*, a établi que toutes les actions administratives, y compris les décisions discrétionnaires, sont susceptibles d'un contrôle judiciaire, ce qui favorise la primauté du droit. Il ne s'ensuit pas, cependant, que l'approche actuelle ne doit pas encore être perfectionnée. Au fur et à mesure que les tribunaux judiciaires continueront à mettre en pratique l'approche pragmatique et fonctionnelle ainsi que les normes de contrôle, leur contenu se précisera et les améliorations nécessaires pourront se cristalliser.

Lahey et Ginn traitent de certaines simplifications ou améliorations autres que l'abandon d'une norme de contrôle. Il s'agirait notamment, en s'appuyant sur l'arrêt *Pushpanathan*, d'éliminer le principe juridictionnel ou de compétence comme fondement du contrôle judiciaire étant donné son incidence néfaste sur l'analyse des clauses privatives et la contrainte qu'il fait peser sur l'analyse conduisant normalement à la déférence judiciaire. Les auteurs envisagent aussi une application plus souple de la norme de la décision correcte, et invitent la Cour suprême à s'écarter du formalisme pour travailler plus résolument à l'élaboration de pratiques montrant le fonctionnement véritable de l'approche pragmatique et fonctionnelle. En fait, c'est justement la voie qu'a voulu emprunter la cour dans l'arrêt *Ryan*.

Chose certaine, la jurisprudence n'a pas fini d'évoluer dans ce domaine.

