

ATELIER 6

Les tribunaux administratifs : diverses problématiques auxquelles doivent faire face les juristes

Les tribunaux administratifs posent des enjeux et des défis juridiques importants, notamment quand il s'agit de concilier les impératifs du contrôle judiciaire et les spécificités de la justice administrative. Les conférenciers proposent un atelier qui permettra de mieux s'y repérer en ce qui concerne, entre autres, la compétence de ces tribunaux et la nature des droits d'appel entourant leurs décisions.

ANIMATRICE

M^e Patricia Blair, Direction du contentieux Québec, ministère de la Justice

L'impact de l'arrêt *Doré* sur les tribunaux administratifs

CONFÉRENCIÈRE

M^{me} Geneviève Cartier, professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke

Les tribunaux administratifs et les Chartes

CONFÉRENCIER

M^e Hugo Jean, Direction du droit public, ministère de la Justice

L'appel judiciaire des décisions d'un tribunal administratif

CONFÉRENCIER

M^e Stéphane Rochette, Direction du droit public, ministère de la Justice

RESPONSABLES DE L'ATELIER

M^e Marie-Catherine Bolduc, Direction du droit public, ministère de la Justice

M^e Brigitte Bussièrès, Direction du droit public, ministère de la Justice

M^e Syltiane Goulet, Direction du droit public, ministère de la Justice

La norme de contrôle judiciaire et la catégorie des questions « véritables » de compétence

Stéphane Rochette*

INTRODUCTION	287
I. Compétence « au sens large », « au sens strict » et autres nuances	288
II. L'ancienne doctrine des « conditions préliminaires » à la compétence	289
III. L'arrêt <i>Bibeault</i> et le déclin du recours au concept de compétence au sens large	291
IV. L'arrêt <i>Dunsmuir</i> et la catégorie des véritables questions de compétence	293
V. Savoir différencier une question véritable de compétence des autres interprétations de la loi habilitante	295
VI. En guise de conclusion, l'arrêt <i>Alberta Teachers' Association</i> et le doute « existentiel » du juge Rothstein	299

* Avocat, Direction du droit public du ministère de la Justice du Québec, à Québec. Le présent texte de doctrine ne constitue pas un avis juridique et n'engage pas le Procureur général du Québec, le ministère de la Justice ou la Direction du droit public. Sa rédaction fut achevée le 28 janvier 2013.

INTRODUCTION

L'un des principaux apports de l'arrêt *Dunsmuir* (2008)¹, c'est d'admettre à la première étape de la nouvelle « analyse relative à la norme de contrôle judiciaire » le recours à une liste des cas de figure – « catégories de questions » ou « présomptions » – qui commandent d'emblée ou suggèrent le choix d'une norme². À cette étape, il suffit de qualifier la question en litige, puis de chercher à la rattacher à l'un ou l'autre des cas de figure. Un résultat concluant exempte le juge d'une mise en balance – à la seconde étape – des quatre facteurs de l'ancienne « méthode pragmatique et fonctionnelle » conçue dans l'arrêt *Bibeault* (1988)³. Au terme de l'*analyse*, la norme de la « décision raisonnable » traduit une obligation de « déférence judiciaire ». Celle de la norme de la « décision correcte », à l'opposé, écarte toute déférence.

Le cas de figure qui intéresse la présente étude, c'est celui des questions véritables de compétence⁴. Cette *catégorie* commande en principe, dès la première étape, la norme de la *décision correcte*. Or, elle soulève quelques difficultés de qualification. Plus particulièrement, le juriste doit savoir la différencier d'un autre cas de figure : la *présomption* de déférence envers un tribunal administratif⁵ qui

1. *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

2. *Ibid.*, par. 63 (j. Bastarache et LeBel).

3. *Union des employés de service, local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048.

4. *Dunsmuir*, précité, note 1, par. 59 et 61 (j. Bastarache et LeBel), 128 (j. Binnie) et 163 (j. Deschamps). Voir aussi *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309, par. 10 (j. Rothstein) ; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 60 et 67 (j. en chef McLachlin) ; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 18 (j. LeBel et Cromwell). Voir aussi, implicitement, *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61 ; *Syndicat des professeurs du Cégep de Sainte-Foy c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 29, [2010] 2 R.C.S. 123 ; *Syndicat des professeurs et des professeures de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. Université du Québec à Trois-Rivières*, 2010 CSC 30, [2010] 2 R.C.S. 132.

5. Une question véritable de compétence étant, par nature, principalement juridique, notre étude ne portera que sur l'obligation de déférence qui pourrait incomber à un tribunal administratif habilité à « dire le droit » et conçu pour le faire avec impartialité.

interprète sa loi habilitante ou une règle de droit qui s'y rattache étroitement. Il y a de sérieux risques d'erreur. Le juge Rothstein, dans l'arrêt *Alberta Teachers' Association* (2011), en vint même à douter que les questions véritables de compétence existent, ou à tout le moins que cette catégorie soit encore utile au choix d'une norme⁶. Comment s'y retrouver ?

I. Compétence « au sens large », « au sens strict » et autres nuances

Selon l'arrêt *Crevier* (1981), la faculté de définir les limites de sa propre compétence à l'abri du contrôle judiciaire est la marque distinctive d'une juridiction supérieure. Elle ne saurait être attribuée ou reconnue à un tribunal administratif sans atteinte à l'article 96 *LC 1867*⁷. L'exigence liée à la primauté du droit qui justifie cet attribut exclusif des juridictions supérieures, le juge Dickson l'avait bien expliquée dans l'arrêt *Jacmain* (1979)⁸ :

La grande difficulté est la suivante : il est difficile de concevoir que le législateur puisse créer un tribunal à compétence limitée et qu'en même temps, il lui accorde un pouvoir illimité pour fixer l'étendue de sa compétence.

Néanmoins, avec sa politique de « déférence judiciaire » amorcée dans l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* (1979), la Cour suprême invite le juge à ménager au tribunal administratif une autonomie jurisprudentielle significative⁹. Pour mettre en œuvre une telle politique, il importe que le juge évite de rattacher à la compétence n'importe quelle question juridique. Cela dit, le mot « compétence », dans le jargon du contentieux administratif, est source de malentendus. Distinguer avec soin ses diverses acceptions sera crucial au choix d'une norme. Quelles sont, en gros, les plus courantes ?

6. *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34.

7. *Crevier c. Québec (Procureur général)*, [1981] 2 R.C.S. 220, 237 (j. en chef Laskin) ; *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c. 3 (R.U.), dans L.R.C. (1985), app. II, n° 5 (« *LC 1867* »). Voir aussi *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Québec (Labour Relation Board)*, [1953] 2 R.C.S. 140 ; *Québec (Procureur général) c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638.

8. *Jacmain c. Canada (Procureur général)*, [1978] 2 R.C.S. 15, 29, cité avec approbation dans *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 490 (j. Lamer).

9. *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Voir aussi *Bibeault*, précité, note 3, 1083-1091 (j. Beetz).

Réduite à l'essentiel, la compétence renvoie à l'attribution par la loi du pouvoir de décider une question. C'est la compétence « matérielle » ou « d'attribution ». C'est à cette acception élémentaire, nous le verrons, que sera confinée la compétence dite « véritable » ou « au sens strict ».

Il arrive cependant que la compétence soit associée tantôt à la capacité reconnue au tribunal administratif de lier les parties « en dernier ressort » sur une question juridique¹⁰, tantôt à la marge d'autonomie que le juge lui laissera pour établir sa propre jurisprudence¹¹. La « compétence » – ainsi entendue – sera « exclusive » et la décision qui en résulte sera dite « définitive » ou « sans recours » en raison d'une disposition expresse, des objets de la loi ou de l'expertise institutionnelle du tribunal administratif. À proprement parler, il s'agit moins – en amont – de délimiter la compétence *véritable* du tribunal administratif que la capacité du juge à intervenir en aval du processus, qu'une obligation de déférence pourrait restreindre.

Enfin, il est assez commun en contentieux administratif qu'une « question de compétence » s'entende « au sens large ». Une telle question englobe indistinctement un « défaut » ou un « excès » de compétence. L'allégation d'un *défaut* – la seule qui touche à la compétence *véritable* – reproche au tribunal administratif d'élargir ou de restreindre son pouvoir de décider une question. Par contre, une allégation d'*excès* de compétence n'en touche que l'*exercice*. Elle reproche au tribunal administratif une interprétation incompatible avec l'intention législative et avec la marge d'autonomie jurisprudentielle qu'une obligation de déférence pourrait lui accorder. Or, seule une possible *exclusivité* de sa compétence, en cas d'excès, devient inopposable au juge ainsi qu'aux parties. Au sens strict, la compétence *d'attribution* du tribunal administratif n'est pas en cause, quelle que soit la gravité de l'excès. Nous y reviendrons.

II. L'ancienne doctrine des « conditions préliminaires » à la compétence

À l'époque de l'arrêt *Bibeault*, la déférence judiciaire sur une question juridique tenait encore, dans son fondement même, à la portée que le juge consentait à reconnaître à une « clause privative intégrale », c'est-à-dire à une disposition législative destinée à sous-

10. *Bibeault*, précité, note 3, 1090 (j. Beetz).

11. *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 3 R.C.S. 756, 795-801 (j. L'Heureux-Dubé).

traire un tribunal administratif au contrôle judiciaire « sauf sur une question de compétence » (ou une expression analogue)¹². Une telle disposition ne saurait prétendre avoir un effet plus grand, nous l'avons vu, sans atteinte à l'article 96 *LC 1867*. Même en présence d'une clause privative intégrale, toute déférence sera donc écartée quand le juge rattache à la compétence l'interprétation retenue par le tribunal administratif.

Avant l'arrêt *Bibeault*, la doctrine des *conditions préliminaires* (et ses variantes) tendait à rattacher à la compétence à peu près n'importe quelle question juridique¹³. Dans l'arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission* (1971), par exemple, le juge Martland conclut qu'un comité d'enquête n'était pas habilité à statuer sur une plainte de discrimination raciale, car la preuve (entendue pour la première fois en contrôle judiciaire) montrait qu'une exigence de la loi n'était pas satisfaite : le caractère « indépendant » du logement à louer¹⁴ :

Dans son jugement, la Cour d'appel dit que si le comité d'enquête avait été autorisé à poursuivre l'enquête, il aurait eu à décider (1) s'il y avait eu refus de louer le logement, (2) si le Code s'appliquait à ce logement, et (3) si le refus était dû à la race, à la couleur ou au lieu d'origine du plaignant. À mon avis, il fallait tout d'abord examiner le deuxième point ; si la Loi ne s'appliquait pas au logement, le comité ne pouvait poursuivre l'enquête.

Le deuxième point soulève une question de droit relativement au champ d'application de la Loi ; de la réponse à cette question dépend toute l'autorité du comité d'enquêter sur la plainte déclarant qu'il y a eu de la discrimination.

Pour critiquer cette doctrine des *conditions préliminaires* et sa logique foncièrement activiste, le juge Lamer, dans l'arrêt *Control Data* (1984), emprunte au professeur Craig cette formule qu'une « loi habilitante prescrit toujours, explicitement ou implicitement, si X₁, X₂, X₃ existent, vous pouvez ou devez faire [Y₁, Y₂, Y₃] » et il ajoute¹⁵ :

12. Voir, pour un exemple du libellé typique au Québec, depuis 1981, des clauses privatives intégrales : *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, art. 158.

13. *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, 20 CSC, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 33 (j. Rothstein).

14. *Bell c. Ontario (Human Rights Commission)*, [1971] R.C.S. 756, 775.

15. *Control Data Canada*, précité, note 8, 491 et 492. Référence donnée par le juge Lamer à la citation en doctrine : Paul P. CRAIG, *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1983, p. 302 [traduction].

Or, il est clair que toutes les conditions « X » peuvent, dans une certaine mesure être qualifiées de conditions préliminaires à l'exercice des pouvoirs « Y ». Il n'existe, à mon avis, pas de raison logique de distinguer entre la condition X₁ et la condition X₂ et déclarer l'une préliminaire et l'autre pas.

D'après cette métaphore mathématique, prétendre, par exemple, qu'un juge aurait « perdu » compétence pour statuer sur un recours en responsabilité civile « éteint par prescription » n'apparaît pas plus logique que laisser entendre qu'une conclusion « *correcte* » du juge sur le lien causal conditionne son pouvoir d'octroyer des dommages-intérêts¹⁶. En pratique, la question de la prescription comme celles de la faute, du préjudice et du lien causal entre les deux seront au cœur du procès, et les associer dans l'abstrait à des « conditions préliminaires » à la compétence du juge serait désincarné. Adaptons ce raisonnement à la trame de l'arrêt *Bell*. Le caractère « indépendant » du logement à louer conditionnait-il, sur le terrain, la capacité même du comité à enquêter et à statuer sur la plainte de discrimination ? En décider, au contraire, s'inscrivait-il au cœur même de son enquête ?

Bref, la doctrine des conditions préliminaires s'avère irréconciliable avec une politique rationnelle de déférence judiciaire cherchant à ménager aux tribunaux administratifs une autonomie jurisprudentielle plus que symbolique. Il n'existe aucune règle objective pour dresser, avec une certaine rigueur intellectuelle, l'ordre des diverses questions qu'un tribunal devrait trancher *correctement* avant d'avoir compétence pour entendre un litige ou pour incorporer telle conclusion à son dispositif.

III. L'arrêt *Bibeault* et le déclin du recours au concept de compétence au sens large

L'arrêt *Bibeault* substitue à la doctrine des *conditions préliminaires* la démarche contextuelle que le juge Beetz baptise *méthode pragmatique et fonctionnelle*. Une combinaison de quatre facteurs – dont une mise en balance s'impose cas par cas – servira désormais à dégager l'intention explicite de l'autorité législative (facteur *clause privative*) ou son intention implicite (facteurs *expertise* et *objet de la loi*) sur la marge d'autonomie décisionnelle ou jurisprudentielle à reconnaître au tribunal administratif. Est-ce au tribunal administratif ou au juge que revient le « dernier mot » sur la question en litige (facteur *nature de la question*) ? L'efficacité d'une loi est inséparable

16. *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991, art. 1457 (« C.c.Q. »).

de ses mécanismes de mise en œuvre. Sans perdre de vue la primauté du droit et ses impératifs, le juge devra admettre ici que la déférence, même sur certaines questions juridiques, est parfois nécessaire à l'accomplissement des objets d'une loi.

Même le but de la démarche évolue. Il ne s'agit plus, pour déterminer si la clause privative est dépourvue d'effet, de qualifier la question, puis de chercher à la rattacher à la compétence du tribunal administratif¹⁷. La clause privative ne sera qu'un des quatre facteurs à considérer. Le but de leur mise en balance consiste tout bonnement à choisir une norme. Cette évolution quelque peu subtile, ce passage des motifs du juge Bastarache dans l'arrêt *Pushpanathan* (1998) l'illustre bien¹⁸ :

Mais il faut bien comprendre qu'une question qui « touche la compétence » s'entend simplement d'une disposition à l'égard de laquelle la norme appropriée est celle de la décision correcte. Autrement dit, une « erreur de compétence » est simplement une erreur portant sur une question à l'égard de laquelle, selon la méthode pragmatique et fonctionnelle, le tribunal doit arriver à une interprétation correcte et à l'égard de laquelle il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue.

Cependant, au risque de surprendre, la Cour suprême – bien avant l'arrêt *Dunsmuir* – prenait encore soin d'exclure toute déférence judiciaire sur une question véritable de compétence, que l'arrêt *Bibeault* désigne compétence *au sens strict* (ou « stricto sensu »). La définition qu'en donne l'arrêt *Bibeault* se veut minimaliste. La compétence *au sens strict*, c'est l'existence du « pouvoir de décider une question »¹⁹. Une jurisprudence constante et assez abondante, notons-le, montre que cette exception de principe à l'obligation de déférence ne s'est jamais dissoute dans la fluidité conceptuelle de la *méthode pragmatique et fonctionnelle*²⁰. La Cour suprême, contre ses

17. *Dr Q c. British Columbia (College of Physicians and Surgeons)*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 25 (j. en chef McLachlin). Voir aussi : *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557 ; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

18. *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 28.

19. *Bibeault*, précité, note 3, 1090 (j. Beetz).

20. Voir, notamment : *Syndicat des employés de production du Québec c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*, [1984] 2 R.C.S. 412 ; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722 ; *Centre hospitalier Régina ltée c. Québec (Tribunal du Travail)*, [1990] 1 R.C.S. 1330 ; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614 ; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 ; *Canada (Conseil*

propres directives du temps²¹, s'était d'ailleurs permise, dans l'arrêt *United Taxi Drivers' Fellowship* (2004), d'écarter la déférence sans au préalable s'astreindre à une mise en balance des quatre facteurs²².

IV. L'arrêt *Dunsmuir* et la catégorie des véritables questions de compétence

Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême admet la nécessité de simplifier, au bénéfice des parties, des avocats et des juges, l'ensemble du mécanisme de contrôle judiciaire²³. Néanmoins, l'effet concret des changements sur l'obligation de déférence serait neutre²⁴. La majorité ne remet pas en cause le postulat voulant que cette obligation dépende en théorie d'une subtile combinaison des quatre facteurs conçus dans l'arrêt *Bibeault*. Cependant, une mise en balance de ces facteurs n'est plus systématique. Elle devient subsidiaire à une première étape de l'*analyse* – plus sommaire – où il suffit de qualifier la question, puis de la rattacher si possible à un cas de figure – catégorie ou présomption – qui commande d'emblée ou suggère le choix d'une norme, comme l'indiquent les juges Bastarache et LeBel²⁵ :

Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle.

[...]

canadien des relations du travail) c. *Québecair*, [1993] 3 R.C.S. 724 ; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, par. 58-60 (j. Cory) ; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230 ; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, 2000 CSC 13, [2000] 1 R.C.S. 342, par. 29 (j. Major) ; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84, par. 24 (j. Iacobucci) ; *Zenner c. Prince Edward Island College of Optometrists*, 2005 CSC 77, [2005] 3 R.C.S. 645, par. 26 (j. Major) ; *ATCO Gaz and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 27 et 32 (j. Bastarache) ; *Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326, par. 16 et 17 (j. Bastarache) ; *London (Cité) c. RSJ Holdings Inc.*, 2007 CSC 29, [2007] 2 R.C.S. 588, par. 37 (j. Charron).

21. *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, par. 6 (j. Deschamps).
22. *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, par. 5 (j. Bastarache).
23. *Dunsmuir*, précité, note 1, par. 32 (j. Bastarache et LeBel). Voir aussi par. 34 (j. Bastarache et LeBel), 132 et 133 (j. Binnie) et 160 (j. Deschamps).
24. *Ibid.*, par. 48 (j. Bastarache et LeBel) et 155 (j. Binnie) ; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, [2009] 1 R.C.S. 339, 2009 CSC 12, par. 53 (j. Binnie).
25. *Dunsmuir*, précité, note 1, par. 62 et 64.

L'analyse doit être contextuelle. Nous rappelons que son issue dépend de l'application d'un certain nombre de facteurs pertinents, dont (1) l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, (2) la raison d'être du tribunal administratif suivant l'interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l'expertise du tribunal administratif.

C'est dans cette perspective que l'arrêt *Dunsmuir*, dès la première étape, commande la norme de la *décision correcte* sur une question « portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents »²⁶ ou, en termes plus inclusifs, sur toute question « touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité »²⁷. Il n'est pas banal que la Cour suprême associe nommément compétence et constitutionnalité, vu le lien entre les deux concepts évoqué dans l'arrêt *Crevier*. Aussi, cette catégorie est-elle destinée autant à respecter les attributs exclusifs aux juridictions supérieures découlant de l'article 96 *LC 1867*, qu'à continuer une jurisprudence antérieure ayant conclu de manière « satisfaisante » à l'absence d'obligation de déférence.

Au demeurant, l'arrêt *Dunsmuir* reste vague sur ce qui caractérise une question *véritable* de compétence, mis à part la rareté ou l'exceptionnalité²⁸ :

La « compétence » s'entend au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question.

La compétence *véritable* renvoie donc au concept de compétence *au sens strict*, dont la définition n'est pas moins minimaliste ici que dans l'arrêt *Bibeault*. En revanche, la Cour suprême est très ferme sur ses intentions. L'idée ne consiste pas à donner un second souffle à la doctrine des *conditions préliminaires* « qui, dans ce domaine, a pesé sur la jurisprudence pendant de nombreuses années »²⁹.

Cette crainte aura sans doute motivé la Cour suprême, dans l'arrêt *Smith c. Alliance Pipeline* (2011), à consacrer la *présomption* de déférence sur l'interprétation retenue par un tribunal administratif touchant à sa loi habilitante ou à une règle de droit qui s'y rattache étroitement³⁰. Elle traduit un principe général voulant qu'une telle

26. *Ibid.*, par. 61 (j. Bastarache et LeBel).

27. *Ibid.*, par. 59 (j. Bastarache et LeBel).

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*

30. *Smith c. Alliance Pipeline*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S 160, par. 26, 28, 36 et 37 (j. Fish). Voir aussi les par. 80, 83, 92, 100, 101 et 106, où la j. Deschamps, dans ses

interprétation suggère une obligation de déférence, notamment lorsque son auteur est visé par une clause privative ou pourvu d'une vaste expertise institutionnelle. À proprement parler, il ne s'agit pas d'une présomption qui intéresse les faits et la preuve, comme l'entend l'article 2848 C.c.Q. Elle s'apparente à une présomption interprétative. Il incombe à la partie qui prétend qu'il y a lieu qu'on y déroge, d'en persuader le juge, logiquement à la seconde étape de l'*analyse*. La Cour suprême se laissa persuader dans l'arrêt *Rogers Communications* (2012), au motif que les tribunaux judiciaires avaient une compétence concurrente avec la Commission du droit d'auteur pour en interpréter et appliquer la loi habilitante³¹.

V. Savoir différencier une question véritable de compétence des autres interprétations de la loi habilitante

Pour arriver à différencier une question véritable de compétence des autres questions d'interprétation législative, la présomption de déférence, à elle seule, ne nous avance guère. Elle mettra en relief la rareté ou l'exceptionnalité des questions véritables de compétence, mais pas leur nature. Une approche quelque peu intuitive peut néanmoins nous guider.

La règle d'or d'une démarche de qualification consiste à faire ressortir le caractère principal – réel ou dominant – de la chose à qualifier. D'après les juges Bastarache et LeBel, dans l'arrêt *Dunsmuir*, une question véritable de compétence ne se pose pas dans l'abstrait ; le reproche devrait habituellement viser un passage précis des motifs du tribunal administratif³² :

motifs concordants, s'oppose à l'établissement d'une présomption de déférence dès la première étape de l'*analyse*. Voir aussi, sur la présomption de déférence : *Dunsmuir*, précité, note 1, par. 54 (j. Bastarache et LeBel) ; *Nolan*, précité, note 13, par. 33-35 (j. Rothstein) ; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, par. 70 (j. en chef McLachlin et j. Abella) ; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, par. 34 (j. Abella) ; *Commission canadienne des droits de la personne*, précité, note 4, par. 25 (j. LeBel et Cromwell) ; *Alberta Teachers' Association*, précité, note 6, par. 34 (j. Rothstein) ; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, par. 11 (j. Rothstein) et par. 60 et 61 (j. Abella).

31. *Rogers Communications*, précité, note 30, par. 15-20 (j. Rothstein). Voir cependant le par. 63, où la juge Abella, dans ses motifs concordants, est d'avis que la présomption devrait s'appliquer malgré une compétence concurrente.

32. *Dunsmuir*, précité, note 1, par. 59 (j. Bastarache et LeBel). Voir aussi : *Commission canadienne des droits de la personne*, précité, note 4, par. 18 (j. LeBel et Cromwell).

[U]ne véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question. L'interprétation de ces pouvoirs doit être juste, sinon les actes seront tenus pour *ultra vires* ou assimilés à un refus injustifié d'exercer sa compétence [...].

Ainsi, la question véritable de compétence intéresse principalement l'*existence* même du pouvoir de décider une question – la délimitation de ce pouvoir – par opposition à son *exercice* ou à ses *modalités d'exercice*. Elle est soulevée quand le tribunal administratif prend soin, dans ses motifs, de définir en termes généraux les territoires, les personnes, les activités ou les litiges qu'il estime assujettis à son autorité. Il s'agit de la compétence *matérielle* ou « d'attribution » à laquelle renvoie, par exemple, l'article 164 C.p.c.³³.

En contrôle judiciaire, nous avons vu que la compétence englobe deux cas que distingue nommément l'article 846(1^o) C.p.c. : le « défaut » et l'« excès » de compétence³⁴. Seule une allégation de *défaut* de compétence se rattache à une question véritable de compétence et tend à écarter toute déférence. Autrement, le tribunal administratif serait en quelque sorte admis à élargir ou à restreindre sa propre compétence d'attribution, pourvu que les limites ainsi fixées semblent *raisonnables*.

Quant à la présomption de déférence, elle tient en pratique à ce que la plupart des reproches avancés contre une décision ne se rattachent pas principalement à l'*existence*, mais plutôt à l'*exercice* du pouvoir attribué *en dernier ressort* au tribunal administratif d'interpréter sa loi habilitante ou une règle de droit qui s'y rattache étroitement. Pour constater un *excès* de compétence, le juge doit donc estimer que l'interprétation reprochée est déraisonnable au point d'être incompatible avec la marge d'autonomie jurisprudentielle que l'obligation de déférence accorde sur la question au tribunal administratif.

L'existence même du pouvoir d'accorder tel type de réparation se rattachera, à l'occasion, à une question véritable de compétence.

33. *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (« C.p.c. »).

34. Voir, par exemple, sur la distinction entre l'existence d'un pouvoir et son exercice : *Royal Oak Mines*, précité, note 20, par. 59 (j. Cory). Voir aussi, pour un développement sur la distinction entre l'absence et l'excès de compétence, dans un contexte autre toutefois que la norme de contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal administratif : *Immeubles Port Louis c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, 341-356 (j. Gonthier).

Par exemple, la décision (purement hypothétique) d'un conseil de discipline qui affirmerait avoir compétence pour ordonner l'emprisonnement d'un professionnel ne commanderait aucune déférence judiciaire, peu importe que ce professionnel et les activités réglementées qu'on lui reproche soient assujettis à son autorité et qu'une sanction exemplaire paraisse fort méritée. La Cour suprême appliqua ainsi la norme de la *décision correcte* dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec* (1984), où les motifs contestés portaient sur l'attribution au Conseil canadien des relations du travail du pouvoir d'ordonner aux parties, en cas de grève illégale, de saisir un arbitre des causes du conflit³⁵. Plus récemment, dans l'arrêt *Mazzei* (2006), elle appliqua cette norme pour statuer sur l'attribution à une « commission d'examen » du pouvoir de donner au médecin des instructions sur le traitement d'un accusé tenu criminellement non responsable³⁶.

Une nuance s'impose ici. La loi confère très souvent au tribunal administratif une vaste discrétion dans le choix de la réparation, comme le remarque la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker* (1999)³⁷ :

La plupart des décisions administratives comporte l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire implicite relativement à de nombreux aspects de la prise de décision. Pour ne donner qu'un seul exemple, les décideurs peuvent avoir un pouvoir discrétionnaire très étendu dans les réparations qu'ils accordent.

En pareil cas, la question en litige, adéquatement qualifiée, intéresse davantage l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que l'existence même d'une compétence d'attribution sur tel type de réparation. Or, une question qui se rapporte à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire au sens du droit administratif commande en principe – dès la première étape – la norme de la *décision raisonnable*³⁸. Par exemple, la Cour suprême appliqua une norme empreinte de déférence dans l'arrêt *Lethbridge Community College* (2004), où l'on contestait l'existence du pouvoir d'un arbitre de grief d'accorder des dommages-intérêts, plutôt que la réintégration du salarié congédié, à titre de réparation qu'il estimait « juste et raisonnable eu égard à tou-

35. *Syndicat des employés de production du Québec*, précité, note 20.

36. *Mazzei*, précité, note 20, par. 16, 17 et 56-67 (j. Bastarache).

37. *Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 54.

38. *Smith c. Alliance Pipeline*, précité, note 30, par. 26 (j. Fish).

tes les circonstances »³⁹. Elle appliqua la norme de la *décision raisonnable* dans l'arrêt *Figliola* (2011), où l'on contestait le pouvoir d'un tribunal spécialisé en droits de la personne d'entendre le litige, les parties étant liées par une décision ayant force de « chose jugée » qu'un tribunal en relations du travail avait prise. La loi habilitante attribuait au tribunal en droits de la personne une discrétion pour se dessaisir s'il fut « statué de façon appropriée sur le fond de la plainte dans une autre instance ». Seul le refus discrétionnaire d'y consentir était réellement en cause⁴⁰.

De plus, les conditions requises pour saisir le tribunal administratif ainsi que certains de ses pouvoirs concernant d'abord son fonctionnement et sont accessoires à l'exercice de sa compétence principale. Interpréter les dispositions de la loi habilitante ayant trait, notamment, au délai imparti pour former un recours, aux dépens ou à la qualité pour agir tient moins à l'*existence* d'une autorité sur le territoire ou sur un type de personnes, d'activités ou de litiges qu'aux *modalités d'exercice* de cette autorité. Par exemple, dans l'arrêt *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon* (1985), la Cour suprême rejeta au regard d'une norme empreinte de déférence l'argument voulant qu'un arbitre ait « perdu » compétence pour entendre un grief formé hors délai⁴¹. Dans l'arrêt *Alberta Teachers' Association*, elle appliqua la norme de la *décision raisonnable* à l'argument analogue qu'un commissaire à l'information aurait perdu compétence en prolongeant une enquête au-delà du délai maximal de 90 jours fixé par la loi⁴². Elle appliqua la norme de la *décision raisonnable* à la contestation du pouvoir d'octroyer des dépens dans l'arrêt *Commission canadienne des droits de la personne* (2011)⁴³ et au pouvoir d'en octroyer sur une base avocat-client dans l'arrêt *Smith c. Alliance Pipeline*⁴⁴. Dans l'arrêt *Via Rail Canada* (2007), elle opposa une obligation de déférence à l'argument que l'Office des transports

39. *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, 2004 CSC 28, [2004] 1 R.C.S. 727, par. 40-47 (j. Iacobucci).

40. *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422, par. 21 (j. Abella).

41. *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596, 608-610 (j. Beetz).

42. *Alberta Teachers' Association*, précité, note 6, par. 31 (j. Rothstein) et 103 (j. Cromwell, motifs concordants).

43. *Commission canadienne des droits de la personne*, précité, note 4, par. 24-27 (j. LeBel et Cromwell).

44. *Smith c. Alliance Pipeline*, précité, note 30, par. 36 et 37 (j. Fish). Voir aussi le par. 110, où la juge Deschamps, dans ses motifs concordants, fonde l'obligation de déférence sur la nature discrétionnaire des dépens plutôt que sur l'idée que le tribunal interprétait sa loi habilitante.

n'aurait pas compétence pour se saisir d'une enquête à moins que la demande soit basée sur une « expérience vécue par un voyageur »⁴⁵.

Du reste, l'existence même de l'attribution d'une compétence à l'Office pour superviser les activités de Via Rail visées par l'enquête était manifeste. Alléguer l'absence de compétence d'attribution sera à l'évidence, dans la plupart des litiges, voué à l'échec. Cela explique en partie pourquoi, concrètement, la partie qui conteste une décision soulève rarement une véritable question de compétence.

VI. En guise de conclusion, l'arrêt *Alberta Teachers' Association* et le doute « existentiel » du juge Rothstein

La crainte qu'on donne un second souffle à la doctrine des *conditions préliminaires* était l'inévitable contrecoup des changements que l'arrêt *Dunsmuir* apporte. La fluidité caractéristique de l'ancienne *méthode pragmatique et fonctionnelle* dérivait, rappelons-le, d'une volonté d'écarter cette doctrine, en vue de ménager une vaste autonomie jurisprudentielle aux tribunaux administratifs. Il s'agissait d'abord de ramener le juge à la recherche contextuelle de l'intention législative. Il fallait le détourner d'une qualification formaliste visant à rattacher la question en litige à la compétence du tribunal administratif. Or, l'exercice qui consiste à qualifier la question revient en force avec l'arrêt *Dunsmuir*, à la première étape. En soi, la catégorie des questions véritables de compétence fait donc ressortir une difficulté inhérente que l'ancienne *méthode pragmatique et fonctionnelle* s'efforçait d'occulter : savoir différencier le défaut et l'excès de compétence.

Cette catégorie, la Cour suprême résiste à en préciser davantage la teneur. Qui plus est, dans l'arrêt *Alberta Teachers' Association*, un *obiter dictum* du juge Rothstein, pour la majorité, semble encore s'attacher à une conception des questions *véritables* de compétence que l'on croyait révolue – depuis au moins vingt-trois ans – avec l'abandon de la doctrine des *conditions préliminaires* achevé dans l'arrêt *Bibeault*. Cette doctrine et sa logique foncièrement activiste, c'est elle, au fond, qui suscite un doute « existentiel »⁴⁶ :

En un sens, tout acte du tribunal qui requiert l'interprétation de sa loi constitutive soulève la question du pouvoir ou de la compétence du tribunal d'accomplir cet acte. Or, depuis *Dunsmuir*, la Cour s'est écartée

45. *Conseil canadien des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, par. 106 (j. Abella).

46. *Alberta Teachers' Association*, précité, note 6, par. 34.

de cette définition de la compétence. En effet, au vu de la jurisprudence récente, le temps est peut-être venu de se demander si, aux fins du contrôle judiciaire, la catégorie des véritables questions de compétence existe et si elle est nécessaire pour arrêter la norme de contrôle applicable.

Nous aurions tendance à convenir avec le juge Cromwell que les questions véritables de compétence « existent »⁴⁷. La catégorie devrait cependant être confinée en termes plus explicites à la compétence d'attribution et à l'allégation d'un défaut de compétence. Le reproche devrait habituellement toucher un passage précis des motifs où le tribunal administratif statue en termes généraux sur l'*existence* de son pouvoir de décider une question, par opposition à l'*exercice* ou aux *modalités d'exercice* de ce pouvoir. Il est vrai que les avocats et les juges auront parfois du mal à isoler cette catégorie de la présomption de déférence couvrant l'interprétation de la loi habilitante et des autres règles de droit qui s'y rattachent étroitement. Néanmoins, la difficulté semble inhérente à l'idée de ménager au tribunal administratif une vaste autonomie jurisprudentielle. Elle ne paraît pas moins inhérente au contentieux administratif (et au droit judiciaire en général) que, par exemple, le problème qu'on éprouvera, à l'occasion, à qualifier une question « de fait » ou « de droit ». Le défaut et l'excès de compétence demeurent, en somme, des concepts de base du raisonnement juridique au même chef, en droit administratif, que le pouvoir discrétionnaire et l'obligation d'équité.

Si la Cour suprême abolissait cette catégorie à la première étape de l'*analyse*, cette difficulté inhérente en contentieux administratif resurgirait à la seconde étape, ce qui ne serait pas forcément une mauvaise chose. Pour distinguer la catégorie des autres interprétations de la loi habilitante, une mise en balance des quatre facteurs décrits dans l'arrêt *Bibeault* ne peut, au fond, que réduire le risque de qualification hors contexte. Prétendre évacuer radicalement cette difficulté inhérente – autant à l'une qu'à l'autre étape de l'*analyse* – impliquerait une modulation à la politique de déférence judiciaire. La Cour suprême devrait adapter les impératifs de l'article 96 *LC 1867*, de manière à reconnaître aux tribunaux administratifs la faculté de définir *en dernier ressort* les limites *raisonnables* de leur propre compétence. À moins que la Cour ne réduise progressivement, au fil des arrêts, la marge réelle d'autonomie jurisprudentielle qu'est censée accorder aux tribunaux administratifs la norme de la *décision raisonnable*. Semblable obligation de déférence, qui finirait par équivaloir à

47. *Ibid.*, par. 95, 98 et 103 (motifs concordants).

une sorte de présomption interprétative⁴⁸, ne menacerait guère, même d'un point de vue théorique, les attributs exclusifs des juridictions supérieures au sens où l'entend encore l'arrêt *Crevier*. En dire plus excéderait les limites de notre étude... Aborder la nouvelle norme de déférence et son évolution avec le temps ne manquerait certes pas d'intérêt, mais ce sera à une autre occasion.

48. Il existe déjà une présomption interprétative favorable à l'interprétation retenue par les autorités administratives : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009, par. 1073-1090, p. 633-638.

