

Le contrôle judiciaire comme technique de participation des citoyens aux choix énergétiques

Denis Lemieux

Volume 24, Number 4, 1983

La participation des citoyens aux choix énergétiques

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042577ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042577ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lemieux, D. (1983). Le contrôle judiciaire comme technique de participation des citoyens aux choix énergétiques. *Les Cahiers de droit*, 24(4), 977–1000. <https://doi.org/10.7202/042577ar>

Article abstract

The purpose of this paper is to show how judicial review has been used in the last ten years as a participatory technique by citizens and groups in the decision making process of administrative and political decisions dealing with energy exploitation and use.

In a first part, the author makes the point that judicial review is unadopted to that purpose. A second part reviews the recent case law. That review brings the author to the conclusion that the judicial forum was, by and large, an inappropriate one as far as participation was the avowed goal of plaintiffs and petitioners. But, in the last part of the paper, the author affirms that despite all these short-comings, the use of judicial review was often positive not as a technique of participation but as one which did facilitate participation at a subsequent stage, due to the wide publicity and comments, judicial and extrajudicial, surrounding the proceedings.

Le contrôle judiciaire comme technique de participation des citoyens aux choix énergétiques

Denis LEMIEUX *

The purpose of this paper is to show how judicial review has been used in the last ten years as a participatory technique by citizens and groups in the decision making process of administrative and political decisions dealing with energy exploitation and use.

In a first part, the author makes the point that judicial review is unadapted to that purpose. A second part reviews the recent case law. That review brings the author to the conclusion that the judicial forum was, by and large, an inappropriate one as far as participation was the avowed goal of plaintiffs and petitioners. But, in the last part of the paper, the author affirms that despite all these short-comings, the use of judicial review was often positive not as a technique of participation but as one which did facilitate participation at a subsequent stage, due to the wide publicity and comments, judicial and extra-judicial, surrounding the proceedings.

	<i>Pages</i>
Introduction	978
1. L'inadaptation du contrôle judiciaire	979
1.1. La nature du contrôle judiciaire	979
1.1.1. Les Cours compétentes.....	979
1.1.2. Les juges.....	980
1.1.3. Le mandat des Cours de justice.....	981
1.1.4. Les moyens des Cours de justice.....	981
1.2. Les aspects procéduraux du contentieux administratif.....	982
1.2.1. Les recours judiciaires.....	982
1.2.2. La notion d'intérêt pour agir	983
1.2.3. Le caractère discrétionnaire des recours judiciaires	984
1.3. Les principes généraux du droit administratif.....	985

* Avocat, professeur titulaire, Faculté de Droit, Université Laval.

	<i>Pages</i>
2. Le forum judiciaire est un forum inapproprié	987
2.1. Réflexion générale sur le contentieux énergétique	987
2.2. Le contrôle de la compétence des autorités gouvernementales	989
2.2.1. La compétence constitutionnelle.....	990
2.2.2. La compétence administrative.....	991
2.3. Le contrôle du processus décisionnel.....	991
2.4. Le contrôle de la finalité.....	993
3. Le contrôle judiciaire, technique parfois efficace pour faciliter la participation	996
3.1. <i>Société de développement de la Baie James c. Kanatewat</i>	996
3.2. <i>Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie</i>	998
3.3. <i>Athabasca Tribal Council c. Amoco Canada</i>	999
Conclusion	1000

Introduction

Au cours de la dernière décennie, l'État est intervenu de plus en plus directement et massivement dans le domaine de l'énergie. L'État-législateur, qui a assumé dès le départ un rôle de police, a réglementé de plus en plus étroitement l'activité des entreprises œuvrant dans ce domaine. Cette action du législateur a pris, plus près de nous, la forme de lois interventionnistes visant à inscrire dans les textes un nouveau rôle pour l'État, soit celui de planificateur des ressources énergétiques.

L'action des gouvernements s'est également reflétée par l'adoption de règlements, de décrets, de directives et d'énoncés de politiques. Cette action a été menée essentiellement unilatéralement.

Il en va de même des prises de participation de l'État et des entreprises publiques dans le secteur privé, des subventions de même que des actes commerciaux des entreprises publiques et privées.

Dans tous ces domaines, la participation des individus et des groupes n'a pas été évidente. À peu près absente au niveau des décisions du gouvernement et des entreprises publiques, cette participation a pu au contraire s'affirmer devant les commissions d'enquête, qu'il s'agisse d'enquêtes publiques consultatives, d'auditions faites par des organismes de régulation ou encore des commissions parlementaires.

Même là, l'énormité des moyens techniques et des ressources des autorités publiques et des entreprises aura rendu la participation très difficile pour ne pas dire frustrante dans l'ensemble et même sur des points précis.

Certaines personnes et groupes ont donc pu être tentés d'utiliser le forum judiciaire pour permettre un débat public lorsque le forum administratif a paru déficient ou inexistant ou encore lorsque les résultats de la participation n'ont pas été ceux qui étaient escomptés. On s'est donc servi de la justice, tantôt pour sensibiliser l'opinion publique à divers choix énergétiques, tantôt pour tenter de bloquer des projets gouvernementaux ou privés.

Le but du présent exposé est de montrer comment le contrôle judiciaire a pu servir de technique de participation des citoyens aux choix énergétiques. Le présent article se divise en trois parties. Dans une première partie, nous indiquerons à quel point le contrôle judiciaire est inadapté à cette fin. Dans une seconde partie, nous essaierons de montrer, à l'aide de la jurisprudence récente, que le forum judiciaire a été en pratique inapproprié pour les intervenants qui s'y sont risqués. Enfin, dans une troisième partie, nous tenterons de prouver que malgré ce qui précède, l'utilisation du forum judiciaire s'est avérée une technique souvent efficace pour faciliter la participation.

1. L'inadaptation du contrôle judiciaire

1.1. La nature du contrôle judiciaire

1.1.1. Les Cours compétentes

Il faut d'abord rappeler qu'au Québec et au Canada le contrôle de l'Administration est judiciaire et non juridictionnel. Le contrôle de la légalité des décisions ainsi que de la réparation des préjudices s'effectue par des Cours à compétence générale.

Au niveau provincial, les Cours de justice gravitent autour de la Cour supérieure, Cour de première instance à compétence générale. Cette Cour est l'héritière des Cours supérieures britanniques et en possède les pouvoirs inhérents¹. C'est donc au niveau de la Cour supérieure que seront entendues la plupart des requêtes et des actions dirigées contre des organismes gouvernementaux ou privés au niveau provincial.

Les jugements de la Cour supérieure seront appelables à la Cour d'appel du Québec. Un second niveau d'appel est prévu à la Cour suprême du Canada.

Le partage des compétences constitutionnelles a comme conséquence que la plupart des grandes décisions en matière énergétique relèvent de la

1. Article 31 du *Code de procédure civile*. Voir aussi D. LEMIEUX, « Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale », Montréal, 1983, par. 2.03.

compétence de l'État fédéral. Il s'agira en effet le plus souvent de projets affectant le commerce interprovincial, la sécurité nationale ou d'autres domaines qui ont été conférés au législateur fédéral par la Loi constitutionnelle de 1867.

À ce niveau, la Cour fédérale, une Cour bidivisionnelle composée d'une division de première instance et d'une Cour d'appel, aura alors une compétence à peu près exclusive. Les décisions des grandes agences gouvernementales fédérales seront soumises directement au pouvoir de surveillance de la division d'appel alors que la division de première instance restera compétente à l'endroit des décisions ministérielles ou d'autres autorités publiques qui n'observent pas de procédure contradictoire complète. La division de première instance sera également compétente à l'endroit de demandes qui ne visent pas de décisions finales d'organismes de type quasi judiciaire². Les jugements de la division de première instance sont appelables devant la Cour d'appel fédérale alors que les jugements de cette dernière sont eux-mêmes appelables sur permission d'appeler à la Cour suprême du Canada.

1.1.2. Les juges

Les juges des cours de justice au Canada sont des généralistes nommés par le gouvernement fédéral ou provincial selon le niveau des cours. Les juges sont recrutés principalement parmi les avocats de pratique privée. Plus rarement on nommera des universitaires qui ont une certaine expérience du contentieux.

Une fois nommés, les juges sont indépendants du pouvoir politique et s'autodisciplinent. Ils ont cependant une obligation de réserve.

En première instance, (soit au niveau des cours inférieures, de la Cour supérieure ou de la Cour fédérale), l'audition a lieu le plus souvent devant un juge unique qui n'a aucune aide ou assistance sauf celle des avocats qui comparaissent devant lui. La situation des Cours d'appel n'est guère plus favorable. Seuls les juges de la Cour suprême du Canada bénéficient de l'aide d'un secrétaire juridique affecté à chacun d'eux. Ces secrétaires juridiques, en fonction pour un ou deux ans au maximum, sont sélectionnés parmi les meilleurs licenciés en droit des différentes facultés de droit du Canada.

De plus, les centres de documentation juridique sont souvent déficients dans la plupart des districts judiciaires, à l'exception des grands centres urbains. Pourtant, certains jugements doivent être rendus très rapidement.

2. *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, 2^e annexe, c. 10, art. 18 et 28.

On peut donc conclure de ce qui précède que les Cours de justice au Canada ne bénéficient pas d'un soutien administratif notable comme c'est le cas par exemple, pour les juridictions françaises du Conseil d'État et des tribunaux administratifs régionaux.

1.1.3. Le mandat des Cours de justice

Les Cours de justice canadiennes ont pour mandat de contrôler la légalité des actes des personnes, des corporations et des collectivités, ainsi que le proclament à la fois le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et celui de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui fait partie de la nouvelle *Loi constitutionnelle de 1982*.

Ce mandat implique un pouvoir d'intervention limité, à moins que la loi habilitante ne prévoie une possibilité d'appel à une Cour de justice non seulement sur le droit mais aussi sur l'appréciation des faits. Ce type de pourvoi est assez rare en droit administratif.

De plus, ce mandat s'exerce dans le cadre de la souveraineté parlementaire, telle que celle-ci est circonscrite par la Constitution. La Constitution prévoit un partage de compétences entre le parlement fédéral et les parlements des États membres de la fédération. La Constitution prévoit également certaines garanties inscrites au profit des individus et des groupes. Le législateur ne peut déroger à ces garanties que de la manière prévue par la Constitution elle-même³.

Avec cette réserve, le législateur peut donc restreindre le contrôle judiciaire de l'action administrative et peut aussi évidemment valider rétroactivement des actes nuls, voire mettre de côté l'effet possible ou actuel d'un jugement⁴.

1.1.4. Les moyens des Cours de justice

Les Cours de justice ne peuvent se saisir elles-mêmes d'une question ou aller chercher une preuve. Elles doivent plutôt attendre d'être saisies et apprécier la preuve qui sera présentée par les parties⁵.

3. Les seules dérogations autorisées visent les droits fondamentaux reconnus par les articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une telle dérogation doit procéder de la volonté expresse du législateur et ne vaut que pour une durée limitée, selon l'article 33(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

4. Voir D. LEMIEUX, *supra*, note 1, c. 7 et particulièrement par. 7.22.

5. *Glover c. Bell Canada*, [1981] 2 R.C.S. 563.

Les Cours de justice, surtout la Cour supérieure, jouissent de pouvoirs importants au niveau de l'audition ⁶ ainsi que de la production de témoins ou de documents (sous réserve de la règle de la confidentialité). Mais il faut évidemment que les parties connaissent ces moyens de preuve. À cet égard, les nouvelles législations sur l'accès à l'information, tant au niveau provincial que fédéral ⁷, devraient faciliter l'exercice des recours judiciaires.

Les Cours de justice peuvent aussi prendre des mesures conservatoires immédiates, telles des ordonnances de sursis, auxquelles l'administration est astreinte comme tout citoyen.

Les Cours peuvent également donner droit à toutes conclusions utiles, sous réserve que le justiciable utilise un recours approprié qui permette de donner droit à une telle conclusion.

Enfin, les Cours de justice peuvent sanctionner la violation de leurs ordonnances par la procédure de l'outrage au Tribunal qui est une mesure de nature pénale.

En conclusion, les Cours de justice peuvent donc intervenir, si elles le jugent à propos, rapidement et avec autorité, pourvu bien sûr qu'elles soient saisies par un justiciable qui ait l'intérêt pour ce faire.

1.2. Les aspects procéduraux du contentieux administratif

1.2.1. Les recours judiciaires

Il n'existe pas de recours judiciaire spécifique au droit public même si certains recours généraux sont surtout utilisés contre l'administration. Tous les recours judiciaires trouvent en fait leur fondement dans le droit judiciaire. Ces recours origineront tantôt de la common law, tantôt d'une loi ou d'un code sur la procédure civile. Au niveau fédéral, les recours sont prévus par la *Loi sur la Cour fédérale*. Ces recours judiciaires peuvent se décomposer comme suit :

L'appel est le recours privilégié pour avoir accès à la justice. Toutefois, il n'y a pas d'appel sans texte ⁸ et l'appel ne peut normalement s'exercer qu'à l'encontre d'une décision finale.

En l'absence d'appel, la plupart des recours institués contre l'administration le sont par voie de requête. Celle-ci nécessite la permission de la Cour. Il

6. Article 46 du *Code de procédure civile*. Voir aussi D. LEMIEUX, *supra*, note 1, par. 4.01.

7. *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.Q. 1982, c. 30; *Loi édictant la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111.

8. *Pollock c. Min. of Transport*, [1974] R.C.S. 749.

existe un certain nombre de recours utilisables par voie de requête. Toutefois, chacun de ces recours comporte des conditions particulières de recevabilité telles que l'existence d'une procédure contradictoire au niveau du processus administratif, l'urgence, le caractère public ou privé de la fonction exercée et ainsi de suite.

Au niveau de recours présentés par voie de requête, le dossier contient peu d'éléments et il n'y a pas lieu à enquête poussée à ce stade.

Enfin, les requêtes sont présentées le plus souvent en divisions de pratique. Celles-ci sont fort encombrées et le temps réservé pour l'audition est très limité.

Certains justiciables utiliseront également l'action ordinaire comme recours. Ce sera le cas surtout si l'on désire obtenir une réparation pécuniaire ou si l'on veut demander simplement la nullité d'un acte administratif alors que la question n'est pas urgente.

Finalement, certaines questions seront présentées à la Cour par voie de défense face à une action civile ou pénale.

Seul le recours de l'appel apparaît pleinement satisfaisant comme technique d'accès à la justice. En effet, une action ordinaire en justice prendra plusieurs années avant d'être décidée par la Cour compétente. De même, l'utilisation des différents recours présentés par voie de requête demeure aléatoire compte tenu du fait qu'il faut toujours obtenir la permission de la Cour pour que celle-ci examine la demande à son mérite. Enfin, il sera souvent difficile d'attaquer la légalité de décisions gouvernementales par voie de défense.

1.2.2. La notion d'intérêt pour agir

En droit public comme en droit privé, la règle de base est à l'effet qu'il faut un intérêt spécial pour instituer un recours en justice. Cette règle, déjà reconnue par la common law, est inscrite à l'art. 55 du *Code de procédure civile* du Québec. Or, cette nécessité d'un intérêt ou d'un préjudice spécial est difficile à concilier avec le caractère général et impersonnel des grandes mesures et politiques gouvernementales qui atteignent souvent chaque membre de la collectivité mais où aucun d'entre eux ne subit un préjudice ou n'est affecté plus spécialement que son voisin.

Aussi les Cours de justice ont-elles apporté quelques assouplissements à cette exigence de la spécialité de l'intérêt. En droit constitutionnel, lorsque personne n'est directement affecté par une loi, on autorisera le recours d'un justiciable qui a un intérêt véritable dans la question soumise lorsqu'il

n'existe pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour⁹.

En droit administratif, le Procureur général a toujours l'intérêt suffisant et peut même conférer cet intérêt à un justiciable qui lui en fait la demande. Toutefois, il arrivera rarement que le procureur général attaque la légalité d'une décision administrative et, plus rarement encore, qu'il permette à un justiciable de le faire à sa place¹⁰.

Cependant, certains arrêts récents ont permis d'étendre la notion d'intérêt suffisant pour que la Cour puisse procéder à l'examen de la légalité d'un règlement ou d'une décision administrative à portée générale. Dans le domaine qui nous concerne, soit le secteur de l'énergie, on peut donner comme exemple l'arrêt *Waddell v. Governor in Council and Foothills Pipeline (Yukon) Limited*¹¹. Dans cette affaire, un député fédéral prit connaissance d'un arrêté en conseil édictant que le gaz naturel de l'Alberta était destiné à être acheminé par pipeline en direction des États-Unis alors que la *Loi sur le pipeline du Nord*¹¹ prévoyait que seul le gaz de l'Alaska et du Yukon pouvait ainsi être acheminé. Le député, M. Waddell, se vit conférer l'intérêt nécessaire par la Cour pour le motif que, comme député, il avait été spolié du droit de voter cette modification législative *de facto*. On a ainsi étendu la notion d'intérêt en matière de constitutionnalité d'une loi au contrôle de la légalité d'un règlement. La Cour suprême du Canada a refusé la permission d'en appeler de ce jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

1.2.3 Le caractère discrétionnaire des recours judiciaires

La plupart des recours judiciaires présentent un caractère discrétionnaire. Ceci veut dire que les requêtes, voire les actions, peuvent être rejetées sans examen au mérite même si des questions de droit fort pertinentes sont soulevées. Assez souvent le droit d'appel lui-même ne sera conféré que sur permission de la Cour.

9. *Thorson c. P.G. du Canada*, [1975] 1 R.G.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. MacNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Min. de la Justice (Can.) c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575.

10. Voir D. LEMIEUX, *supra*, note 1, par. 4.04.

11. [1983] 1 W.W.R. 762. Voir aussi *Fimlay c. Min. of Finance*, Cour fédérale, Division de 1^{er} instance, 25 avril 1983. Pour une notion plus restrictive de l'intérêt pour agir, voir *Can. for Abolition of Seal Hunt c. Min. des Pêches*, [1981] 1 C.F. 733; *Ass. des propriétaires des Jardins Taché c. Entreprises Dasken*, [1974] R.C.S. 2; *Jeunes Canadiens c. T.N.M.* [1979] C.A. 491.

11a. S.C. 1977-78, c. 20.

Les Cours de justice exerceront ce pouvoir discrétionnaire pour rejeter des recours pour divers motifs¹². On peut ranger parmi ces motifs, les suivants :

- La conduite du requérant n'est pas exemplaire ;
- Il n'y a pas eu de déni de justice selon les faits allégués ;
- La demande n'est pas sérieuse ;
- La demande est purement dilatoire ;
- Le jugement qui interviendrait n'aurait aucun résultat pratique ;
- Le jugement présenterait des inconvénients majeurs ;
- Le recours a été présenté tardivement ;
- Il existerait un autre recours administratif ou judiciaire plus adéquat ;
- Le recours est prématuré ;
- Le requérant a abandonné son droit à instituer un recours.

On voit donc que le droit canadien et québécois est très différent du droit français qui connaît pour sa part le recours unique pour excès de pouvoir et une notion d'intérêt relativement large. Même si la jurisprudence récente a assoupli l'utilisation de recours alternatifs¹³, il reste que le justiciable ne doit pas normalement se tromper dans son choix pour ne pas voir son recours déclaré irrecevable. La situation des associations et des groupes comme parties à une instance judiciaire demeure floue alors qu'une grande incertitude subsiste quant aux limites du pouvoir discrétionnaire des juges pour que ceux-ci acceptent d'examiner une demande à son mérite. Il sera parfois difficile de prévoir la réaction de la Cour face à la demande qui lui est présentée.

1.3. Les principes généraux du droit administratif

Le droit public relève à l'origine de la common law. Celle-ci ne contient pas de distinction entre le droit public et le droit privé.

La common law contient cependant certaines règles qui sont particulières à la Couronne. C'est ce qu'on appelle les prérogatives de la Couronne. Ces prérogatives comportent d'une part des immunités telles la non-applicabilité des lois à la Couronne¹⁴, l'irresponsabilité civile¹⁵ et pénale de la Couronne¹⁶

12. Voir D. LEMIEUX, *supra*, note 1, par. 4.02 ; *Homex Realty c. Wyoming* [1980] 2 R.C.S. 1011 ; *Yukon Conservation Soc. c. O.N.E.*, [1979] 2 C.F. 14 ; *S.D.B.J. c. Kanatewat*, [1975] C.A. 166 ; *Ass. des consommateurs du Canada [No : 2] c. Hydro-Ontario*, [1974] 1 C.F. 460.

13. *Duquet c. Ste-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 R.C.S. 1132 ; *Vachon c. P.G. du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 555.

14. *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, C. 1-23, art. 16 ; *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. 1-16, art. 42 ; *Code civil*, act. 9 ; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd*, (1981) 34 O.R. 243 ; *R. v. Uranium Canada Ltd*, (1982) 17 B.L.R. 275.

et l'insaisissabilité de ses biens¹⁷. Aujourd'hui, la plupart des immunités ont été abolies ou confirmées par la loi. Ces immunités s'étendent par ailleurs à différents organismes, régies, commissions, entreprises publiques, qualifiés de mandataires du gouvernement ou de la Couronne par la loi ou par la jurisprudence¹⁸.

Les prérogatives comportent aussi certains pouvoirs que l'on qualifierait probablement en droit français d'actes de gouvernement et qui sont réservés à la Couronne seule. Ces pouvoirs sont relatifs à la sécurité nationale, aux relations entre l'Exécutif et le Parlement, aux mesures d'urgence ainsi qu'à la nécessaire liberté d'action gouvernementale en matière de relations internationales¹⁹.

Mises à part ces quelques exceptions, les règles applicables à l'action gouvernementale ont été développées à partir d'emprunts au droit privé. Plus particulièrement, les règles du contentieux administratif proviennent essentiellement du droit judiciaire privé, du droit commercial et corporatif, des principes généraux d'interprétation des lois et enfin du droit civil.

Du droit judiciaire privé anglais, on a tiré le principe du contrôle des tribunaux judiciaires inférieurs qu'on a étendu d'abord aux organismes administratifs présentant quelque analogie avec ces tribunaux judiciaires puis à l'ensemble des autorités administratives. La plupart des recours dirigés contre l'administration sont également tirés du droit judiciaire de même que le concept de juridiction, la notion d'erreur de droit ainsi que les principes de justice naturelle²⁰.

Le droit commercial et corporatif anglais a également permis de tirer parti de l'héritage de l'*Agency* et du *Trust*. On a utilisé cet héritage pour développer en droit public la notion de conflit d'intérêt et de *breach of Trust*²¹. De même, la notion d'*ultra vires* qui regroupe les concepts de but

15. D. LEMIEUX, *supra*, note 1, par. 7.19; *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, c. C-38.

16. D. LEMIEUX, *supra*, note 1, par. 7.18.

17. *Code de procédure civile*, art. 94; *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, art. 6 et 17 (1).

18. Voir P. GARANT, *Droit administratif*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1981, pp. 203-217.

19. P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carwell, 1977, ch. 8; S.A. de SMITH, *Constitutional and Administrative Law*, 3^e éd., London, Steven and Sons, 1977, pp. 97-107, 131-136, 195-198.

20. G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982; D. LEMIEUX, *supra*, note 1.

21. D. LEMIEUX, *La règle du désintéressement des détenteurs de charges publiques en droit français, anglais et québécois*, th., Montpellier, 1972, tome 1, pp. 106-285.

impropre, de mauvaise foi et d'erreur manifeste d'appréciation vient en droite ligne de cette tradition du droit commercial et corporatif²².

Les règles d'interprétation des lois sont aussi couramment utilisées en droit administratif. Ainsi on interprétera restrictivement les dispositions législatives qui limitent l'accès à la justice, affectent le droit de propriété, la liberté de commerce ou le droit au travail. Ces règles d'interprétation mettent l'accent sur l'intérêt des individus face à la collectivité²³.

Le droit civil a également une certaine influence sur le droit administratif. Certains recours judiciaires, telles l'action en nullité et la requête en homologation, dérivent du droit civil²⁴. Le régime juridique des contrats administratifs ainsi que de la responsabilité extracontractuelle de l'administration sera également celui du droit commun dans la plupart des cas²⁵.

On peut donc voir par ce qui précède qu'en ce qui a trait à l'organisation des cours compétentes, à la procédure suivie ainsi qu'au droit substantif applicable, l'État se voit contrôlé comme s'il était une personne assujettie au droit privé. Le contrôle judiciaire de l'administration présentera certaines analogies avec le droit de la famille, le droit des associations, des corporations. La Couronne elle-même est souvent qualifiée soit de personne physique, soit de corporation *sole*²⁶. L'analogie est encore plus grande pour les organismes publics dotés d'une personnalité corporative que peu de choses distingue des corporations privées déjà assujetties au contrôle judiciaire.

On peut toutefois se demander si une telle situation est bien adaptée aux problèmes que suscite le contentieux administratif et plus particulièrement le contentieux de l'énergie. En théorie, on ne peut répondre que non. Toutefois l'inadaptation du contrôle judiciaire aux problèmes soulevés par le contentieux de l'énergie ne saurait trouver sa réponse définitive qu'en observant la façon dont les litiges présentés aux Cours de justice ont été tranchés par ces cours.

2. Le forum judiciaire est un forum inapproprié

2.1. Réflexion générale sur le contentieux énergétique

L'examen de la jurisprudence publiée au cours des dix dernières années révèle les points suivants :

22. D. LEMIEUX, *supra*, note 21, tome 2.

23. P.A. CÔTE, *Interprétation des lois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982.

24. D. LEMIEUX, *supra*, note 1, n^{os} 5.08 et 5.12.

25. G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *supra*, note 20 ; P. GARANT, *supra*, note 18 ; D. LEMIEUX, *supra*, note 1.

26. P. GARANT, *supra*, note 18.

Il n'existe que relativement peu d'espèces, soit une quarantaine en tout, où l'on ait discuté de décisions ou politiques énergétiques. Cependant, ces cas sont pour la plupart importants et se rapportent aux grands problèmes et choix énergétiques de la dernière décennie.

En second lieu, ces espèces sont localisées territorialement.

Elles portent surtout sur des demandes d'autorisation ou d'approbation devant divers organismes gouvernementaux.

Enfin, les requérants ou les demandeurs proviennent des milieux les plus hétérogènes.

Sur le premier point, il faut se rappeler que l'intervention de l'État dans le domaine de l'énergie est relativement récente. Nombre de décisions gouvernementales sont aussi purement politiques et perçues comme telles. Certaines d'entre elles ne peuvent normalement donner lieu à un contrôle judiciaire. Ainsi des actes de gestion commerciale des entreprises publiques ou privées qui ne nécessitent pas d'approbation gouvernementale. Il en va différemment de décisions qui sont précédées d'enquêtes ou d'auditions publiques. Celles-ci comportent une prépublicité et attirent la présence active de contestataires.

La crise de l'énergie des dernières années a amené un plus grand contrôle de l'État. Les interventions de ce dernier ont donc tendance à augmenter et le nombre d'espèces jugées par les tribunaux devrait donc augmenter à son tour.

La concentration territoriale des jugements s'explique facilement. Les grands projets énergétiques sont surtout concentrés dans le Nord du pays ou au large des côtes. Dans ces cas, peu de citoyens sont affectés directement par ces projets, à l'exception des Indiens et des Inuits. Il est vrai que la construction de lignes à haute tension et d'installations nucléaires s'effectue plus près des zones urbaines. Cependant, jusqu'à récemment, les entreprises qui construisaient les lignes à haute tension n'avaient besoin d'aucune approbation gouvernementale²⁷. Quant aux centrales nucléaires, elles ne sont pas encore nombreuses et l'éveil de la sensibilité populaire à ce type d'énergie a été tardif au Canada. Il n'y a pas si longtemps encore, la Commission de contrôle de l'énergie atomique ne tenait pas d'auditions publiques²⁸. Il en va de même de projets concernant la disposition de déchets radioactifs ou la construction de barrages. Ceci explique que le

27. *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, art. 6.1 à 6.8; *Décret 3734-80 sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement*.

28. *Politiques et lignes directrices portant sur les interventions auprès de la Commission de contrôle de l'énergie atomique*, texte de réglementation R-76, en vigueur le 17 mai 1983.

contentieux des dix dernières années porte surtout sur l'exploitation du pétrole et du gaz naturel.

Dans ces domaines, les entreprises désireuses de mener à bien des projets d'exploitation doivent demander à l'Office national de l'énergie la permission pour ce faire dès que le projet présente un impact extra-provincial. Des organismes provinciaux sont compétents pour les demandes qui ne visent que le territoire d'une province. C'est à ce niveau des auditions publiques des organismes de régulation économique relativement à des requêtes visant l'approbation de projets ou de tarifs que l'on trouve la majorité des cas qui sont soumis aux Cours de justice.

Parmi les intervenants on retrouvera :

- 1) les collectivités publiques provinciales ou fédérales qui veulent protéger leur domaine de compétence ou leur souveraineté.
- 2) Les entreprises privées qui protègent leurs intérêts économiques.
- 3) Les autochtones qui sont maintenant très actifs pour protéger leurs droits devant toutes les instances politiques et judiciaires.
- 4) Des groupes de pression (associations, collectivités locales...) qui désirent protéger la qualité de la vie et l'environnement.

On voit donc par ce qui précède que les individus sont les grands absents des débats judiciaires. Le manque de ressources financières les empêche d'intervenir même lorsqu'ils sont directement affectés. Ainsi, on ne trouve à peu près pas de cas où un individu ait contesté le droit d'une entreprise ou d'un organisme public d'exproprier sa propriété pour les fins d'un projet énergétique²⁸.

Après cette présentation générale du contentieux énergétique, nous verrons maintenant comment le contrôle judiciaire s'est effectué. Pour ce faire, nous avons regroupé sous trois catégories les différents motifs invoqués par les justiciables. Ces motifs sont l'incompétence légale, l'illégalité de la procédure suivie, le détournement de pouvoir.

2.2. Le contrôle de la compétence des autorités gouvernementales

Le contrôle de la compétence des autorités gouvernementales apparaît, à la lumière des cas étudiés, comme celui pour lequel les cours de justice sont le mieux équipées et jouissent d'un rôle privilégié. Il s'agit en effet ici d'un strict contrôle de légalité qui nécessite moins d'expertise technique.

28a. L'affaire *Calgary Power c. Capithorne* [1959] R.C.S. 24 demeure exceptionnelle.

2.2.1. La compétence constitutionnelle

La plupart des grands problèmes politiques interprovinciaux dans le domaine de l'énergie ont été avivés par la hausse des prix et par une prise de conscience de la rareté des ressources non renouvelables. Aussi n'est-il pas surprenant que ces grands problèmes se soient trouvés reportés devant les Cours de justice qui ont alors un rôle fort délicat à jouer, celui d'arbitrer les litiges entre diverses provinces ou encore entre une province et l'État fédéral.

En général, les Cours de justice considèrent que l'État fédéral doit prédominer dès lors que le problème énergétique est d'envergure nationale. Toutefois, on a reconnu la constitutionnalité des pouvoirs d'intervention et de réglementation économique des provinces même si, incidemment, ces pouvoirs peuvent déborder du cadre provincial. Souvent, on considérera que la responsabilité d'une question est partagée. Ainsi des installations nucléaires qui sont, au Québec, à la fois sous la responsabilité de la Commission de contrôle de l'énergie atomique et de celle du Bureau des audiences publiques.

Parmi les espèces qui ont été portées à l'attention des tribunaux au cours des dix dernières années, on peut mentionner les suivantes où on a mis en doute la compétence fédérale à :

- régler l'importation de l'essence dans une province²⁹ ;
- régler les pipelines et les contrats des entreprises dans ce domaine³⁰ ;
- légiférer sur le pétrole et le gaz offshore³¹.

De même, on a contesté la compétence provinciale à :

- décréter un impôt sur les revenus miniers dans la province³² ;
- émettre des permis de construction de lignes de transport d'électricité³³ ;
- ce que des lois provinciales en matière d'énergie comportent des effets extra-provinciaux³⁴.

29. *Caloil c. P.G. du Canada*, [1971] R.C.S. 543.

30. *Sask. Power c. Trans Canada Pipeline*, [1979] 1 R.C.S. 297.

31. *Re : Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792. La Cour suprême du Canada doit rendre sous peu un jugement dans une affaire opposant le gouvernement de Terre-Neuve et le gouvernement du Canada.

32. *Can. Industrial Gas and Oil c. Gouv. de Sask.*, [1978] 2 R.C.S. 545.

33. *Fulton c. Energy Resources Conservation Board*, [1981] 1 R.C.S. 153.

34. *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act, 1980*, (1981) 134 D.L.R. (3d) 288.

2.2.2. La compétence administrative

Les Cours de justice devront aussi souvent vérifier si une décision ou un règlement est compatible avec la loi habilitante.

L’Affaire Waddell, déjà citée, est intéressante à cet égard. À cause des répercussions internationales, le gouvernement canadien avait désiré donner à une convention passée avec les États-Unis et à une décision subséquente rendue par l’Office national de l’énergie une valeur législative. C’est ce qu’il fit en adoptant une loi à cet effet. Par la suite, le gouvernement voulut modifier le projet qui avait été ainsi entériné. Il le fit par la voie d’un simple décret. Il semblerait que le gouvernement eût dû modifier la loi plutôt que d’agir ainsi par simple décision administrative.

D’autres questions de compétence ont été présentées récemment aux Cours de justice. Ainsi, on a eu à trancher la question de savoir si la Commission de contrôle de l’énergie atomique pouvait décider du transfert de matériaux radioactifs³⁵. On s’est aussi demandé si l’Office national de l’énergie bénéficiait d’un pouvoir général d’enquête et pouvait obliger les entreprises soumises à sa compétence à lui fournir tous les renseignements qu’elle souhaitait obtenir d’elles³⁶. On s’est aussi interrogé à savoir si le *Public Utilities Board* de l’Alberta pouvait modifier des tarifs d’entreprises réglementées, puis réviser les mêmes tarifs en cours de validité³⁷.

En général, les Cours ont interprété assez largement le mandat des organismes gouvernementaux de façon à ce que ceux-ci puissent avoir les moyens de leurs responsabilités. Cependant, ces responsabilités doivent être clairement exprimées sinon la théorie de l’*ultra vires* ou de l’excès de juridiction s’appliquera à tous actes posés en dehors du cadre législatif³⁸.

2.3. Le contrôle du processus décisionnel

Lorsqu’une procédure est prévue par loi ou règlement, un organisme administratif la suit normalement. Mais que se passe-t-il lorsque des personnes désirent participer au processus décisionnel alors qu’aucune procédure n’a été prescrite par le législateur ou encore lorsque celle-ci est incomplète ?

35. *Torontio v. Atomic Energy Control Board*, (1981) 10 C.E.L.R. 146.

36. *Interprovincial Pipeline Ltd c. O.N.E.*, [1978] 1 C.F. 601.

37. *Dome Petroleum c. Public Utilities Board*, [1977] 2 R.C.S. 822.

38. Outre les affaires précitées, voir aussi *Westcoast Transmission c. B.C. Hydro* [1981] 2 C.F. 636; *Northern and Central Gas v. A.G. Canada*, [1971] 4 W.W.R. 413; *McAfee v. Irving Refining*, (1971) 17 D.L.R. (3d) 729; *Nova c. Amoco Canada*, [1981] 2 R.C.S. 437.

Les Cours ont alors à qualifier le pouvoir exercé afin d'établir s'il existe en l'espèce un minimum de procédure contradictoire et, si oui, à quelles garanties procédurales ces personnes peuvent s'attendre.

Les décisions politiques du cabinet et les actes réglementaires des autorités administratives de même que les énoncés de politique ne sont pas assujettis en principe à une procédure contradictoire³⁹. Ils ne seront sujets au contrôle judiciaire qu'en cas d'incompétence ou de détournement de pouvoir.

Cependant, les décisions, prises par une autorité gouvernementale, qui affectent spécialement certaines personnes sont soumises d'après la jurisprudence à un devoir d'agir équitablement, c'est-à-dire au droit d'être informé et de transmettre son point de vue. Ce sera surtout le cas lorsqu'un droit de propriété est affecté⁴⁰. En vertu de l'article 1 a) de la *Déclaration canadienne des droits* et, possiblement, de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce devoir d'agir judiciairement en pareil cas existe à l'égard de l'Administration fédérale et de celle des provinces autres que le Québec⁴¹. Le devoir d'agir équitablement de l'Administration québécoise se fonde plutôt sur l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴².

En cette matière, les règles procédurales relatives à l'avis et à la publicité sont jugées essentielles⁴³.

Enfin, un organisme qui procède à des enquêtes et à une audition à caractère public est souvent assujetti à une procédure contradictoire assez complète à moins que l'enquête ne soit à caractère très général⁴⁴.

39. *P.G. du Canada c. Inuit Tapirisat*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Bates v. Loard Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373; *Pacific Pilotage Authority v. Alaska Trainship*, (1979) 28 N.R. 451, infirmé sur autre point *sub. nom Alaska Trainship c. Admin. de pilotage du Pacifique*, [1981] 1 R.C.S. 261; *Gladstone Petroleum v. Husky Oil (Alta)*, [1982] 6 W.W.R. 577.

40. *Wiswell c. Metrop. Corp. of Greater Winnipeg*, [1965] R.C.S. 512; *Cardinal Insur. c. Min. des Finances*, [1982] 2 C.F. 527; *Hôpital Bellechasse c. Pilote*, [1975] 2 R.C.S. 454; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Reg. Bd of Comrs of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Alliance des prof. cath. de Montréal c. L.R.B.*, [1953] 2 R.C.S. 140.

41. L'article 1 a) de la Déclaration Canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, prévoit « le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de vivre s'en voir privé que par l'application régulière de la loi ». L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés dispose pour sa part que : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

42. Cet article édicte que : « Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle... ».

43. *Re Costello*, Juris.-Exp. 83-171. (Cour suprême du Canada).

44. *Frat. Interprov. des ouvriers en électricité c. O.C.Q.*, Juris. Exp. 83-188 (C.A.); *St-Hilaire c. Bégin*, [1982] C.A. 25; *Irvine c. Comm. sur les pratiques restrictives de commerce*, [1982]

En ce qui concerne les organismes de régulation, la jurisprudence a considéré que la Commission de contrôle de l'énergie atomique présentait un caractère plus administratif que judiciaire probablement à cause de la confidentialité qui règne dans le domaine nucléaire et du fait que les décisions à prendre relèvent de politiques nationales et posent des problèmes de sécurité⁴⁵.

En revanche, l'Office national de l'énergie est véritablement un organisme quasi judiciaire comme sa loi le prévoit d'ailleurs⁴⁶. On verra toutefois plus loin les difficultés du double rôle politique et judiciaire que joue cet office.

Les organismes de régulation économique provinciaux ont eux aussi été qualifiés de quasi judiciaires c'est-à-dire qu'ils sont assujettis à une procédure contradictoire relativement complète⁴⁷.

Le bilan des interventions judiciaires dans le domaine de la procédure suivie peut s'établir comme suit. Les tribunaux ont admis assez souvent que les décisions particulières prises dans le domaine énergétique par voie d'approbation notamment doivent être précédées d'une procédure contradictoire. Cependant, la jurisprudence n'admet qu'avec beaucoup de réticence que les décisions à portée générale, qu'il s'agisse d'actes réglementaires ou de décisions de politique générale, soient assujetties aux mêmes exigences.

Même dans le cas où un organisme public doit agir quasi judiciairement, cet organisme aura généralement le choix des moyens dans le cadre de la loi, c'est-à-dire qu'il pourra déterminer lui-même la nature et la forme de la participation⁴⁸. Mais un organisme qui est qualifié de quasi judiciaire devra par ailleurs respecter les exigences de la loi relativement à l'avis à l'information, à la possibilité de s'exprimer et à la motivation. Il s'agit là de formalités jugées essentielles.

2.4. Le contrôle de la finalité

Ce contrôle de la finalité s'exerce d'abord sur les décisions fondées sur des motifs illégaux ou prises pour des fins étrangères à l'esprit de la loi.

1 C.F. 72; *Re Canac Exploration and Alta Oil and Gas Conservation Board*, (1969) 43 D.L.R. (2d) 755.

45. *Croy c. Comm. de contrôle de l'énergie atomique*, [1981] 1 C.F. 515; *Agip S.P.A. c. Comm. de contrôle de l'énergie atomique*, [1979] 1 C.F. 223; *Re S.E.A.P. and Atomic Energy Control Board*, (1977) 74 D.L.R. (3d) 541.

46. *Comm. for Justice and Liberty c. O.N.E.*, [1978] 1 R.C.S. 369; *P.G. du Manitoba c. O.N.E.*, [1974] 2 C.F. 502.

47. *Leach v. Sask. Oil and Gas Corp.*, (1980) 6 Sask. R. 4 (C.A.); *Dome Petroleum c. Public Utilities Board*, [1977] 2 R.C.S. 822; *Northwestern Utilities c. Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684.

48. *Trans Mountain Pipe Line c. O.N.E.*, [1979] 2 C.F. 118; *Croy c. Comm. de contrôle de l'énergie Atomique*, [1981] 1 C.F. 515; *Union Gas Ltd c. Trans. Canada Pipeline*, [1979] 2 C.F. 313.

Déjà, en 1959, dans l'affaire *Calgary Power c. Copithorne*⁴⁹, il a été admis qu'un pouvoir discrétionnaire même conféré dans les termes très larges devait être exercé de bonne foi. Cependant la mauvaise foi demeure difficile à prouver.

La notion de but impropre, c'est-à-dire le fait d'agir pour un but contraire à la loi, est plus objective mais le but ou l'esprit de la loi est parfois difficile à trouver en l'absence de principes directeurs. En pratique, ce motif confinerait souvent à l'incompétence légale⁵⁰.

Le principe d'erreur manifeste d'appréciation (*unreasonableness*) a été plaidé sans trop de succès par les justiciables pour faire contrôler des décisions administratives prises sans que l'on ait tenu compte de certains facteurs telles l'atteinte à l'environnement ou la prise en considération d'éléments socio-économiques ou qu'on les ait insuffisamment considérés⁵¹.

Cependant, la Cour suprême du Canada a reconnu dans d'autres domaines qu'une décision prise sans motif sérieux ou encore qui manifeste un déséquilibre entre les faits invoqués et le résultat atteint pourrait être annulée comme étant déraisonnable⁵².

On a également invoqué le principe de la règle de l'égalité devant les charges publiques. Sans se prononcer sur le mérite de la décision, la Cour pourra, en pareil cas, décider que les personnes affectées par une norme générale ou par une décision individuelle ont droit à une indemnisation parce qu'elles ont souffert un préjudice pour le bien commun. Normalement, l'évaluation de ce préjudice sera faite par un tribunal d'expropriation. Sinon, il sera possible de plaider sur la base de l'article 407 du *Code civil*⁵³ ou de l'article 1057 du *Code civil*⁵⁴ ou encore profiter de la règle d'interprétation

49. [1959] R.C.S. 24.

50. *Sask. Power c. Trans Canada Pipeline*, [1981] 2 R.C.S. 688.

51. *Ass. des consommateurs du Canada c. Hydro-Ont.* [No. : 1], [1974] 1 C.F. 553; *Comm. for Justice and Liberty c. Inter. Pipeline (N.W.)*, [1982] 1 C.F. 619.

52. *Quinn Truck Lines c. Snow*, [1981] 2 R.C.S. 657; *Manitoba Transport Board c. Purolator*, [1981] 2 R.C.S. 364, p. 387; *Medecine Hat c. Wahl*, [1979] 2 R.C.S. 12.

53. Art. 407: « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité ».

54. Art. 1057: « Les obligations naissent, en certains cas, de l'opération seule et directe de la loi, sans qu'il intervienne aucun acte, et indépendamment de la volonté de la personne obligée, ou de celle en faveur de qui l'obligation est imposée;

Telles sont les obligations des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la charge qui leur est imposée;

L'obligation des enfants de pourvoir à leurs parents indigents les nécessités de la vie;

Certaines obligations des propriétaires de terrains adjacents;

Les obligations qui en certaines circonstances, naissent de cas forfuits;

Et autres semblables.

dégagée par la Cour suprême dans l'arrêt *Manitoba Fisheries*⁵⁵ que la rupture de l'égalité devant les charges publiques doit donner ouverture à indemnisation. On retrouve quelques décisions dans le contentieux de l'énergie où une telle indemnité a été accordée⁵⁶.

Dans plusieurs affaires, des Cours n'ont pas voulu sous couvert de contrôle de la légalité interne, transposer le débat sur le fond au niveau du forum judiciaire. Ainsi dans l'affaire *Trans Mountain Pipeline Company Ltd c. Office National de l'énergie*, l'appelante invoquait au soutien de son appel que l'Office national de l'énergie avait erré en droit en déterminant le montant des droits payables par les utilisateurs de son pipeline. L'Honorable juge Pratte de la Cour fédérale indiqua de façon très nette que la Cour n'avait pas à s'immiscer dans une telle question⁵⁷ :

De toute évidence, c'est à l'Office et non à la Cour de décider, en vertu de la Loi, si ces droits [d'utilisation d'un pipeline] sont justes et raisonnables. La signification des mots « justes et raisonnables » contenus à l'article 52 [de la Loi sur l'Office de l'Énergie] est évidemment une question de droit, qu'on peut néanmoins très facilement résoudre, étant donné que ces droits ne sont pas utilisés dans un sens technique particulier : on ne peut donc dire qu'ils sont obscurs ou qu'ils nécessitent une interprétation. La difficulté vient de la méthode que l'Office doit utiliser et des facteurs dont il doit tenir compte pour évaluer le caractère juste et raisonnable des droits. La loi n'aborde pas ces questions. À mon avis, elles doivent être laissées à la discrétion de l'Office qui possède, dans ce domaine, des compétences que n'ont habituellement pas les juges. Si l'Office porte son attention sur la bonne question, comme il l'a manifestement fait dans la présente affaire, c'est-à-dire sur le caractère juste et raisonnable des droits, et s'il ne fonde pas sa décision sur des considérations manifestement non pertinentes, il ne commet pas d'erreur de droit simplement parce qu'il évalue le caractère juste et raisonnable de ces droits selon une méthode différente de celle qu'aurait adoptée la Cour.

On voit par ce qui précède que le contrôle de la légalité interne est peu poussé dans le contentieux de l'énergie et il est difficile de prévoir un rôle plus actif des Cours canadiennes et québécoises dans un secteur aussi technique et politique à moins que l'on ne donne à la Charte canadienne des droits et libertés une portée encore imprévue.

Sur un plan plus général, on peut voir de ce qui précède que face à des questions mettant en jeu la participation du public aux décisions énergétiques,

55. *Manitoba Fisheries c. R.*, [1979] 1 R.C.S. 101. Voir aussi *La Ferme Filiber c. R.*, [1980] 1 C.F. 128.

56. *Larocque c. P.G.*, Juris Exp. 81-955 (C.S.); *C.I.P. c. Hydro-Québec*, Juris-Exp. 81-1159 (C.S.).

57. [1979] 2 C.F. 118, p. 121. On peut retrouver un passage semblable sous la plume de l'honorable juge Thurlow dans *B.C. Hydro and Power Authority c. Westcoast Transmission*, [1981] 2 C.F. 646, p. 670.

le pouvoir judiciaire a joué davantage un rôle d'arbitre que d'intervenant actif ou de médiateur.

Le contrôle judiciaire assure que les règles du jeu constitutionnel et législatif de même que certains principes généraux du droit seront sauvegardés. Ce contrôle permet de préciser les contours de la participation lorsque celle-ci est prévue expressément ou par déduction nécessaire par la loi.

Mais devant un pouvoir discrétionnaire conféré dans des termes très généraux par le législateur, les Cours ne s'immisceront pas dans le bien-fondé de politiques ou de décisions. L'essor de la théorie de la rationalité administrative au niveau de l'action gouvernementale permettrait peut-être aux Cours de jouer un rôle plus poussé mais celui-ci les ferait sans doute sortir de leur mandat traditionnel.

Est-ce à dire que le contrôle judiciaire n'est approprié que pour des cas d'abus de pouvoir ? Le faible nombre de demandes ne doit pas faire illusion. Les plus grands projets énergétiques de la dernière décennie ont été influencés par le contrôle judiciaire. En voici trois exemples.

3. Le contrôle judiciaire, technique parfois efficace pour faciliter la participation

3.1. *Société de développement de la Baie-James c. Kanatawat*

Au début des années 1970, le gouvernement du Québec mit en œuvre ce qui fut appelé alors le « projet du siècle ». Il s'agissait de développer le potentiel hydro-électrique de la Baie-James, région représentant 1/5 du territoire du Québec, soit environ 60 % du territoire de la France. Ce projet évalué à un milliard de dollars permettrait au Québec de devenir exportateur d'énergie. L'État québécois créa la Société de développement de la Baie-James pour que celle-ci fût le maître d'œuvre de ce développement en liaison avec l'Hydro-Québec.

Sur le territoire de la Baie-James vivaient de chasse et de pêche quelques milliers d'Indiens et d'Inuits. Ceux-ci furent rapidement sensibilisés au fait que la construction de barrages entraînerait l'inondation de leur territoire et serait susceptible de changer leur mode de vie. Les Indiens et les Inuits exigèrent certaines garanties à cet effet en plus d'une indemnisation équitable en se fondant sur les traités qu'ils avaient passés avec la Couronne. Ces traités reconnaissaient leurs droits ancestraux sur le territoire de la Baie-James.

Le Gouvernement du Québec ne se sentait pas lié par ces traités qu'il estimait de légalité douteuse. Certaines offres furent faites aux Indiens et aux

Inuits mais elles furent aussitôt rejetées comme étant insuffisantes. Le projet alla de l'avant.

Devant cette situation, cent cinquante Indiens et Inuits instituèrent une action en injonction permanente pour obtenir l'arrêt du projet pour motif d'illégalité. Les demandeurs présentèrent également une requête pour injonction interlocutoire afin d'obtenir l'arrêt immédiat des travaux pendant la durée de l'instance principale.

Dans un jugement de plus de cent cinquante pages, l'honorable juge Malouf accorda l'injonction interlocutoire sollicitée⁵⁸. La Cour fut d'avis que les Indiens possédaient un droit apparent sur le territoire de la Baie-James et que ce droit serait irrémédiablement affecté si l'injonction était refusée et si les travaux de construction du complexe hydro-électrique étaient mis en œuvre.

Cependant, il y eut un renversement de situation en Cour d'appel. La Cour d'appel estima en effet que les droits des autochtones n'étaient pas aussi clairs que l'honorable juge Malouf l'avait estimé et que, par ailleurs, le préjudice invoqué était plus grand à maints égards pour la collectivité et pour les promoteurs du projet que pour les autochtones si le projet devait être arrêté. En conséquence, la Cour d'appel annula l'injonction interlocutoire qui avait été accordée en Cour supérieure⁵⁹. Les requérants portèrent la question à l'attention de la Cour suprême du Canada.

Celle-ci n'eut jamais l'occasion de rendre un jugement sur cette question. La large publicité qui entoura le jugement de l'honorable juge Malouf et les procédures en Cour d'appel sensibilisèrent l'opinion publique ainsi que le gouvernement fédéral. Ceci obligea le gouvernement du Québec à négocier sérieusement avec les Indiens et les Inuits.

Le résultat de ces négociations fut un prodigieux document de plusieurs centaines de pages qui prévoyait tous les aspects du projet, de l'organisation administrative du territoire de la Baie-James jusqu'aux modes de protection de l'environnement en plus, bien sûr, de prévoir une indemnité de plusieurs centaines de millions de dollars pour les Indiens et pour les Inuits en contrepartie de l'abandon de toute procédure judiciaire contre la décision gouvernementale⁶⁰.

Ainsi, un recours judiciaire qui semblait destiné à un échec engendra une procédure contractuelle de participation et un résultat satisfaisant pour la majorité des intéressés.

58. *Kanatewat c. S.D.B.J.*, [1974] R.P. 38.

59. *S.D.B.J. c. Kanatewat*, [1975] C.A. 166.

60. *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Québec, Éditeur officiel, 1980.

3.2. *Committee for Justice and Liberty c. Office nationale de l'énergie.*

En 1972, le gouvernement Trudeau établit parmi ses priorités un projet de construction d'un pipeline d'une longueur d'environ huit mille kilomètres destiné à transporter le gaz naturel du Grand Nord canadien et de l'Alaska vers les États-Unis.

La Corporation de développement du Canada, société d'État fédérale, servit de fer de lance de cette politique afin de susciter la création d'un consortium d'entreprises sous le nom de *Canadian Arctic Gas Pipeline Ltd.*

Le vice-président de la Corporation de développement du Canada, monsieur Marshall Crowe, fut délégué par celle-ci pour animer un Comité qui eut pour mandat de préparer les divers éléments constitutifs d'une requête à l'Office national de l'énergie. Le Comité prépara effectivement cette requête.

Puis survint une vacance à la présidence de l'Office national de l'énergie. Le gouvernement fédéral nomma monsieur Marshall Crowe comme président de l'Office en raison de son expertise et de sa connaissance des dossiers et des politiques gouvernementales dans le domaine de l'énergie.

Lorsque la demande du consortium *Canadian Arctic Gas Pipeline* fut enfin présentée à l'Office national de l'énergie, monsieur Crowe présidait le banc de l'Office chargé de l'audition de cette requête. Au premier jour de l'audition, le *Committee for Justice and Liberty* ainsi que quelques autres groupes opposés au projet demandèrent la récusation de monsieur Crowe pour motif de partialité. Celui-ci ne trancha pas la question soumise mais la renvoya à la Cour fédérale pour qu'elle y soit jugée⁶¹.

La Cour fédérale considéra que plus d'un an s'était écoulé entre la nomination de monsieur Crowe à l'Office et l'audition de la requête. La Cour estima également que l'exigence de l'impartialité ne devait pas être en l'espèce celle qui est applicable à une cour de justice. M. Crowe n'avait fait que représenter la Corporation de développement du Canada au sein du Comité et pouvait changer d'opinion à la suite de l'audition⁶².

La Cour suprême du Canada fut d'un autre avis. Malgré une forte dissidence de l'honorable juge De Grandpré, la Cour estima majoritairement que l'Office national de l'énergie constituait un véritable organisme quasi judiciaire. Sa loi constitutive prévoyait même qu'elle était une cour d'archives.

61. Il s'agit de la procédure du renvoi, prévue à l'article 28 (4) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, 2^e annexe, ch. 10.

62. *In re Pipeline de Gaz Arctique Canadien*, [1976] 1 C.F. 20.

De plus, la Cour jugea qu'il y avait un doute raisonnable que monsieur Crowe fût préjugé car il avait joué un rôle engagé personnel dans la préparation de la requête⁶³.

Le Conseil des ministres fédéral vit dans cette disqualification judiciaire un camouflet car la Cour se prononçait indirectement en ce faisant sur l'opportunité de la nomination de monsieur Crowe. Ce dernier démissionna peu après.

Pour des raisons peu claires, le gouvernement nomma alors comme enquêteur *ad hoc* pour s'occuper du dossier, l'honorable juge Berger de la Cour supérieure de la Colombie-Britannique. Monsieur Berger était un ancien député fédéral néo-démocrate et un partisan affiché de l'écologie et des droits des autochtones. L'honorable juge Berger visita le territoire de la vallée de la Mackenzie où le pipeline devait être construit. Il rencontra les représentants des communautés locales ainsi que d'autres personnes et groupes intéressés et remit enfin à l'Office national de l'énergie un volumineux rapport qui recommandait un moratoire de dix ans vis-à-vis du projet de façon à mieux en mesurer les conséquences.

Entre temps, le ministre responsable de l'énergie avait indiqué que le gouvernement fédéral se désintéressait maintenant de ce méga-projet⁶⁴. L'Office national de l'énergie transmit effectivement une recommandation négative au Cabinet et la requête fut rejetée.

Ainsi, la requête en récusation présentée contre monsieur Crowe avait constitué le grain de sable qui bloqua l'engrenage. Aujourd'hui, le projet de construction d'un pipeline dans la vallée de la MacKenzie demeure encore d'actualité mais le gouvernement fédéral et les entreprises concernées sont plus conscients des exigences liées à la protection de l'environnement et aux droits des autochtones. Les négociations demeurent en cours à ce sujet.

3.3. *Athabasca Tribal Council c. Amoco Canada*

Cette troisième affaire concerne un projet de forage de pétrole dans le nord de l'Alberta.

Le Conseil de la tribu des Athabascains avait participé à l'audition de la requête d'Amoco Canada devant l'*Energy Resources Conservation Board* de l'Alberta relativement à l'approbation de ce projet. Le Conseil avait demandé que les Indiens soient engagés en priorité sur le chantier afin de ne pas être laissés pour compte dans ce projet.

63. *Comm. for Justice and Liberty c. O.N.E.*, [1978] 1 R.C.S. 369.

64. *Le Soleil*, 5 mai 1976.

L'*Energy Resources Conservation Board* accorda le permis sollicité par Amoco Canada mais exigea parmi les conditions de ce permis la mise en place par Amoco Canada d'un programme d'action positive comportant des quotas en faveur des Indiens.

Amoco Canada contesta la légalité de cette condition qu'il estimait *ultra vires* des pouvoirs du *Board*.

Autant la Cour d'appel de l'Alberta⁶⁵, saisie en appel de cette décision, que la Cour suprême du Canada⁶⁶ donnèrent gain de cause à Amoco. Ces Cours estimèrent que la notion d'intérêt public telle qu'elle pouvait être dégagée de la loi n'était pas suffisamment large pour inclure des considérations fondées sur la promotion des intérêts des autochtones. Il s'agissait plutôt d'une loi de régulation économique.

Toutefois, la Cour suprême du Canada ajouta en *obiter dictum* que la Commission des droits de la personne de l'Alberta pouvait, elle, valablement imposer une telle exigence suite à une plainte des Indiens.

La compagnie Amoco comprit vite le message et pour s'éviter une telle plainte préféra prendre les devants et mettre sur pied un programme volontaire d'action positive qui a semblé satisfaire les Indiens.

Encore une fois, ce qui s'avéra une défaite judiciaire pour les Indiens fut, en pratique, une victoire.

Ces trois exemples montrent que l'usage du forum judiciaire peut avoir pour effet l'obtention d'un délai de même qu'une publicité embarrassante pour l'administration ou l'entreprise concernée. Quel que soit le sort de l'instance judiciaire, on obligera souvent les autorités impliquées dans les projets énergétiques à mieux consulter les personnes et groupes intéressés, voire à modifier le projet initial.

Conclusion

On peut donc conclure que le contrôle judiciaire ne constitue pas en lui-même une technique de participation alternative. Il s'agit plutôt d'un moyen de faire contrôler les illégalités les plus manifestes et surtout de faciliter l'exercice des autres techniques de participation.

65. *Athabasca Tribal Council v. Amoco Canada*, (1980) 112 D.L.R. (3d) 200.

66. *Athabasca Tribal Council v. Amoco Canada*, [1981] 1 R.C.S. 699.