

Les Cahiers de droit



Le principe de précaution et la déférence judiciaire en droit administratif

Geneviève Cartier

Volume 43, Number 1, 2002

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043703ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043703ar>

[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

Cartier, G. (2002). Le principe de précaution et la déférence judiciaire en droit administratif. *Les Cahiers de droit*, 43(1), 79–101.

<https://doi.org/10.7202/043703ar>

Article abstract

In the following paper, the author questions the compatibility of the requirements of the precautionary principle with the attitude of judicial deference which Canadian courts have developed as regards decisions of specialized administrative decision-makers. The degree of judicial deference depends on a number of factors, among which the expertise of the administrative decision-maker and the discretionary nature of its power. Because the precautionary principle essentially consists in a risk-managing strategy submitted to decision-makers called upon to take position in a context of scientific uncertainty, the expertise of the decision-maker could hardly be the basis for judicial deference since, in such a situation experts reach the limits of their expertise. However, where the decision-maker is endowed with discretion, the discretionary nature of such power might justify deference and limit judicial review to situations in which the decision is unreasonable. According to *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the reasonableness of any exercise of discretion notably rests on its being compatible with the values underlying its delegation. Now, the values which underlie any delegation of the power of making decisions in a precautionary situation notably express the necessity to enlarge the public space of dialogue, in order to allow citizens to express themselves as regards both the measures to be taken and the level of risk they are ready to accept in a context of scientific uncertainty. In addition, *114957 Canada ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)* suggests a number of indications that Canada would recognise the values embedded in the precautionary principle. Consequently, the requirements of the latter are compatible with the politics of judicial deference, which will be applied, not to the content of the decision taken in a precautionary situation, but to the process followed in the reaching of that decision.

Le principe de précaution et la déférence judiciaire en droit administratif*

Geneviève CARTIER**

Dans l'article qui suit, l'auteure cherche à vérifier la compatibilité des exigences que pose le principe de précaution avec l'attitude de déférence des cours de justice canadiennes à l'égard des décisions des organismes administratifs spécialisés. Le degré de déférence judiciaire repose sur un certain nombre de facteurs, parmi lesquels figurent l'expertise du décideur administratif et la nature discrétionnaire de son pouvoir. Comme le principe de précaution constitue à la base une stratégie de gestion des risques soumise à l'attention des décideurs appelés à prendre position dans un contexte d'incertitude scientifique, l'expertise du décideur pourrait difficilement fonder la déférence judiciaire puisque, dans un tel cas, l'expert atteint les limites de son expertise. Toutefois, dans l'hypothèse où le décideur dispose d'un pouvoir discrétionnaire, cette caractéristique pourrait justifier la déférence et limiter le contrôle judiciaire au caractère raisonnable de la décision rendue. Selon l'affaire Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), le caractère raisonnable d'une décision discrétionnaire repose notamment sur sa compatibilité avec les valeurs qui en sous-tendent la délégation. Or, les valeurs qui sous-tendent toute délégation du pouvoir de rendre des décisions dans un contexte de précaution expriment notamment la nécessité d'élargir l'espace public de dialogue, pour permettre aux citoyens de s'exprimer quant aux

* Nous remercions les professeures France Houle et Hélène Trudeau de nous avoir invitée à participer à la réunion commune des sections de droit de l'environnement, de droit international, de droit de la santé et de droit administratif de l'Association canadienne des professeurs de droit, tenue le 29 mai 2001 à Québec, au cours de laquelle nous avons présenté les grandes lignes de l'argument que nous développons dans le présent article. Nous remercions également nos collègues, Suzanne Comtois et Pierre-François Mercure, du temps qu'ils ont bien voulu consacrer à sa relecture.

** Professeure, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

mesures à prendre et au niveau de risque qu'ils sont prêts à accepter dans un contexte d'incertitude scientifique. De plus, l'affaire 114957 Canada ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville) suggère un certain nombre d'indications selon lesquelles le Canada reconnaîtrait les valeurs que véhicule le principe de précaution. Par conséquent, les exigences de ce principe sont compatibles avec la politique de déférence judiciaire, qui s'appliquera non pas au contenu de la décision prise dans un contexte de précaution mais au processus suivi pour y parvenir.

In the following paper, the author questions the compatibility of the requirements of the precautionary principle with the attitude of judicial deference which Canadian courts have developed as regards decisions of specialized administrative decision-makers. The degree of judicial deference depends on a number of factors, among which the expertise of the administrative decision-maker and the discretionary nature of its power. Because the precautionary principle essentially consists in a risk-managing strategy submitted to decision-makers called upon to take position in a context of scientific uncertainty, the expertise of the decision-maker could hardly be the basis for judicial deference since, in such a situation experts reach the limits of their expertise. However, where the decision-maker is endowed with discretion, the discretionary nature of such power might justify deference and limit judicial review to situations in which the decision is unreasonable. According to Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), the reasonableness of any exercise of discretion notably rests on its being compatible with the values underlying its delegation. Now, the values which underlie any delegation of the power of making decisions in a precautionary situation notably express the necessity to enlarge the public space of dialogue, in order to allow citizens to express themselves as regards both the measures to be taken and the level of risk they are ready to accept in a context of scientific uncertainty. In addition, 114957 Canada ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville) suggests a number of indications that Canada would recognise the values embedded in the precautionary principle. Consequently, the requirements of the latter are compatible with the politics of judicial deference, which will be applied, not to the content of the decision taken in a precautionary situation, but to the process followed in the reaching of that decision.

	<i>Pages</i>
1 Le contenu du principe de précaution	83
2 La valeur normative du principe de précaution en droit canadien	87
3 Le principe de précaution et la déférence judiciaire	93
3.1 L'expertise comme fondement de la déférence	94
3.2 La discrétion comme fondement de la déférence	96
3.3 L'expertise et la discrétion comme fondement de la déférence dans un contexte de précaution	97
Conclusion	100

Une analyse préliminaire a tôt fait de révéler que principe de précaution et droit administratif partagent deux préoccupations : le statut de l'expert et le processus de décision. En effet, le principe de précaution intervient dans des situations où les conséquences des décisions sont incertaines sur le plan scientifique en même temps que potentiellement graves et il se traduit par un mode d'action, par un processus qui doit faciliter la gestion et la diminution des risques¹.

De son côté, le droit administratif canadien s'est beaucoup penché sur la question de l'expertise depuis quelques années, plus particulièrement dans le contexte du développement de la politique de déférence à l'égard des décisions des organismes administratifs, et il s'intéresse évidemment à la procédure qui doit entourer les décisions de l'administration publique. Il nous est apparu intéressant de pousser plus loin l'analyse afin de voir si ces préoccupations communes de l'expertise et des processus décisionnels étaient susceptibles de faciliter l'intégration du principe de précaution au droit administratif canadien. Les exigences que pose le principe de précaution sont-elles conciliables avec celles du droit administratif ? Plus particulièrement, le principe de précaution est-il compatible avec l'attitude de déférence des cours de justice canadiennes à l'égard des décisions des organismes administratifs spécialisés ?

Notre étude se situe dans la perspective de ce que nous appellerions le « droit commun du contrôle judiciaire des décisions administratives » : elle

1. La question du contenu du principe de précaution constitue l'objet de la section 1.

se propose de voir dans quelle mesure le principe de précaution est susceptible de s'intégrer aux règles et principes généraux qui s'appliquent à tous les décideurs publics investis de pouvoirs délégués par la loi ou issus de la prérogative². Il ne s'agit donc pas d'une analyse de l'application du principe de précaution à l'« autre droit administratif³ », celui qui, de l'intérieur, assure le fonctionnement de l'administration publique, ni d'une évaluation de son application dans des domaines comme ceux du droit de l'environnement et du droit de la santé⁴.

Une telle réflexion suppose toutefois que le principe de précaution ait force normative en droit interne canadien et que son contenu soit suffisamment précis pour en permettre un maniement judiciaire. Deux difficultés majeures apparaissent ici : d'une part, sa substance est objet de débats et, d'autre part, le caractère normatif du principe de précaution est loin d'être établi. Pour être en mesure de procéder à une analyse des liens entre le principe de précaution et le droit administratif, nous devons donc poser un certain nombre d'hypothèses quant à ces deux aspects. Ce sera l'objet des sections 1 et 2. Dans la section 3, nous discuterons brièvement du rôle que jouent les notions d'expertise et de discrétion dans la politique de déférence des cours canadiennes à l'égard des décisions rendues par des organismes administratifs. Cela nous permettra de mettre en lumière les questions que suscite l'application du principe de précaution dans un contexte de révision judiciaire et les solutions que semble proposer la Cour suprême du Canada dans deux décisions récentes : *114957 Canada ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*⁵ et *Baker c. Canada (Ministre de la*

-
2. Cela dit, nous reconnaissons qu'il n'est pas facile d'énoncer des principes généraux en droit administratif : « In some respects administrative law (in the limited sense of judicial review) is a non-subject. There are a few general (and sometimes conflicting) principles attempting against the odds to hold together an empire comprising vastly disparate subject-matter and processes. Administrative law as a subject of general principle is in constant battle to hold on to its diverse and independence-seeking colonies — labour, immigration, welfare, land-use planning, human rights, securities regulation, and so forth. The tension between centralizing principle and pluralism is mediated by large doses of contextualism and deference » : M. TAGGART, « Outside Canadian Administrative Law », (1996) 46 *U. of T. L.J.* 649-653.
 3. Nous empruntons cette expression à L. BORGEAT, « Les enjeux méconnus de l'autre droit administratif », (1994) 73 *R. du B. can.* 299.
 4. En matière environnementale et dans le domaine de la santé en effet, certaines dispositions législatives imposent précisément aux décideurs le devoir d'agir en conformité avec le principe de précaution. Voir *infra*, section 2, pour quelques exemples de ce type de disposition.
 5. *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] C.S.C. 40 (ci-après cité : « *Spraytech* »).

Citoyenneté et de l'Immigration)⁶. À notre avis, et ce sera le fil conducteur de notre analyse, ces deux décisions suggèrent que les valeurs véhiculées par le principe de précaution sont susceptibles de jouer un rôle dans la détermination de la validité des décisions discrétionnaires rendues dans un contexte d'incertitude scientifique. Ces valeurs pourraient notamment consister dans la nécessité d'élargir les débats qui précèdent les décisions rendues dans un contexte de précaution, ce qui modifierait l'objet de l'analyse des cours de justice saisies d'une demande de contrôle judiciaire de ce type de décision.

1 Le contenu du principe de précaution

Plusieurs auteurs relèvent la diversité des formulations du principe de précaution : nombre d'instruments internationaux s'y réfèrent en des termes parfois sensiblement différents⁷. Dans l'affaire *Spraytech*, la juge L'Heureux-Dubé retient l'énoncé de la *Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable* :

Un développement durable implique des politiques fondées sur le principe de précaution. Les mesures adoptées doivent anticiper, prévenir et combattre les causes de la détérioration de l'environnement. Lorsque des dommages graves ou irréversibles risquent d'être infligés, l'absence d'une totale certitude scientifique ne devrait pas servir de prétexte pour ajourner l'adoption de mesures destinées à prévenir la détérioration de l'environnement⁸.

Pour M. Boutonnet et N. Guégan, les diverses présentations du principe de précaution révèlent un certain nombre de constantes : « la présence d'un risque de dommages graves et/ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue quant à la réalité de ces dommages, et enfin,

6. *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (ci-après cité : « *Baker* »).

7. Voir notamment E. ZACCAÏ, « Introduction », dans E. ZACCAÏ et J.N. MISSA (dir.), *Le principe de précaution — Significations et conséquences*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 7 ; O. GODARD, « De la nature du principe de précaution », dans E. ZACCAÏ et J.N. MISSA (dir.), *op. cit.*, p. 24 ; P. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution : rapport au premier ministre*, Paris, Éditions Odile Jacob, La Documentation française, 2000, p. 11-12 ; N. QUOC DINH et autres, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 1255 ; D.L. VANDERZWAAG, *La LCPE et le principe ou l'approche précaution*, Hull, Bureau de la LCPE, 1994, p. 5 ; C. ROGER, *Analyse de risque et principe de précaution : vers de nouveaux rapports « connaissance »/« politique » ?*, [En ligne], 2000, [<http://www.inra.fr/Internet/Departements/ESR/comprendre/js/risque.html>] (22 mai 2001), p. 2.

8. *Déclaration de la Conférence de Bergen sur le développement durable (1990)*, art. 7, cité par la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Spraytech*, précitée, note 5, parag. 31.

l'obligation de prendre des mesures de prévention⁹ ». Pour E. Zaccai, « le fait d'admettre, dans certaines conditions, une dissociation entre certitude scientifique et décision politique constitue la spécificité la plus évidente du principe en question¹⁰ ». Certains, comme les professeurs P. Kourilsky et G. Viney, soulignent que le contenu normatif du principe de précaution souffre d'une imprécision que le législateur doit éliminer pour qu'il puisse devenir une « véritable règle de droit¹¹ ». Ils suggèrent de retenir la définition suivante :

Le principe de précaution définit l'attitude que doit observer toute personne qui prend une décision concernant une activité dont on peut raisonnablement supposer qu'elle comporte un danger grave pour la santé ou la sécurité des générations actuelles ou futures, ou pour l'environnement. Il s'impose spécialement aux pouvoirs publics qui doivent faire prévaloir les impératifs de santé et de sécurité sur la liberté des échanges entre particuliers et entre États. Il commande de prendre toutes les dispositions permettant, pour un coût économiquement et socialement supportable, de détecter et d'évaluer le risque, de le réduire à un niveau acceptable et, si possible, de l'éliminer, d'en informer les personnes concernées et de recueillir leurs suggestions sur les mesures envisagées pour le traiter. Ce dispositif de précaution doit être proportionné à l'ampleur du risque et peut être à tout moment révisé¹².

À l'évidence, ces diverses propositions conçoivent le principe de précaution comme une « stratégie de gestion des risques¹³ », qui s'adresse d'abord et avant tout aux décideurs politiques. La publication, par la Commission européenne, de la *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*¹⁴ en constitue une illustration éloquent. Cette communication a pour objet de préciser les facteurs susceptibles de déclencher l'application du principe de précaution ainsi que de suggérer un certain nombre d'orientations quant à la façon de l'appliquer. Sur cette question, la Commission précise que les mesures de précaution devraient posséder certaines caractéristiques :

Être *proportionnées* au niveau de protection recherché ; ne pas introduire de *discrimination* dans leur application ; être *cohérentes* avec des mesures similaires déjà adoptées ; être *basées sur un examen des avantages et des charges potentiels*

9. Voir, dans le même sens, M. BOUTONNET et N. GUÉGAN, « Historique du principe de précaution », dans P. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, note 7, annexe 1, p. 253-257.

10. E. ZACCAÏ, *loc. cit.*, note 7.

11. P. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, note 7, p. 140-141.

12. *Id.*, p. 151 et 215-216.

13. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, [En ligne], 2000, [http://europa.eu.int/comm/environment/docum/20001_fr.htm] (18 mai 2001), p. 9.

14. *Ibid.*

de l'action ou de l'absence d'action [...]; être *réexaminées* à la lumière des nouvelles données scientifiques; être *capables d'attribuer la responsabilité de produire les preuves scientifiques* nécessaires pour permettre une évaluation plus complète du risque¹⁵.

Toutefois, une analyse du contexte historique dans lequel le principe de précaution s'est développé permet d'aller au-delà des énoncés formels orientés vers la gestion politique des risques, qu'incorporent un nombre important d'instruments internationaux. Cette analyse indique qu'en arrière-plan du principe de précaution se profile, plus fondamentalement, la nécessité d'une reconstruction du lien de confiance entre les pouvoirs publics et les citoyens, une préoccupation démocratique, qui s'est imposée au terme d'une évolution accélérée de la technique et de la constatation de ses effets.

Un auteur a décrit, à grands traits, cette évolution comme suit¹⁶. L'affirmation d'une distinction entre décision politique et certitude scientifique, présentée comme une constante du principe de précaution, résulte d'une double prise de conscience : celle des limites de la science et de la technique ainsi que celle de l'importance du jugement politique. D'une part, tant que perdue la croyance en une science objective, vraie et nécessairement liée au progrès, en faire une considération déterminante du jugement politique lorsque les conditions s'y prêtent paraît incontestable. Cependant, lorsque l'objectivité de la science elle-même est mise en doute et que les avancées scientifiques et techniques ne semblent plus garantes de l'amélioration du bien-être de l'humanité, il est normal de s'interroger sur la place que doit prendre le savoir scientifique dans le jugement politique. D'autre part, le prestige de la science et son apparente supériorité par rapport à l'opinion, perçus par les décideurs publics tout autant que par les citoyens, lui ont conféré une place de choix dans les processus de décision politique, aux dépens de l'opinion citoyenne. La survenance d'un certain nombre de crises (le sang contaminé, la « vache folle », etc.) a toutefois remis en question les rapports étroits entre décideurs et experts et le déficit démocratique qu'ils engendraient :

C'est sur [un] terreau imprégné d'une double histoire, celle de l'entreprise technique d'un côté, celle du rapport aux institutions publiques de l'autre côté, qu'est née la précaution, comme injonction à modifier le pilotage collectif de la prise de risques par des décideurs qui avaient pris l'habitude d'engager le sort d'autrui, voire le sort commun, sans en référer d'abord aux intéressés. Le lien social et le pacte démocratique peuvent s'en trouver ébranlés. La restauration d'une confiance effritée, voire ruinée, constitue l'horizon politique de la précaution, autant

15. *Id.*, p. 4 ; l'italique est de l'original.

16. Sur cette question, voir O. GODARD, *loc. cit.*, note 7, 20-22.

que l'établissement des conditions d'une gestion raisonnable des risques, dont il faut vouloir l'avènement avec détermination. C'est le crédit des institutions publiques, mais aussi celui du savoir et de l'expertise scientifique qui sont en jeu¹⁷.

Le principe de précaution consiste ainsi à « mettre en place une prévention raisonnable des risques et [à] restaurer la confiance perdue dans les institutions au moyen d'un renforcement de l'expertise scientifique et de la facilitation de la délibération collective¹⁸ ». Des voix critiques en appellent à l'établissement d'un nouvel équilibre : loin de condamner toute référence à la science et à la technique, le principe de précaution en exige le renforcement, mais dans le contexte d'un dialogue soutenu avec les citoyens.

Qu'est-ce qui justifie de faire intervenir des citoyens dans une prise de décision qui semble par nature exiger des compétences scientifiques ? L'expertise nécessaire pour la prise d'un nombre grandissant de décisions, et notamment l'expertise scientifique, s'oppose-t-elle en principe à la participation de simples citoyens à la prise de décisions de cette nature ? En d'autres termes, comment justifier la participation de simples citoyens à des décisions qui impliquent des considérations scientifiques complexes ? À l'inverse, comment éviter que les experts deviennent les décideurs ? À notre avis, cette participation est justifiée, rendue nécessaire, par une reconnaissance du fait que, lorsque les preuves scientifiques sont insuffisantes ou contestées, les questions deviennent alors des questions sociales, qui concernent, au tout premier chef, les citoyens. Le principe de précaution s'applique dans des situations qui sortent du « domaine de la science académique [pour entrer dans] celui des marges incertaines qui servent à la décision politique, dont le débat constitue l'essence¹⁹ ». C'est ce que R.-G. Schwartzberg appelle la « science citoyenne²⁰ ». En effet, les citoyens manifestent un désir accru d'être associés à des mécanismes de décision, et c'est tout particulièrement le cas lorsque les décisions se prennent dans des situations susceptibles d'engendrer des risques²¹. Autrement dit, « le principe de précaution rend les sciences plus discutables au sens propre, plus gouvernables par voie de conséquence²² ». Il engendre des devoirs

17. *Id.*, 21.

18. *Id.*, 25.

19. M.-A. HERMITTE et D. DORMONT, « Propositions pour le principe de précaution à la lumière de l'affaire de la vache folle », dans P. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, note 7, annexe 3, p. 372 ; l'italique est de nous.

20. R.-G. SCHWARTZBERG, *Colloque Science et société : l'intelligence publique au service de la science, Discours de clôture*, [En ligne], 2000, [<http://www.cordis.lu/france/fr/intel-schwar-clot.htm>] (22 mai 2001).

21. P. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, note 7, p. 24.

22. M.-A. HERMITTE et D. DORMONT, *loc. cit.*, note 19, 384.

pour les institutions politiques et les administrations publiques, qui doivent « améliorer leur transparence et organiser le dialogue avec le public²³ », et il impose à l'institution scientifique de nouvelles responsabilités :

Celle-ci doit s'ouvrir au dialogue social, non plus seulement sur le mode explicatif (sur la science qui se fait) mais aussi sur le mode prédictif (sur ce que la science peut faire) [...] Il faut [...] un dialogue plus prospectif, orienté sur les choix qu'il faudra faire plutôt que sur ceux qui ont déjà été entérinés. Cette nouvelle dimension implique un dialogue plus large et plus symétrique, qui débouche obligatoirement sur les questions de risque²⁴.

La recherche est en effet moins transparente qu'il n'y paraît, et il serait étonnant de constater quelles sont les motivations profondes à la base de choix de recherche qui ont des conséquences sociales importantes²⁵.

Cela étant dit, affirmer que le principe de précaution traduit un certain nombre d'objectifs et que le contexte historique dans lequel il a émergé permet d'en saisir les préoccupations substantielles fondamentales ne révèle rien en soi sur le caractère normatif qu'il peut revêtir dans un contexte juridique, ne précise rien, en d'autres termes, sur sa juridicité. Nous ferons donc quelques commentaires à cet égard.

2 La valeur normative du principe de précaution en droit canadien

Si le principe de précaution occupe une place grandissante sur le plan international, le caractère normatif de ce principe est loin d'être établi²⁶. Au Canada, un certain nombre de dispositions législatives se réfèrent explicitement au principe de précaution. Par exemple, le texte anglais du préambule de la *Loi sur les océans* énonce que le Canada « promotes the wide application of the precautionary principle²⁷ » ; la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* dispose que le gouvernement canadien « is committed to implementing the precautionary principle²⁸ » et précise plus loin qu'il doit exercer ses pouvoirs « in a manner that [...] applies the

23. P. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, note 7, p. 57.

24. *Id.*, p. 58.

25. *Id.*, p. 86.

26. Les professeurs P. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, note 7, p. 138, font la constatation suivante, du point de vue de la France : « Si, au plan international, le principe de précaution n'est pas encore reconnu comme une règle coutumière directement applicable en l'absence de réglementations particulières, la tendance à conférer à ce principe une valeur normative autonome et directe est, en revanche, très nette, tant au plan européen qu'au plan national. »

27. *Loi sur les océans*, L.C. 1996, c. 31. Voir le préambule (paragr. 6). Le texte français emploie l'expression « principe de la prévention ».

28. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.C. 1999, c. 33. Voir le préambule (paragr. 6). Le texte français emploie l'expression « principe de la prudence ».

precautionary principle²⁹ ». La même loi exige des ministres visés qu'ils appliquent le principe de précaution lorsqu'ils procèdent à certaines évaluations, comme la détermination de la toxicité d'une substance³⁰. En Nouvelle-Écosse, l'*Act Respecting Endangered Species*³¹ reconnaît « the precautionary principle » et souligne que le ministre peut dresser une liste des espèces en danger « on a precautionary basis »³². Cependant, le caractère normatif du principe de précaution en droit canadien est-il tributaire de son intégration formelle dans des dispositions législatives et réglementaires ?

Nous avons relevé dans la jurisprudence canadienne, outre la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Spraytech* que nous analyserons plus loin, trois décisions qui font référence explicitement au principe de précaution. Deux d'entre elles ne présentent aucune pertinence aux fins de la discussion³³, mais la troisième n'est pas dénuée d'intérêt. Dans *611428 Ontario Ltd. c. Metropolitan Toronto and Region Conservation Authority*³⁴, la Cour divisionnaire de l'Ontario était saisie d'un appel³⁵ d'une décision de la Mining and Lands Commissioner portant refus d'accorder une autorisation de « place fill on land near a creek ». La décision de la commissaire comportait le passage suivant :

29. *Id.*, art. 2 (1) a). Le texte français emploie l'expression « principe de la prudence ».

30. *Id.*, art. 76.1.

31. *An Act Respecting Endangered Species*, S.N.S. 1998, c. 11, art. 2 (1) (h) et 11 (1).

32.. La plupart de ces dispositions sont citées par la majorité de la Cour suprême dans l'affaire *Spraytech*, précitée, note 5, pour illustrer l'intégration du principe de précaution dans plusieurs dispositions de législation interne. La question se pose de savoir si des dispositions se réfèrent au principe de précaution sans en emprunter le langage. Ainsi, au Québec, l'article 4 de la *Loi sur la justice administrative*, L.Q. 1996, c. 54, exige de l'Administration qu'elle prenne les mesures appropriées « pour s'assurer que les procédures sont conduites dans le respect des normes législatives et administratives, ainsi que des autres règles de droit applicables, suivant des règles simples et sans formalisme et avec respect, *prudence* et célérité ». La professeure France Houle nous signalait avec raison l'intérêt d'analyser cette disposition pour savoir si elle fait référence précisément à ce principe.

33. Il s'agit des affaires *River Road Action Team c. New Brunswick (Minister of Environment)*, [1997] N.-B.J. (Quicklaw) n° 126 (B.R.), et *Canadian Environmental Law Assn. c. Canada (Minister of the Environment)*, (T.D.) [1999] 3 C.F. 564.

34. *611428 Ontario Ltd. c. Metropolitan Toronto and Region Conservation Authority*, [1996] O.J. (Quicklaw) n° 1392 (Ct. of J.) (ci-après cité : « M.T.R.C.A. »).

35. Bien que notre analyse porte plus précisément sur le contrôle judiciaire des décisions des organismes administratifs spécialisés, rappelons que la jurisprudence de la Cour suprême a également imposé une attitude de déférence judiciaire dans les cas d'appel de ces décisions.

No model was presented at the hearing to indicate a threshold for intrusion into the watershed beyond which development should not be allowed. In the absence of such a model, the tribunal finds that it is appropriate to apply a precautionary principle to development involving first order and intermittent streams within the headwaters of a watercourse, so that, in the absence of calculation of a threshold or demonstration of no net impact, development within such land should not proceed. *This precautionary principle is applied in recognition of the integral role of water in environmental and human health*³⁶.

Les appelants prétendaient notamment que la commissaire avait fait une erreur en leur imposant le fardeau de démontrer que leur intervention ne produirait pas de conséquences néfastes sur l'environnement. La Cour s'est dit d'avis que la commissaire ne s'était pas trompée sur ce point, puisque celle-ci avait raisonnablement inféré de la preuve que des dommages étaient susceptibles de découler des travaux que projetaient d'effectuer les appelants et qu'il n'y avait aucune raison valable de ne pas exiger de ces derniers qu'ils présentent la preuve contraire. Dans sa décision, la commissaire invoque précisément le principe de précaution, qui justifie à ses yeux la possibilité de refuser une autorisation sur la base d'une absence de preuve que l'intervention des appelants ne produira pas d'effets négatifs sur l'environnement. La Cour ne se prononce donc pas directement sur la question du principe de précaution, mais elle reconnaît le bien-fondé du raisonnement de la commissaire. Cependant, ni la commissaire ni la Cour ne précisent la source ou le caractère normatif du principe de précaution. La commissaire semble considérer qu'il s'applique parce que l'autorisation demandée est susceptible de nuire à l'approvisionnement en eau et qu'il importe de reconnaître « the integral role of water in environmental and human health ». La Cour, saisie d'un appel et non d'une demande de contrôle judiciaire, se limite à constater l'absence d'erreur dans le raisonnement de la commissaire.

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Spraytech*, quant à elle, suggère des pistes de réflexion un peu plus précises sur le caractère normatif du principe de précaution. Des entreprises d'aménagement paysager y contestaient la validité d'un règlement de la Ville de Hudson qui prohibait l'utilisation de pesticides à des fins purement esthétiques. Elles prétendaient notamment que le règlement n'était autorisé par aucune disposition de la *Loi sur les cités et villes*³⁷. À l'unanimité³⁸, la Cour conclut que le

36. M.T.R.C.A., précité, note 34, paragr. 25 ; l'italique est de nous.

37. *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19 (ci-après citée : « L.C.V. »).

38. La juge L'Heureux-Dubé rédige une opinion à laquelle souscrivent les juges Gonthier, Bastarache et Arbour, alors que le juge LeBel s'exprime au nom des juges Iacobucci et Major.

règlement était autorisé par une disposition dite « omnibus » de la loi, qui délègue au conseil municipal le pouvoir de faire des règlements « [p]our assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement, la salubrité et le bien-être général sur le territoire de la municipalité³⁹ ».

La juge L'Heureux-Dubé consacre les premières lignes de son opinion à la question générale de la protection de l'environnement, « devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne⁴⁰ ». L'avenir des collectivités canadiennes dépend, dit-elle, d'un environnement sain, dont nous sommes tous responsables, individuellement et collectivement. Tous les niveaux de gouvernement doivent agir, le principe de subsidiarité indiquant celui qui est le plus apte à le faire selon les circonstances⁴¹. La question de savoir si la municipalité a, dans les faits, agi dans les limites de ses compétences demeure toutefois une discussion juridique :

Peu importe que les pesticides *constituent ou non en fait une menace pour l'environnement*, la Cour est appelée à trancher la question de droit consistant à savoir si la ville de Hudson (Québec) a agi dans le cadre de ses pouvoirs en adoptant un règlement régissant et restreignant l'utilisation de pesticides [...] Notre examen en est donc un d'ordre juridique dans le contexte des politiques environnementales et non l'inverse⁴².

Procédant à l'analyse de l'article 410 (1) de la *Loi sur les cités et villes*, la juge souligne que cette disposition « omnibus » doit être interprétée de manière à permettre aux municipalités d'adopter des règlements dont les objectifs sont raisonnablement liés à des fins municipales. En l'occurrence, le règlement « a pour objet de minimiser l'utilisation des pesticides qui seraient nocifs afin de protéger la santé de ses habitants. Cet objet relève directement de l'aspect « santé » du par. 410(1)⁴³. » Le juge LeBel, quant à lui, considère que la protection de l'environnement local fait partie des activités normales des municipalités, qu'il s'agit précisément de l'objet du règlement contesté et que, en conséquence, il est autorisé par la disposition législative générale de la loi⁴⁴. Le juge LeBel termine ici son raisonnement sur ce point, mais la juge L'Heureux-Dubé poursuit son analyse et formule un certain nombre d'énoncés sur la question du principe de précaution.

39. L.C.V., précitée, note 37, art. 410 (1).

40. *Spraytech*, précité, note 5, paragr. 1, citant *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1028, paragr. 55.

41. La juge rappelle à cet égard certains prononcés du juge La Forest dans *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213.

42. *Spraytech*, précité, note 5, paragr. 2 et 4 ; l'italique est de nous.

43. *Id.*, paragr. 27.

44. *Id.*, paragr. 54.

La juge souligne d'abord que l'interprétation qu'elle suggère de la disposition « omnibus » « correspond aux principes de droit et de politique internationaux⁴⁵ ». Elle rappelle avoir indiqué dans l'affaire *Baker* que « les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent [...] être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire⁴⁶ », conformément à la règle d'interprétation selon laquelle il est préférable de retenir des interprétations qui correspondent aux valeurs et principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Elle ajoute que l'interprétation qu'elle retient du règlement « respecte le « principe de précaution » du droit international⁴⁷ » tel qu'il est défini dans la *Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable*, rappelant que le Canada a lui-même préconisé l'inclusion du principe de précaution dans cette déclaration et que ledit principe est intégré dans plusieurs dispositions législatives internes⁴⁸. Elle cite ensuite de nombreuses sources qui laisseraient entendre que le principe de précaution est une norme de droit international coutumier et conclut : « Dans le contexte des postulats du principe de précaution, les craintes de la Ville au sujet des pesticides s'inscrivent confortablement sous la rubrique de l'action préventive⁴⁹. »

D'aucuns pourraient qualifier d'*obiter dictum* les commentaires de la majorité sur la question du principe de précaution. En effet, il y a tout lieu de croire que la validité du règlement municipal contesté est suffisamment établie du fait que son objet est raisonnablement lié à des fins municipales légitimes. Ces passages ne sont toutefois pas dénués d'intérêt, et il est permis de se demander si, dans un autre contexte, le principe de précaution serait susceptible d'exercer une influence sur l'interprétation des dispositions législatives qui confèrent des pouvoirs de réglementation. En d'autres termes, ce principe disposerait-il d'une espèce de caractère normatif général, susceptible de lui faire produire des effets juridiques qui ne seraient pas liés à son intégration spécifique à un texte de loi ?

La majorité suggère (« semble suggérer » serait peut-être plus juste, tant le vocabulaire employé laisse songeur) que le principe de précaution est devenu un principe de droit international coutumier. Cet énoncé nous apparaît hautement controversé, mais nous laissons à nos collègues

45. *Id.*, paragr. 30.

46. *Ibid.*

47. *Id.*, paragr. 31.

48. *Ibid.*

49. *Id.*, paragr. 32.

internationalistes le soin d'en juger⁵⁰. Cependant, la juge L'Heureux-Dubé fournit des indications selon lesquelles le principe de précaution pourrait produire des effets en droit interne canadien, indépendamment d'un éventuel statut coutumier en droit international, d'une manière analogue aux effets produits par le fait de la ratification de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, invoquée dans l'affaire *Baker*.

Dans cette décision, la juge L'Heureux-Dubé indique, au nom de la majorité de la Cour suprême, que l'évaluation du caractère raisonnable de l'exercice d'une discrétion repose notamment sur sa compatibilité « avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire⁵¹ ». En l'espèce, trois indications avaient permis de mettre en évidence l'importance accordée à l'intérêt des enfants comme une valeur fondamentale de la société canadienne : le fait de la ratification par le Canada de la Convention mentionnée plus haut, l'existence de directives ministérielles et les objectifs de la loi autorisant la délégation de pouvoirs. Cette portion de l'affaire *Baker* permet, à notre avis, d'expliquer le développement auquel procède la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Spraytech*, sur la question de la protection de l'environnement comme valeur de la société canadienne, sur le fait que le Canada a insisté pour que le principe de précaution soit inclus dans la *Déclaration de Bergen* et sur le fait que des dispositions législatives précises en intègrent la substance. Conformément à la méthode suggérée dans l'affaire *Baker*, ces trois considérations pourraient constituer autant d'indications de l'adhésion du Canada aux valeurs véhiculées par le principe de précaution. Et selon le raisonnement de la majorité dans l'affaire *Baker*, il pourrait s'agir là de valeurs qui permettent d'évaluer le caractère raisonnable de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans un contexte de précaution.

Quelles valeurs le principe de précaution véhicule-t-il ? Elles consistent, croyons-nous, dans ce que nous avons désigné, à la section 1, comme étant les préoccupations substantielles du principe de précaution : l'affir-

50. Nous ne pouvons toutefois nous empêcher de souligner que la juge L'Heureux-Dubé emploie une formulation plutôt inhabituelle, se contentant de citer des auteurs qui sont d'avis qu'il y a peut-être lieu de reconnaître au principe de précaution le statut de principe de droit international coutumier. Il est difficile de savoir si ce passage de la décision a plus précisément pour objet d'indiquer l'importance conférée aujourd'hui au principe de précaution (il serait à ce point important qu'il serait presque devenu une règle coutumière) ou s'il veut donner plus de poids à l'assertion précédente selon laquelle, bien que ce principe ne soit pas une règle coutumière, il véhicule un certain nombre de valeurs dont la cour peut légitimement tenir compte dans l'interprétation des lois et des règlements.

51. *Baker*, précité, note 6, paragr. 65.

mation de l'importance fondamentale de l'élargissement d'un dialogue social dans un contexte de précaution, en vue d'établir un juste équilibre par rapport à la science et à la technique quant aux justifications des décisions publiques. Telles seraient les valeurs que véhicule le principe de précaution et qui pourraient entrer en jeu dans la détermination du caractère raisonnable d'une décision discrétionnaire prise dans un contexte de précaution.

Dans l'affaire *Spraytech*, il est difficile d'évaluer le rôle du principe de précaution dans le raisonnement de la juge L'Heureux-Dubé quant à la validité du règlement contesté. Nous considérons toutefois qu'elle fournit des indications claires du fait qu'une approche analogue à celle qui a été développée dans l'affaire *Baker* peut être envisagée dans un contexte de précaution. Dans la section 3, nous nous proposons d'analyser les conséquences possibles d'une telle approche au regard de la déférence judiciaire.

3 Le principe de précaution et la déférence judiciaire

La discussion de la section 2 suggère que le principe de précaution possède une certaine force normative indépendante de toute disposition législative particulière, du fait qu'il traduit des valeurs susceptibles d'influer sur les conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire. Il devient donc possible de discuter des conséquences d'une telle juridicité sur les principes généraux du droit administratif relatifs à la déférence judiciaire. L'exemple suivant servira de support à notre analyse⁵².

Un organisme administratif spécialisé dans le domaine de l'innocuité alimentaire dispose du pouvoir d'autoriser, aux conditions qu'il détermine, la mise en marché de produits alimentaires s'il juge que ceux-ci ne présentent pas de danger important pour la santé humaine. Une société commerciale demande la mise en marché d'une nouvelle variété de maïs génétiquement modifié. Le décideur administratif constate qu'aucune preuve scientifique n'établit *formellement* l'existence ou l'absence de risques pour la santé humaine liée à la consommation de ce produit, mais il note que des *hypothèses* de risque plausibles sont établies. Dans un tel cas, il n'y a donc pas de risque « avéré », mais des risques « potentiels »⁵³. C'est

52. Les professeurs P. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, note 7, p. 129 et suiv., discutent d'un bon nombre de décisions communautaires et françaises qui illustrent bien le contexte dans lequel le principe de précaution pourrait s'appliquer en droit administratif canadien. L'exemple que nous suggérons s'inspire de certaines des situations visées dans ces décisions.

53. Pour une définition de ces termes, voir P. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, note 7, p. 16 et suiv.

donc ce que nous appellerions un « contexte de précaution », c'est-à-dire un ensemble de faits susceptibles de mettre en branle les exigences du principe de précaution⁵⁴. Le décideur refuse l'autorisation de mise en marché et la société commerciale demande la révision judiciaire de cette décision. Comment la cour saisie du litige devrait-elle considérer le problème ? Plus particulièrement, les principes qui sous-tendent l'attitude de déférence judiciaire à l'égard des décisions des tribunaux administratifs spécialisés trouveraient-ils pleinement application ici ?

À première vue, deux éléments sont particulièrement susceptibles de fonder la déférence judiciaire dans tel cas : l'expertise du décideur et la nature discrétionnaire du pouvoir qui lui est délégué. La jurisprudence de la Cour suprême reconnaît en effet que ces deux éléments constituent des indices du fait que les cours de justice doivent faire preuve de déférence à l'égard des décisions des organismes administratifs.

3.1 L'expertise comme fondement de la déférence

La Cour suprême a énoncé certains critères permettant d'établir la norme de contrôle applicable aux décisions de l'Administration et, partant, le degré de déférence requis des cours de justice. À l'origine, l'analyse pragmatique et fonctionnelle énoncée par le juge Beetz dans l'affaire *Bibeault*⁵⁵, utilisait ces critères ou facteurs pour déterminer le type de décision dont la Cour devait vérifier la légalité. Une fois cette étape franchie, la Cour était en mesure de fixer la norme de contrôle applicable : la décision étant de la compétence propre du décideur ne devenait révisable que si elle était manifestement déraisonnable ; celle qui n'en relevait pas pouvait être révisée à la moindre erreur. Il semble maintenant se dégager une approche différente dans l'utilisation des critères. Ainsi, les cours de justice s'en servent de plus en plus pour établir directement la norme de contrôle applicable, sans passer par la détermination du type de décision en litige :

54. Cet exemple suppose donc que le décideur a « validement » conclu (c'est-à-dire que sa décision respecte la norme de contrôle applicable dans les circonstances) que la situation se déroulait dans un contexte de précaution. Il est bien sûr possible de penser qu'un décideur commette une erreur quant à cet aspect de la décision, par exemple s'il ignore l'existence d'une hypothèse crédible de risque potentiel. Dans un tel cas, la décision serait susceptible d'être révisée, mais la norme de contrôle applicable serait alors probablement celle de la décision manifestement déraisonnable. En effet, lorsqu'il se prononce sur cet aspect du problème, le décideur est encore dans son domaine d'expertise. Notre étude s'intéresse aux mesures qui sont prises une fois que l'expert a constaté qu'il a atteint les limites de son expertise.

55. *Union des employés de service, local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048 (ci-après cité : « *Bibeault* »).

[I]l faut bien comprendre qu'une question qui « touche la compétence » s'entend simplement d'une disposition à l'égard de laquelle la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte, en fonction du résultat de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Autrement dit, une « erreur de compétence » est simplement une erreur portant sur une question à l'égard de laquelle, selon le résultat de l'analyse 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 retenue⁵⁶.

Dans tous les cas, la question à laquelle les cours tentent au fond de répondre se présente sous la forme suivante : qui, du décideur administratif ou des cours de justice, est le mieux placé pour décider⁵⁷ ?

Le juge Bastarache rappelait récemment les facteurs à prendre en considération dans l'établissement de la norme de contrôle applicable : les clauses privatives, l'expertise du décideur, l'objet de la loi dans son ensemble et celui de la disposition en cause de même que la nature du problème⁵⁸. Parmi ces critères, celui de l'expertise s'est vu reconnaître une importance particulière, et parfois déterminante, dans la désignation du forum de décision approprié. Dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, le juge Iacobucci indique même qu'il s'agit du « facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable⁵⁹ ». La notion même d'expertise constitue cependant une notion relative, c'est-à-dire qu'elle s'évalue par un processus de comparaison avec l'expertise des cours de justice⁶⁰. C'est la raison pour laquelle la déférence sera en principe moins grande lorsque la question à résoudre exige la référence à des normes juridiques générales ou qui ne font pas partie du domaine de compétence ou d'expertise de l'organisme

56. *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, paragr. 28 (j. Bastarache) (ci-après cité : « *Pushpanathan* »). Cette attitude est probablement devenue incontournable vu la présence d'une troisième norme de contrôle, celle de la décision raisonnable *simpliciter*, qui rend particulièrement difficile l'approche en deux temps proposée dans l'affaire *Bibeault*, précitée, note 55.

57. Voir notamment S. COMTOIS, « Les méandres de la politique de retenue judiciaire à l'égard des décisions des tribunaux spécialisés », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit administratif* (1995), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 187, à la page 189.

58. *Pushpanathan*, précité, note 56, paragr. 30-38 (j. Bastarache).

59. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, paragr. 50 (j. Iacobucci) (ci-après cité : « *Southam* »).

60. « L'évaluation de l'expertise relative comporte trois dimensions : la cour doit qualifier l'expertise du tribunal en question ; elle doit examiner sa propre expertise par rapport à celle du tribunal ; et elle doit identifier la nature de la question précise dont était saisi le tribunal administratif par rapport à cette expertise [...] Le critère de l'expertise et la nature du problème sont étroitement liés » : *Pushpanathan*, précité, note 56, paragr. 33 (j. Bastarache).

administratif. Par ailleurs, l'expertise issue de connaissances spécialisées dans des domaines complexes comme la concurrence et les valeurs mobilières⁶¹ diffère sensiblement de celle que développe, par exemple, le fonctionnaire chargé de l'application d'une loi⁶². Dans un tel cas, l'expertise résulte de l'expérience du décideur, davantage que d'un corpus de connaissances techniques spécialisées. Au fil des ans, le décideur en arrive à une connaissance très étendue des précédents pertinents aux fins de son travail, en même temps qu'il acquiert une expérience et une connaissance uniques du milieu dans lequel évoluent les demandeurs de même que de la culture dans laquelle il est appelé à décider⁶³. Les organismes qui doivent décider dans un contexte de précaution risquent fort d'avoir une expertise fondée sur des connaissances techniques spécialisées, qui induit en général une déférence importante de la part des cours de justice.

3.2 La discrétion comme fondement de la déférence

Depuis la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Baker*, le contrôle des décisions discrétionnaires s'exerce suivant la même méthode que celui des décisions ayant pour objet l'interprétation de dispositions législatives. La Cour justifie cette position par la difficulté de distinguer clairement les décisions discrétionnaires de celles qui ne le sont pas⁶⁴. Elle prend toutefois bien soin d'indiquer que l'application de cette approche aux décisions discrétionnaires ne constitue pas une invitation à un interventionnisme plus grand des cours de justice dans le domaine discrétionnaire. En effet, les critères de l'analyse pragmatique et fonctionnelle sont suffisamment souples pour respecter le caractère particulier des décisions de cette nature : « La gamme de normes de contrôle peut comprendre le principe que, dans certains cas, la législature a fait part de son intention de laisser des choix plus grands aux décideurs que dans d'autres, mais qu'il faut qu'un tribunal intervienne quand une telle décision dépasse l'étendue du pouvoir conféré par la Parlement⁶⁵. » C'est donc dire qu'une disposition législative qui

61. C'est le cas, par exemple, dans les affaires *Pezim c. Colombie-Britannique* (*Superintendent of Brokers*), [1994] 2 R.C.S. 557, et *Southam*, précitée, note 59.

62. C'est le cas, par exemple, dans l'affaire *Baker*, précitée, note 6.

63. Cette constatation, jumelée à la multiplicité des contextes décisionnels susceptibles de se présenter, a sans aucun doute contribué à l'émergence d'une troisième norme de contrôle, celle du caractère « raisonnable *simpliciter* », dans l'affaire *Southam*, précitée, note 59.

64. Sur cette question, voir G. CARTIER, « Les lendemains de l'affaire *Baker* », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 33, aux pages 45-49.

65. *Baker*, précité, note 6, paragr. 55.

délègue à un organisme administratif un pouvoir discrétionnaire indique à la cour à qui il est demandé d'exercer un contrôle judiciaire que l'organisme doit bénéficier d'une marge de manœuvre importante et constitue donc un appel à une déférence plus ou moins importante selon le degré de discrétion conférée.

3.3 L'expertise et la discrétion comme fondement de la déférence dans un contexte de précaution

L'organisme administratif appelé à décider dans un contexte de précaution se trouve placé dans une situation particulière au regard de son expertise. D'une part, c'est précisément cette dernière qui lui permet d'établir que le contexte est un contexte de précaution : il faut en effet être expert pour évaluer la crédibilité de diverses hypothèses et pouvoir conclure à l'absence de certitude scientifique sur une question donnée. Pour que des mesures de précaution soient prises (refus de mise en marché, embargo, etc.), il doit exister « un début de preuve permettant de fonder ce risque sur une hypothèse scientifiquement crédible, susceptible de rallier l'opinion d'une partie non négligeable, même si elle est minoritaire, de la communauté scientifique [...] Autrement dit, cette hypothèse doit être de nature à susciter un « doute légitime » quant à l'innocuité de l'activité visée⁶⁶. » Ainsi, la question précise de savoir si les parties se trouvent dans un contexte qui exige l'application du principe de précaution relève de l'expertise du décideur, et ce facteur entre en jeu dans la détermination du degré de déférence dont les cours de justice doivent faire preuve *à l'égard de cette détermination*. Par contre, l'expertise ne peut plus justifier la déférence judiciaire à l'égard des décisions portant sur les mesures à prendre *une fois le contexte de précaution établi* (comme la décision de refuser la mise en marché de maïs génétiquement modifié dans l'exemple plus haut) puisque, dans un tel cas, l'expertise *relative* du décideur n'est pas supérieure à celle des cours de justice : le décideur a atteint les limites de son expertise.

Dans le contexte de l'exemple qui sous-tend notre analyse, cela ne signifie pas pour autant l'absence totale de justification par rapport à la déférence. En effet, dans un tel cas, le caractère discrétionnaire de la décision traduit une intention législative de conférer une marge de manœuvre importante au décideur et d'exiger en corollaire une déférence judiciaire susceptible de se traduire par l'application d'une norme de contrôle peu (ou très peu) sévère : la norme de la décision déraisonnable ou celle de la

66. P. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, note 7, p. 145.

décision manifestement déraisonnable. Or, le caractère raisonnable de la décision rendue dépend en partie de sa compatibilité avec les valeurs « sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire⁶⁷ ». Dans la foulée des affaires *Baker* et *Spraytech*, il est permis de penser que les valeurs que véhicule le principe de précaution sous-tendent toute délégation de pouvoir discrétionnaire susceptible d'être exercé dans un contexte de précaution. Comme nous l'avons vu dans l'analyse de l'affaire *Spraytech*⁶⁸, certains commentaires de la juge L'Heureux-Dubé suggèrent en effet que l'adhésion du Canada à plusieurs instruments internationaux qui incorporent le principe de précaution et l'adoption de lois qui en imposent le respect constituent des indications du fait que le Canada reconnaît l'importance du principe de précaution.

La reconnaissance de l'importance du principe de précaution, et par conséquent des valeurs qu'il véhicule, ne signifie toutefois pas l'obligation pour les tribunaux judiciaires d'évaluer l'opportunité des décisions prises par les organismes administratifs, sur la base de critères analogues à ceux qui sont suggérés, par exemple, par la Communauté européenne dans la *Communication sur le recours au principe de précaution*⁶⁹. Ces critères doivent, à notre avis, être appliqués par les autorités politiques. Cependant, si les cours de justice ne peuvent légitimement se prononcer sur le fond des questions de cette nature, elles doivent s'assurer que le processus adopté par les décideurs favorise le dialogue et les débats nécessaires à la prise de décision. En effet, l'élargissement du processus de délibération portant sur les mesures à prendre dans un contexte de précaution constitue probablement la valeur la plus importante que véhicule le principe de précaution : « En l'absence de certitude, la précaution consiste à privilégier la rigueur procédurale⁷⁰. » Le contexte historique dans lequel le principe s'est développé en témoigne⁷¹. C'est donc dire que les cours de justice doivent vérifier le processus suivi par les décideurs administratifs placés dans un contexte de précaution, de manière à s'assurer que les conditions nécessaires à un débat public élargi soient réunies, plutôt que de tenter d'évaluer elles-mêmes la question de savoir si la décision prise respecte les normes de fond de la précaution :

[Le principe de précaution impose] une obligation de prise en compte de dangers potentiellement graves dont l'existence n'est pas encore démontrée. Cela ouvre un nouveau champ pour la délibération et l'engagement de différentes procédures

67. *Baker*, précité, note 6, paragr. 65.

68. *Supra*, section 2.

69. *Supra*, section 1.

70. P. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, note 7, p. 21.

71. *Supra*, section 1.

visant à étayer le jugement sur le traitement adéquat à apporter [...] Cela rejait sur un statut juridique qui doit refléter cette obligation de prise en compte, sans spécifier de façon précise le contenu de cette prise en compte⁷².

Si tel est le cas, le caractère raisonnable d'un pouvoir discrétionnaire dans un contexte de précaution dépend en partie du processus qui en a précédé l'exercice, et plus précisément de l'existence de mécanismes qui favorisent l'élargissement de la sphère de discussion pour permettre aux citoyens de se prononcer sur des questions essentiellement sociales, comme les suivantes : quel est le niveau de risque acceptable ? Quel prix sommes-nous prêts à payer pour courir un risque ? Quelles mesures de précaution devons-nous prendre dans les circonstances ? Il s'opère ainsi un déplacement de l'analyse à laquelle les cours de justice doivent procéder : le caractère raisonnable de la décision rendue dans un contexte de précaution ne repose pas tant sur la substance de cette décision que sur le processus de délibération et de participation des citoyens qui l'a précédée.

Cette solution nous semble compatible avec le fondement de la notion de « retenue au sens de respect⁷³ », telle qu'elle a été acceptée par la majorité de la Cour suprême dans l'affaire *Baker*, sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé. La notion de déférence souligne la nécessité pour les organismes administratifs de justifier leurs décisions et, conséquemment, de « mériter » la déférence des cours de justice. Or, cette justification repose non pas sur le résultat final auquel en arrive le décideur (par exemple, l'autorisation de mise en marché ou la décision de suspendre des travaux), mais bien sur le processus suivi pour y parvenir : les cours de justice ne doivent pas tant s'intéresser au résultat qu'à la justification de celui-ci. Sur des questions essentiellement politiques et sociales, les cours feront légitimement preuve de déférence aux décisions auxquelles le décideur est parvenu au terme d'un processus de délibération sociale approprié.

Cela dit, *quel processus* convient-il d'adopter dans un contexte de précaution ? Comment instaurer un débat public élargi, une délibération appropriée ? La réponse à ces questions exige une réflexion approfondie, qui reste à faire. En Europe tend à se généraliser la pratique des conférences de citoyens, qui consistent à mettre en présence experts et simples citoyens dans le but d'engager un dialogue qui permet notamment de confronter

72. O. GODARD, *loc. cit.*, note 7, 24.

73. *Baker*, précité, note 6, paragr. 65. Au soutien de la notion de « retenue au sens de respect », la juge L'Heureux-Dubé cite le professeur D. DYZENHAUS, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. TAGGART (dir.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 286.

savoir expert et valeurs sociales⁷⁴. Bien que cette suggestion puisse sembler lourde de conséquences pour les décideurs, il convient de rappeler que l'affaire *Baker* exige des cours de justice qu'elles fassent preuve de déférence à l'égard de certains aspects procéduraux des décisions qu'elles sont appelées à réviser. En effet, la Cour précise que le choix de la procédure fait par l'organisme constitue une considération importante quant à la question de savoir s'il a ou non respecté les exigences de la justice naturelle et de l'équité procédurale. Il nous semble que cette approche permet aux décideurs de se ménager une marge de manœuvre dans la façon de s'acquitter de leur obligation relative à la délibération. Enfin, l'élargissement du dialogue entraîne aussi des devoirs de la part des citoyens⁷⁵. Au bout du compte, l'impact du processus précédant toute décision prise dans un contexte de précaution dépend de la qualité de la participation des citoyens et de leur sens des responsabilités.

Conclusion

L'analyse qui précède suggère que le principe de précaution est susceptible de produire des effets en droit interne canadien, indépendamment de son intégration officielle dans des textes législatifs ou réglementaires et même dans l'hypothèse où il n'a pas encore acquis le statut de norme coutumière en droit international. Essentiellement, nous avons voulu démontrer que la jurisprudence récente de la Cour suprême suggère que les valeurs que véhicule le principe de précaution sont susceptibles d'intervenir dans la détermination du caractère raisonnable de tout exercice de pouvoir discrétionnaire dans un contexte de précaution. Nous en concluons qu'une telle approche signale la nécessité pour les décideurs placés dans un tel contexte d'adopter un processus de délibération élargi de manière à donner aux citoyens l'occasion de se prononcer sur les mesures de précaution qu'il convient de retenir dans une situation donnée. Il va sans dire qu'une telle suggestion ne touche en rien au fait que le législateur pourrait s'exprimer clairement à l'effet contraire, ou exiger davantage de la part des

74. Voir notamment C. ROGER, *op. cit.*, note 7, p. 3. Les professeurs P. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, note 7, p. 69 et suiv., discutent d'une idée similaire en évoquant l'organisation d'une « expertise en deux cercles ».

75. « Les citoyens ne peuvent réclamer une extension de leurs droits sans que des devoirs s'inscrivent en contrepartie. Au droit à l'information répond ainsi un devoir de s'informer. À l'élargissement de l'espace public de débat correspond un devoir de tolérance et de respect des opinions des autres. Aux nouvelles exigences formulées envers les politiques répond un devoir de participation politique » : P. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, note 7, p. 59.

organismes administratifs, par exemple ordonner qu'ils se conforment à des normes de fond de la nature de celles qui sont proposées par la Commission européenne dans la communication mentionnée plus haut⁷⁶.

En règle générale, les citoyens s'en remettent aux scientifiques pour qu'ils les éclairent sur les questions à l'égard desquelles ils n'ont pas les compétences voulues pour se prononcer. Ils n'abandonnent pas cependant la totalité de leur pouvoir décisionnel sur leur destinée. Lorsque l'expert est placé devant des possibilités théoriques de survenance d'événements susceptibles de produire des conséquences graves sur la santé des individus ou sur l'environnement, son devoir consiste à informer, à expliquer l'état de la situation et à susciter un débat social. Ce dernier se joue alors sur un terrain à l'égard duquel l'expert ne dispose pas d'une expertise supérieure. Dans un tel cas, le principe de précaution exige qu'un véritable débat s'engage avec les citoyens.

L'expérience des découvertes scientifiques qu'a la population en général lui permet d'adopter une attitude de prudence, qui s'explique par le fait qu'il est connu maintenant que découvertes scientifiques et progrès ne vont pas nécessairement de pair. C'est probablement cette conscience qui se traduit par le principe de précaution. S'il ne nous semble pas révéler une situation ou un problème nouveau au sein des modes de décision des institutions publiques (de tout temps, les décisions politiques ont été prises dans des contextes d'incertitude scientifique ; le principe de précaution ne constituerait donc qu'une reconstruction de processus décisionnels non formulés mais présents), la grande vertu des discussions qu'il suscite est de faire ressortir en parallèle les limites de la science, la compétence de simples citoyens dans les débats qui entourent les façons de gérer les lendemains des décisions scientifiques et la question même de savoir s'il y a un risque. Sur ce chapitre, nous souhaitons que l'impulsion qu'il donne à la voix citoyenne imprègne le développement du droit administratif canadien et plus généralement les relations entre l'État et les citoyens de manière non pas à faire taire les voix des experts, mais à les faire entrer en dialogue avec ceux-là mêmes qui vivront avec les conséquences de leurs travaux. Sous cet angle, le droit administratif présente tout ce qu'il faut pour mettre au point des mécanismes appropriés à « l'élargissement d'un espace public de dialogue⁷⁷ ».

76 *Supra*, section 1.

77. P. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.*, note 7, p. 94.