

**Étude générale de la latitude constitutionnelle des provinces,  
au regard du partage des compétences législatives, en matière  
de réglementation de la collusion et de la corruption**

Jean-François Gaudreault-DesBiens et Jean Leclair,

Professeurs, Faculté de droit, U. de Montréal

Juin **2013**

## INTRODUCTION

*La corruption est un mal insidieux dont les effets sont aussi multiples que délétères. Elle sape la démocratie et l'état de droit, entraîne des violations des droits de l'homme, fausse le jeu des marchés, nuit à la qualité de la vie et crée un terrain propice à la criminalité organisée, au terrorisme et à d'autres phénomènes qui menacent l'humanité.<sup>1</sup>*

Depuis le début des audiences de la *Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction* (ci-après appelée la « Commission »), il ne se passe guère une journée sans que des allégations ne soient faites à propos de pratiques par lesquelles des firmes oeuvrant dans ou autour de l'industrie de la construction – entrepreneurs, firmes de génie-conseil et autres – s'entendraient pour fixer le seuil minimal du montant de leurs soumissions dans un contexte où la loi exige l'octroi des contrats du secteur public au plus bas soumissionnaire, contrôlèrent informellement et par des méthodes souvent douteuses l'accès des uns et des autres aux marchés publics, fourniraient à des politiciens des services « clef-en-main » d'organisation électorale en retour de promesses implicites de contrats futurs, ou encore soudoieraient des fonctionnaires consentants afin que ceux-ci s'assurent que les contrats convoités leur soient effectivement octroyés.

Il ne s'agit là que d'illustrations particulières de pratiques de collusion ou de corruption. Il n'est pas inutile ici de donner une définition plus précise de ces termes qui, en raison de leur nature générique, recouvrent tous deux une foison de pratiques apparentées les unes aux autres. Le *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu donne ainsi la définition suivante au mot « collusion » : « [e]ntente secrète entre deux ou plusieurs personnes en vue d'en tromper une ou plusieurs autres. *Comp.* Concert frauduleux, fraude, connivence, tromperie, dol. »<sup>2</sup> Quant à lui, le mot « corruption » y est défini de la manière suivante, dans ses dimensions les plus essentielles pour les fins qui nous intéressent : « 1. Détournement ou trafic de fonction; dite passive lorsqu'un individu se laisse acheter au moyen d'offres, promesses, dons, présents ou un avantage quelconque en vue d'accomplir un acte de sa fonction ou de s'en abstenir; active lorsqu'un individu rémunère par les mêmes moyens la complaisance d'un professionnel. *V. vénalité, trafic d'influence, intimidation.* »<sup>3</sup> De manière plus particulière, la *Convention des Nations Unies contre la corruption*, à laquelle le Canada est partie, traite comme des pratiques de corruption des actes tels la corruption d'agents publics nationaux<sup>4</sup>, la soustraction, le détournement ou un autre usage illicite de biens par un agent

---

<sup>1</sup> K. ANNAN, « Avant-propos », dans : *Convention des Nations Unies contre la corruption*, New York, Nations Unies, 2004, p. iii.

<sup>2</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, p. 171.

<sup>3</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, p. 171. p. 246.

<sup>4</sup> *Convention des Nations Unies contre la corruption*, New York, Nations Unies, 2004, art. 15.

public<sup>5</sup>, l'abus de fonctions<sup>6</sup>, l'enrichissement illicite<sup>7</sup>, la corruption dans le secteur privé<sup>8</sup>, la soustraction de biens dans le secteur privé<sup>9</sup>, le blanchiment du produit du crime<sup>10</sup>, le recel<sup>11</sup> et l'entrave au bon fonctionnement de la justice<sup>12</sup>, tout en précisant que ces actes répréhensibles engagent la responsabilité autant des personnes morales que physiques y ayant participé<sup>13</sup> ou ayant tenté d'y participer<sup>14</sup>.

L'on comprend aisément que de telles pratiques minent considérablement la nécessaire confiance que les citoyens doivent avoir envers les institutions gouvernementales et du secteur public, affaiblissant ainsi leur légitimité et celle des décideurs en orientant les destinées, accroissant le cynisme à leur égard et, plus largement, encourageant la désaffection des citoyens par rapport au processus politique et à la démocratie. Ces pratiques noircissent également l'image d'importantes entreprises privées québécoises, dont certaines avaient jadis pu être source de fierté collective. Au-delà de ces problèmes généraux, les pratiques alléguées mettent en lumière d'importantes failles dans la réglementation de l'octroi des contrats publics et du financement du processus politique. Surtout, leurs conséquences économiques sont considérables. En effet, outre que plusieurs de ces pratiques soient vraisemblablement constitutives d'infractions criminelles ou d'illégalités de tous ordres et qu'elles contribuent puissamment à vicier les processus politiques et démocratiques, elles gonflent artificiellement les prix payés par les institutions gouvernementales ou publiques pour leurs ouvrages de construction, avec les répercussions diverses qui en découlent sur les finances publiques et l'endettement collectif, et révèlent les déficiences d'un marché que l'on croyait ou souhaitait relativement libre et efficient.

Ce sont de telles allégations qui ont en quelque sorte provoqué la création de la Commission et qui, malheureusement, alimentent quotidiennement ses activités. Si certaines mesures législatives ont été récemment adoptées, par exemple la *Loi concernant la lutte contre la corruption*<sup>15</sup>, il convient de s'interroger si le législateur québécois peut aller plus loin ou dans quelles directions il peut orienter ses actions afin de lutter contre les phénomènes de corruption et de collusion évoqués précédemment. Mais avant de réfléchir à des actions législatives particulières, encore faut-il s'interroger plus généralement sur les paramètres constitutionnels à l'intérieur desquels ces actions pourraient s'inscrire.

C'est dans cette optique que la Commission nous a confié le mandat de réaliser « une étude générale mesurant la marge de manœuvre constitutionnelle dont disposent les provinces canadiennes pour lutter contre la collusion et la corruption, notamment compte tenu de la compétence fédérale en matière de concurrence. »<sup>16</sup>

---

<sup>5</sup> Art. 17.

<sup>6</sup> Art. 19.

<sup>7</sup> Art. 20.

<sup>8</sup> Art. 21.

<sup>9</sup> Art. 22.

<sup>10</sup> Art. 23.

<sup>11</sup> Art. 24.

<sup>12</sup> Art. 25.

<sup>13</sup> Art. 26.

<sup>14</sup> Art. 27.

<sup>15</sup> LRQ, c. L-6.1.

<sup>16</sup> Art. 6-A.1 du contrat entre la Commission et les auteurs de cette étude.

Après avoir précisé les limites de ce mandat, telles que nous les entendons (I), nous nous pencherons sur le cadre analytique général à partir duquel la validité constitutionnelle d'éventuelles lois provinciales visant à freiner les pratiques de collusion et de corruption serait évaluée (II). Nous examinerons ensuite les paramètres « négatifs » régissant l'adoption de telles lois, ces paramètres résidant essentiellement dans les chefs de compétence attribués explicitement au Parlement fédéral dans la *Loi constitutionnelle de 1867* (ci-après « *Constitution de 1867* ») ou par interprétation judiciaire de cette loi (III). Nous constaterons alors que, compte tenu des compétences qui sont siennes, le Parlement central est autorisé à réglementer la concurrence. Nous nous tournerons ensuite vers les paramètres « positifs » régissant une intervention législative provinciale, lesquels se trouvent dans les chefs de compétence reconnus aux provinces dans la *Constitution de 1867* (IV). Nous examinerons enfin le principe interprétatif que constitue le fédéralisme coopératif et son impact vraisemblablement positif si une éventuelle loi provinciale visant à agir contre la collusion et la corruption était contestée (V). Nous résumerons en conclusion les paramètres constitutionnels à l'intérieur desquels les provinces peuvent agir en ce sens.

## PARTIE I — Notre mandat

Tel que mentionné, la Commission nous a confié le mandat de produire une étude *générale* mesurant la marge de manœuvre constitutionnelle dont disposent les provinces canadiennes pour lutter contre la collusion et la corruption, notamment compte tenu de la compétence fédérale en matière de concurrence.

Dans cette optique, nous devons procéder à une analyse de la jurisprudence et, le cas échéant, de la doctrine pertinente à cette question. Compte tenu non seulement des termes explicites de notre mandat mais aussi de l'écueil majeur que pourrait représenter le paragraphe 91(2) de la *Constitution de 1867* si le législateur provincial édictait un faisceau de mesures destinées à combattre la collusion et la corruption, nous nous pencherons prioritairement sur cette disposition constitutionnelle et sur les rapports qu'elle entretient avec d'autres dispositions, tels les paragraphes 91(27), 91(29), 92(4), 92(7), 92(8), 92(13), 92(14), 92(15) ou 92(16). Nous chercherons en fait à préciser les limites de l'intervalle à l'intérieur duquel les provinces peuvent agir contre ces fléaux, postulant ici la vaste portée de la compétence fédérale en matière de concurrence.

Pour ce faire, nous serons appelés à nous interroger sur ce que nous appelions en introduction les paramètres « négatifs » et « positifs » constituant les limites de l'intervalle d'intervention possible du législateur provincial s'agissant de réglementer les échanges afin que les conditions dans lesquelles ceux-ci se déroulent soient le plus possible exemptes de collusion et de corruption.

Pour bien comprendre le sens des concepts de paramètres « négatifs » et « positifs » évoqués ici, une remarque liminaire s'impose. Le partage des compétences en matière commerciale, comme en toutes autres matières aujourd'hui, doit être appréhendé comme l'attribution du pouvoir de poursuivre des *finalités législatives* exclusives et non comme l'attribution de *domaines* exclusifs d'interventions législatives. Autrement dit, contrairement à la théorie des « compartiments étanches » qui a prévalu avant les années 1970, la théorie de l'aspect et du double aspect n'envisage pas le partage des compétences comme un jeu à somme nulle. En d'autres termes, une interprétation généreuse de la compétence fédérale exclusive en matière de trafic et de commerce, interprétation qui a ouvert la porte à une intervention d'importance en matière de concurrence, ne signifie pas qu'il soit impossible de justifier une intervention tout aussi importante des provinces dans le même domaine sur le fondement d'une interprétation libérale de leurs propres pouvoirs exclusifs.

Bref, c'est pourquoi les « paramètres négatifs » et les « paramètres positifs » auxquels nous ferons référence dans les pages qui suivent doivent être compris comme les finalités législatives que la province doit s'abstenir de poursuivre, dans le premier cas, et celles qu'elle est en droit de viser, dans le deuxième des cas.

Qu'il nous soit permis de recourir à une métaphore maritime afin de bien baliser la généralité du mandat que la Commission nous a confié et d'en identifier les limites. Une étude *générale* mettant en lumière les paramètres régissant une éventuelle intervention législative provinciale dans un champ donné pourrait d'une certaine façon se comparer à une carte marine réalisée à une échelle moyenne. Sans entrer dans tous les détails de la navigation

sur une voie fluviale donnée, cette carte indiquerait là où se trouvent les récifs et hauts fonds à éviter – c’est-à-dire les paramètres « négatifs » de la navigation – ainsi que les principaux chenaux à emprunter, le cas échéant, ceci constituant les paramètres « positifs » de cette navigation. Cette carte, toutefois, ne mentionnerait pas nécessairement l’étendue exacte de tous les récifs et hauts fonds, ni la profondeur précise de chacun des chenaux, se concentrant plutôt sur les obstacles et chemins *principaux*.

Cette approche permettra d’évoquer différentes hypothèses, encore là générales, comme par exemple l’adoption de diverses mesures de nature préventive ou curative complétant les dispositions relevant de la compétence fédérale et pouvant servir à la lutte contre la collusion et la corruption. Elle obligera en outre à examiner l’impact des grandes doctrines d’interprétation du partage des compétences sur l’économie des rapports constitutionnels entre les deux paliers de gouvernement, y incluant le principe du fédéralisme coopératif, et de mettre en contexte les effets potentiels de l’adoption d’une loi québécoise sur l’implication fédérale dans la lutte contre la corruption et la collusion.

Cela étant, l’évocation d’hypothèses dites générales nous incite à identifier d’emblée une limite importante de notre mandat.

Il convient en effet de noter que les enjeux constitutionnels soulevés par la lutte que le gouvernement du Québec entend livrer contre la collusion et la corruption sont susceptibles de varier en fonction de la stratégie législative que le gouvernement choisira. En aval, la Commission peut difficilement faire l’économie de prendre ces variations possibles en considération au moment de formuler des recommandations quant aux cadres législatifs à privilégier, le cas échéant. Il s’ensuit que des questions constitutionnelles à peine effleurées dans le cadre de la présente étude pourraient devenir cruciales. En guise d’illustration, si, d’aventure, la stratégie privilégiée devait mener à la mise sur pied d’une structure administrative disposant de vastes pouvoirs d’enquête qui la rendrait assimilable à un substitut d’enquête policière, il est probable que la création d’une telle structure soit jugée *ultra vires* des compétences de la province en raison d’un empiètement massif sur la compétence fédérale en matière de droit criminel, ceci sans même tenir compte de possibles violations d’un ou de plusieurs des droits garantis dans la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>17</sup>. Ainsi, dans *Starr c. Houlden*,<sup>18</sup> la Cour suprême devait se pencher sur la constitutionnalité d’une commission d’enquête ontarienne instituée par décret et chargée de faire la lumière sur les relations troubles qu’avaient entretenues deux personnes nommément identifiées avec des fonctionnaires publics. En l’espèce, le mandat de la commission intégrait à peu de choses près le libellé du paragraphe 121(1)b) du *Code criminel*<sup>19</sup> et la commission avait été dotée de tels pouvoirs de contrainte des témoins que la Cour suprême en vint à conclure à un empiètement provincial sur la compétence fédérale en matière criminelle. Cela ne signifie pas pour autant que toute structure administrative « vis[ant] à rétablir la confiance en l’intégrité du gouvernement et de ses institutions ou à examiner le régime auquel les

---

<sup>17</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I (articles 1 à 34) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c. 11.

<sup>18</sup> *Starr c. Houlden*, 1990 CanLII 112 (CSC), [1990] 1 R.C.S. 1366. Pour une autre espèce dans laquelle des questions du même genre sont soulevées, voir : *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d’enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, 1995 CanLII 86 (CSC), [1995] 2 R.C.S. 97.

<sup>19</sup> *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

fonctionnaires publics sont assujettis »<sup>20</sup> soit nécessairement inconstitutionnelle, surtout si ces objectifs sont réalisés par le truchement d'un « examen de l'ensemble du système qui régit le comportement des fonctionnaires publics envers des organismes (...) ou envers tous les autres. »<sup>21</sup> Pareille hypothèse est d'ailleurs expressément évoquée dans l'opinion majoritaire du juge Lamer dans l'arrêt *Starr*, même si celui-ci juge que les pouvoirs de la commission visée par la contestation en l'espèce diffèrent de manière inconstitutionnelle de ceux d'une structure créée afin de procéder au type d'enquête systémique qu'il envisage dans cette hypothèse :

En résumé, je trouve peu convaincant l'argument selon lequel l'enquête en l'espèce est solidement ancrée aux par. 92(4), (7), (13) ou (16) de la Loi constitutionnelle de 1867. *Il n'y a rien dans la formulation même du mandat, ni dans les circonstances qui ont donné lieu à l'enquête, qui me convainque qu'elle vise à rétablir la confiance en l'intégrité du gouvernement et de ses institutions ou à examiner le régime auquel les fonctionnaires publics sont assujettis.* Ces objets sont manifestement accessoires à la caractéristique principale de l'enquête, qui consiste à mener une enquête et à constater des faits à l'égard de personnes nommément désignées au sujet d'une infraction criminelle précise.<sup>22</sup>

Outre l'intérêt intrinsèque des observations du juge Lamer dans l'arrêt *Starr* compte tenu des problèmes de corruption qui occupent la Commission, les considérations qui précèdent révèlent, à une échelle plus large, que si l'Assemblée nationale du Québec devait adopter une loi quelconque visant à faire échec aux pratiques de collusion et de corruption, il faudrait donc en circonscrire le caractère véritable, ce qui ne pourrait être fait qu'à la lumière d'un examen des tenants et aboutissants de cette loi et de son contexte d'adoption plutôt que dans l'abstrait.

D'où une double limite inhérente à notre mandat de préparer une étude *générale*. D'une part, et tel que mentionné, la nature et l'importance des questions constitutionnelles pouvant être soulevées par une intervention législative provinciale affectant la concurrence varieront selon les objectifs visés par la loi particulière édictée et la stratégie de lutte à la collusion et à la corruption qu'elle refléterait. D'autre part, et il s'agit là d'un corollaire de la proposition précédente, bien que nous évoquerons dans notre étude certaines hypothèses générales de mesures préventives et curatives, nous ne donnerons aucune opinion juridique formelle sur la constitutionnalité potentielle de quelque mesure législative précise que ce soit, existante ou simplement hypothétique.

Toute opinion de ce type devrait faire l'objet d'une nouvelle entente entre la Commission et les auteurs de la présente étude. En outre, toute proposition de loi que la Commission souhaiterait que les auteurs de la présente étude rédigent devrait aussi faire l'objet d'une nouvelle entente. Au surplus, il doit être clair que nous ne considérons pas entrer dans notre mandat l'étude des impacts éventuels de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur une possible loi provinciale visant à faire échec à la collusion et à la corruption, même si nous pourrions faire allusion à cet instrument constitutionnel ici et là dans notre étude.

---

<sup>20</sup> *Starr c. Houlden*, 1990 CanLII 112 (CSC), [1990] 1 R.C.S. 1366, 1405.

<sup>21</sup> *Starr c. Houlden*, 1990 CanLII 112 (CSC), [1990] 1 R.C.S. 1366, 1404-1405.

<sup>22</sup> *Starr c. Houlden*, 1990 CanLII 112 (CSC), [1990] 1 R.C.S. 1366, 1405 (nos italiques).

Enfin, notre étude ne recensera pas les lois et règlements des provinces et territoires canadiens favorisant directement ou indirectement la lutte contre la corruption et la collusion et témoignant *de facto* des modalités d'exercice d'une éventuelle marge de manœuvre provinciale pour lutter contre ces fléaux. Une telle recherche pourrait cependant s'avérer fort instructive, ne serait-ce que pour mesurer l'efficacité comparée de diverses stratégies législatives de lutte à la collusion et à la corruption.



## **PARTIE II — Notions préliminaires relatives à la qualification des textes législatifs et constitutionnels en matière de partage des compétences**

L'organisation constitutionnelle fédérale canadienne a pour particularité le caractère mutuellement exclusif des différents pouvoirs attribués aux ordres de gouvernement fédéral et provinciaux aux termes des articles 91 et 92 de la *Constitution de 1867*. Le caractère exclusif des compétences fournit deux premières armes à celui ou celle qui désire se soustraire à l'application d'une norme provinciale donnée. Il ou elle peut, dans un premier temps, s'attaquer à la *validité* constitutionnelle de celle-ci en soutenant qu'elle relève non pas d'un chef de compétence provincial exclusif, mais au contraire d'un chef de compétence fédéral exclusif. Faute d'y parvenir, l'*inapplicabilité* de cette norme —à une entité fédérale dans un champ de compétence donné— peut alors être alléguée. La norme provinciale, bien que valide, sera alors réputée inapplicable dans certaines situations seulement, plus spécifiquement, lorsqu'elle aura pour effet de porter atteinte au contenu minimal exclusif d'une sphère de compétence fédérale donnée. Enfin, une autre arme est à la portée de main de la partie contestataire. Une arme qui, cependant, ne découle pas du principe d'exclusivité, mais bien plutôt du principe selon lequel, lorsqu'une loi fédérale valide entre en conflit avec une loi provinciale également valide, la première aura prépondérance sur la deuxième, ce qui entraîne alors l'*inopérabilité* de cette dernière dans la mesure du conflit.

Un éventuel projet de loi provincial sur la concurrence devra donc passer sous ces trois fourches caudines si on entend le voir figurer un jour dans le faisceau législatif du Québec. C'est pourquoi, avant toute chose, il faut dire un mot de ces trois doctrines de droit constitutionnel que sont respectivement la validité constitutionnelle d'une loi provinciale, la question de son applicabilité et, finalement, de son opérabilité.

### **1. La validité constitutionnelle d'une loi**

Décrivons donc brièvement le processus sous l'empire duquel un éventuel projet de loi provincial sur la concurrence sera analysé pour déterminer de sa *validité* constitutionnelle au regard du partage des compétences établi par les articles 91 et 92 de la *Constitution de 1867*.

Ce processus comporte deux étapes. La première consiste à identifier la « matière », ce que les tribunaux appellent généralement l'aspect dominant ou la caractéristique principale de la *loi* à l'étude. C'est donc le texte législatif qui est alors sous la loupe. Cette démarche est rendue nécessaire par le texte même de la *Constitution de 1867*. Le préambule de l'article 92 énonce : « Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir... ». L'article 91 est d'une facture similaire là où les pouvoirs fédéraux sont concernés : « ...l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir... ».

Au cours de cette première étape, il faut analyser l'objectif de la loi, tout comme ses effets juridiques et, parfois, pratiques. La Cour suprême a maintes fois décrit ce processus. Voici ce qu'elle en dit dans *Ward c. Canada (Procureur général)* :

La première étape de l'analyse du caractère véritable consiste à déterminer le caractère véritable ou essentiel de la loi. Quelle (sic) est le sens véritable ou la caractéristique dominante de la mesure législative attaquée? Pour répondre à cette question, il faut examiner l'objet et l'effet juridique du règlement ou de la loi en cause : voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, par. 16. L'objet désigne ce que le législateur a voulu accomplir. Il est pertinent pour déterminer si, en l'espèce, le Parlement réglementait les pêcheries ou s'il s'aventurait dans le domaine de compétence provinciale de la propriété et des droits civils. L'effet juridique désigne la façon dont la loi influe sur des droits et des obligations, et il est également utile pour comprendre le sens premier de la loi : voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, par. 17-18, et l'arrêt *Morgentaler*, précité, p. 482-483. Les effets peuvent également indiquer si une loi comporte un « motif déguisé », c'est-à-dire montrer que même si, de par sa forme, la loi paraît porter sur un sujet relevant de la compétence du législateur, elle porte, au fond, sur un sujet qui ne relève pas de cette compétence : voir l'arrêt *Morgentaler*, précité, p. 496. [...]

L'analyse du caractère véritable n'est ni technique, ni formaliste : voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 15-12. Il s'agit essentiellement d'une question d'interprétation. Les tribunaux examinent les termes employés dans la mesure législative attaquée, de même que le contexte et les circonstances dans lesquels cette mesure a été adoptée : voir l'arrêt *Morgentaler*, précité, p. 483, et le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, par. 17. Lorsqu'il procède à cette analyse, le tribunal ne devrait pas se préoccuper de l'efficacité de la loi ou de la question de savoir si elle permet de réaliser les objectifs du législateur : voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, 1995 CanLII 64 (CSC), [1995] 3 R.C.S. 199, par. 44, le juge La Forest; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, par. 18.<sup>23</sup>

Une fois identifiée la « matière » —le trait dominant— à laquelle se rapporte la loi, il importe alors de déterminer si cette matière peut se loger dans une des *catégories de sujet* énumérées à l'article 92 de la loi. Encore une fois, le texte constitutionnel le veut ainsi, comme on a pu le constater. C'est donc le *texte constitutionnel* lui-même qui, cette fois, est sous la loupe, car c'est lui que les tribunaux doivent alors investir de sens.

Soulignons qu'à l'occasion de l'examen de la validité constitutionnelle d'une loi ou d'une disposition législative, il importe peu qu'une loi similaire puisse être adoptée par un autre ordre de gouvernement.<sup>24</sup> Il faut se garder de confondre l'analyse de la validité d'une loi avec l'examen de son applicabilité (qui fait intervenir la question de l'immunité interjuridictionnelle) ou de son opérabilité (qui fait intervenir la question du conflit entre deux lois valides).

<sup>23</sup> 2002 CSC 17 (CanLII), [2002] 1 RCS 569, ¶¶ 17-18.

<sup>24</sup> *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, 1989 CanLII 133 (CSC), [1989] 1 RCS 641, 681-682 : « ...le fait qu'il existe déjà un recours en droit québécois ne justifie pas l'invalidation d'une loi fédérale. Je répéterais ce que j'ai dit à la p. 175 de l'arrêt *Multiple Access*, précité, (lesquels propos ont été également cités par le juge MacGuigan en Cour d'appel dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Québec Ready Mix*, précité, à la p. 78): "Il faut déterminer la validité de la loi fédérale sans tenir compte de la loi [...] [provinciale]". »

Un projet de loi sera examiné dans son ensemble. En effet, lorsque toutes les dispositions ne sont au fond que la mise en œuvre d'un programme d'intervention intégré, le texte de loi est généralement jugé *intra* ou *ultra vires* dans sa totalité.<sup>25</sup> Il faut donc rédiger celui-ci avec beaucoup de doigté. Il faut éviter entre autres, sous le couvert d'une loi portant sur un concept fédérateur ou englobant (la « santé », l'« environnement » ou... la « concurrence », par exemple), d'adopter une loi qui, quoique visant une finalité relevant des provinces, n'en sera pas moins inconstitutionnelle parce qu'empruntant des *moyens* qui ne relèvent pas des provinces.<sup>26</sup> Par exemple, une province ne peut protéger la santé des Québécois en réglementant les relations de travail des employés d'entreprises fédérales, ou encore, en frappant d'une taxe d'importation des produits qu'elle juge dangereux.<sup>27</sup> Ces deux modes d'intervention ne relèvent pas de la compétence des provinces. Bref, il faut éviter de donner prise au danger suivant : une rédaction législative qui permettrait à un tribunal d'invalider un projet de loi au motif qu'il permet la réalisation d'un objectif provincial en recourant à des moyens qui relèvent de l'autre ordre de gouvernement.

À l'étape de la qualification du texte constitutionnel, il faut garder en mémoire que le contenu ou l'étendue d'une compétence législative fédérale ou provinciale n'est pas engluée dans l'acception donnée à celle-ci en 1867. La Cour a maintes fois reconnu que la portée d'une compétence pouvait varier dans le temps. Ainsi, le droit criminel n'est pas confiné à ce qui tombait sous la coupe de ce vocable en 1867.<sup>28</sup> Il en va de même également de la compétence sur le mariage<sup>29</sup>, pour ne donner que ces deux exemples.

Il importe aussi de signaler dès maintenant que les deux étapes décrites plus haut (qualification du texte législatif et qualification du texte constitutionnel), quoique présentées comme s'articulant consécutivement, sont, en réalité, fort entremêlées. Il ne fait aucun doute, par exemple, qu'une juge a toujours à l'esprit les compétences invoquées par les parties lorsqu'elle aborde la première étape qui consiste à identifier le trait dominant de la loi.

---

<sup>25</sup> L'éventuel projet de loi provincial risque fort d'être abordé comme l'a été le défunt projet de loi fédéral sur les valeurs mobilières : « En l'espèce, la question soumise par renvoi porte sur la constitutionnalité d'un régime unique et intégré de réglementation. C'est en tant que tout qu'il sera jugé valide ou non. La question à trancher est donc celle de savoir si la somme des dispositions de ce régime, considérées ensemble, relève du pouvoir général en matière de trafic et de commerce selon le test énoncé précédemment. [...] La première étape pour circonscrire le caractère véritable du régime législatif consiste à dégager l'objet et les effets de la Loi — considérée sous l'angle d'un régime unique complet. » : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837, aux ¶¶ 91 et 93.

<sup>26</sup> *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, 511 : « si les moyens employés par une assemblée législative pour atteindre ses prétendus objectifs ne vont pas logiquement dans le sens de ces objectifs, cela peut indiquer que le prétendu objet de la loi masque son objet véritable. »

<sup>27</sup> *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 1988 CanLII 81 (CSC), [1988] 1 RCS 749, 798.

<sup>28</sup> *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, 951.

<sup>29</sup> *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79 (CanLII), [2004] 3 RCS 698, ¶¶ 21-30.

Mentionnons également que la nature particulière d'une compétence joue sur l'étendue du pouvoir qu'elle confère.<sup>30</sup> Ainsi, il va de soi que la compétence fédérale sur l'Île-de-Sable n'autorise pas le même type d'intervention que la compétence sur la monnaie. Cet exemple est farfelu, mais, comme nous le verrons plus loin<sup>31</sup>, cette question de la nature d'une compétence peut avoir des ramifications pertinentes aux fins de notre étude.

Enfin, cette théorie dite de l'aspect, permet l'adoption de lois qui, dans certains de leurs effets, sont susceptibles de toucher les compétences exclusives de l'autre ordre de gouvernement. De tels « effleurements » n'emportent toutefois pas l'invalidité constitutionnelle de ces lois. Ce que disait la Cour dans *Whitbread c. Walley* vaut également pour les lois provinciales :

Si l'on conclut que, de par leur caractère véritable, ces dispositions législatives sont liées à des matières relevant de la compétence exclusive du Parlement à l'égard de la navigation et des expéditions par eau, la question est épuisée car il serait alors indifférent qu'elles touchent également des matières liées à la propriété et aux droits civils.<sup>32</sup>

En somme, il n'est alors pas nécessaire pour l'ordre de gouvernement qui a adopté la loi de justifier l'atteinte en question aux termes de la théorie des « pouvoirs accessoires » qui a pour objet de permettre la validation de certains empiètements. Cette dernière théorie n'est mobilisée que dans la mesure où l'empiètement dénoncé est réputé grave.<sup>33</sup> La théorie de

---

<sup>30</sup> À ce sujet, voir Jean LECLAIR, « L'impact de la nature d'une compétence législative sur l'étendue du pouvoir conféré dans le cadre de la Loi constitutionnelle de 1867 », (1994), Vol. 24, *Revue juridique Thémis* pp. 661-719

<sup>31</sup> *Infra*, Partie III, section 2.

<sup>32</sup> 1990 CanLII 33 (CSC), [1990] 3 RCS 1273, 1286.

<sup>33</sup> L'honnêteté intellectuelle oblige à reconnaître qu'il est strictement impossible, sur le plan de la pure logique, de déterminer à partir de quel moment la théorie de l'aspect ne suffit plus pour justifier une atteinte au pouvoir de l'autre ordre de gouvernement et où, en conséquence, un juge décide de faire intervenir la notion de pouvoir accessoire. La seule chose qu'on puisse affirmer, c'est que ce choix intervient lorsque, dans la perspective subjective d'un juge donné, l'empiètement est d'une telle gravité qu'une justification plus circonstanciée sur le plan normatif ou fonctionnel lui paraît devoir être exigée de l'ordre de gouvernement ayant adopté la loi litigieuse. Ainsi, à titre d'exemple de l'impossibilité de déterminer le pourquoi du recours à l'une ou l'autre théorie, dans *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, la majorité de la Cour a recouru à la théorie de l'aspect pour justifier une disposition du *Code criminel*, alors que les trois juges dissidents ont déclaré que, même à l'aune de la théorie du pouvoir accessoire, la disposition fédérale était inconstitutionnelle. Non seulement est-il impossible sur le plan logique, de déterminer pourquoi un juge préfère une théorie à l'autre, mais il est également strictement impossible, sur le plan logique, de condamner le recours à l'une ou l'autre approche. En vérité, la détermination subjective de la gravité de l'empiètement est largement déterminée par le résultat visé par le juge saisi du litige, c'est-à-dire : entend-il ou non donner raison à l'ordre de gouvernement qui a adopté la norme ? C'est la réponse à cette question qui déterminera la théorie adoptée.

En réalité, la seule affirmation certaine que l'on peut avancer en ce domaine c'est que la théorie de l'empiètement est invoquée lorsqu'une disposition et non une loi en son entier est menacée d'invalidation : à titre d'exemple, voir *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, 1989 CanLII 133 (CSC), [1989] 1 RCS 641. Dans cette affaire, le juge Dickson décrit longuement la démarche qui doit être adoptée pour déterminer de la validité d'une disposition législative qui

l'aspect est aujourd'hui l'approche dominante en Cour suprême. Elle s'est imposée sur la théorie dite des « compartiments étanches » car, contrairement, à cette dernière, elle encourage le chevauchement des interventions législatives fédérales et provinciales.<sup>34</sup>

Mais qu'arrive-t-il « lorsqu'il n'y a pas de contraste marqué entre l'importance relative des caractéristiques fédérales et celles des caractéristiques provinciales d'un sujet particulier » ?<sup>35</sup> Dans une telle situation, le sujet en question est réputé avoir un double aspect. Les deux ordres de gouvernement sont alors autorisés à légiférer à son égard, *dans la mesure où ils poursuivent des finalités qui tombent dans leurs champs exclusifs de compétence*. En effet, conformément à la théorie du double aspect, un « ...même sujet ou la même 'matière' peut avoir à la fois un aspect provincial et un autre fédéral. Ainsi, une loi fédérale peut régir une matière d'un point de vue et une loi provinciale la régir d'un autre point de vue. La loi fédérale vise alors un objectif dont le caractère véritable relève de la compétence du Parlement, tandis que la loi

---

empiète : « [P]remièrement, la cour doit déterminer si la disposition contestée peut être considérée comme empiétant sur les pouvoirs provinciaux et, dans l'affirmative, dans quelle mesure (si elle ne constitue pas un empiètement, la seule question possible est alors celle de la validité de la loi). Deuxièmement, la cour doit établir si la loi (ou une partie séparable de celle-ci) est valide; .... Si on conclut à la validité [de la loi], la cour doit alors déterminer si la disposition contestée est suffisamment intégrée [à celle-ci] pour pouvoir être maintenue en raison de ce rapport. Cela exige de la cour qu'elle examine la gravité de l'empiètement sur les pouvoirs provinciaux pour décider du critère qu'il convient d'appliquer à un tel rapport. Si la disposition respecte ce critère d'intégration, elle est conforme à la compétence du Parlement ... Si la disposition n'est pas suffisamment intégrée [à la loi], elle ne peut être maintenue en vertu [de la compétence fédérale invoquée] » (: 671-672). À l'occasion de la contestation de dispositions provinciales dont on disait qu'elles empiétaient de façon inconstitutionnelle sur une compétence fédérale exclusive, la Cour a reformulé comme suit le test du juge Dickson : « 1. Les dispositions contestées empiètent-elles sur une compétence fédérale et dans quelle mesure? 2. Si les dispositions contestées empiètent sur une compétence fédérale, font-elles néanmoins partie d'un régime législatif provincial valide? 3. Si les dispositions contestées font partie d'un régime législatif provincial valide, y sont-elles suffisamment intégrées? » : (*Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31 (CanLII), [2002] 2 RCS 146, ¶ 58).

<sup>34</sup> Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837, après avoir dressé un « aperçu historique » du développement de la théorie constitutionnelle judiciaire relative au partage, il est dit que « ...la Cour a rejeté l'approche formaliste rigide [théorie des « compartiments étanches »] pour favoriser les efforts d'accommodements et de coopération avec les gouvernements... » (¶ 58). La Cour ne cesse d'ailleurs de citer le passage suivant de l'arrêt *Le procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, 1987 CanLII 71 (CSC), [1987] 2 RCS 2, 18 : « Historiquement, le droit constitutionnel canadien a permis passablement d'interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il est vrai que des principes comme celui de l'exclusivité des compétences et celui de l'immunité de Sa Majesté ainsi que des notions comme celle des « compartiments étanches » restreignent l'étendue de cette interaction. Il faut cependant reconnaître que ces principes et notions n'ont pas représenté le courant dominant en matière constitutionnelle; ils ont constitué plutôt un contre-courant opposé à l'effet puissant du principe du caractère véritable et du double aspect et, au cours des dernières années, une façon très limitée d'aborder les questions de conflit et de prépondérance en matière législative. » ; cité dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, 1989 CanLII 133 (CSC), [1989] 1 RCS 641, 669 ; *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 CanLII 655 (CSC), [1999] 3 RCS 134, au ¶ 18 ; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22 (CanLII), [2007] 2 RCS 3, au ¶ 36 et *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837, au ¶ 59.

<sup>35</sup> *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, 1982 CanLII 55 (CSC), [1982] 2 RCS 161, 191.

provinciale vise un objectif différent qui relève de la compétence provinciale<sup>36</sup>. Ce concept, connu sous le nom de doctrine du double aspect, ouvre la voie à l'*application concurrente* de législations fédérale et provinciales, mais ne crée pas de *compétence concurrente* sur une matière (comme le fait, par exemple, l'art. 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière d'agriculture et d'immigration).<sup>37</sup> Bref, découle de ce qu'on appelle la théorie du double aspect une forme de concurrence *de facto*, par opposition à une concurrence *de jure*. Comme nous le verrons plus loin, la concurrence, sujet non énuméré aux articles 91 et 92 de la *Constitution de 1867*, est considérée par la Cour suprême comme une matière comportant un double aspect.

Illustrons cette théorie au moyen de l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*.<sup>38</sup> Dans cette affaire, les défendeurs tentaient d'échapper aux dispositions du *Securities Act* de l'Ontario qui prohibaient les transactions d'initiés. Pour ce faire, ils soutenaient que de telles dispositions étaient inconstitutionnelles au motif que des dispositions absolument identiques (sauf sur des points de détail) figuraient dans la *Loi [fédérale] sur les corporations canadiennes*. Le juge Dickson, rédacteur des notes de la majorité, a conclu à la validité des dispositions fédérales *et* provinciales. Selon lui, les dispositions fédérales réglementant les transactions d'initiés comportaient un aspect *exclusivement* fédéral, dans la mesure où de telles activités se rapportaient à une matière appelée « droit corporatif fédéral » qui relève du paragraphe introductif de l'article 91 de la *Constitution de 1867*. Quant aux dispositions provinciales, elles comportaient un aspect *exclusivement* provincial puisque leur réglementation a été jugée essentielle pour garantir l'honnêteté de celles et ceux qui font le « commerce des valeurs mobilières », matière qui relève des provinces aux termes du paragraphe 92(13) de la *Constitution de 1867*. En somme, lorsque le Parlement central légifère à l'égard des transactions d'initiés, il poursuit une finalité de droit corporatif fédéral, finalité qu'il est *seul* à pouvoir poursuivre. La province, quant à elle, lorsqu'elle légifère à l'égard de ce même sujet, poursuit une finalité de droit commercial local, finalité qu'elle est *seule* à pouvoir poursuivre. Chaque ordre de gouvernement exerce un pouvoir qui lui est *exclusif*, il vise une matière différente — droit corporatif fédéral ou commerce des valeurs mobilières — lorsqu'il s'intéresse aux transactions d'initiés. C'est d'ailleurs pourquoi Peter W. Hogg désigne la théorie du double aspect par le vocable « double *matter doctrine* ».<sup>39</sup>

La théorie de l'aspect et du double aspect matérialise l'idée selon laquelle, comme nous le soulignons dans la Partie I, le partage des compétences en matière commerciale, comme en toutes autres matières aujourd'hui, doit être appréhendé comme l'attribution du pouvoir de poursuivre des *finalités législatives* exclusives et non comme l'attribution de *domaines* exclusifs d'interventions législatives. Autrement dit, contrairement à la théorie des « compartiments étanches » qui a prévalu avant les années 1970, la théorie de l'aspect et du double aspect, n'envisage pas le partage des compétences comme un jeu à somme nulle. En d'autres termes, une interprétation généreuse de la compétence fédérale exclusive en matière de trafic et de commerce, interprétation qui ouvre la porte à une intervention d'importance en matière de concurrence, ne signifie pas qu'il soit impossible de justifier une intervention

<sup>36</sup> *Banque canadienne de l'Ouest*, 2007 CSC 22 (CanLII), [2007] 2 RCS 3, au ¶ 30.

<sup>37</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837, au ¶ 66.

<sup>38</sup> *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, 1982 CanLII 55 (CSC), [1982] 2 RCS 161.

<sup>39</sup> Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>th</sup> Edition Supplemented, Volume 1, Carswell, Toronto, 2007: section 15-11. L'arrêt *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, 1987 CanLII 72 (CSC), [1987] 2 R.C.S. 59 constitue un autre excellent exemple.

toute aussi importante des provinces dans le même domaine sur le fondement d'une interprétation libérale de leurs propres pouvoirs exclusifs.

Toutefois, comme le soulignait le juge Beetz, il faut faire un usage très mesuré de la théorie du double aspect :

...dans *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588, le vicomte Haldane nous met en garde au sujet de la théorie du double aspect. Voici ce qu'il dit de cette théorie, à la p. 596:

[TRADUCTION] ... [elle] est maintenant bien établie, mais doit néanmoins n'être appliquée qu'avec une grande prudence...

La raison de cette prudence, c'est la désignation extrêmement large des compétences législatives exclusives énumérées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et le risque d'unifier ces deux champs de compétences exclusives en un seul champ de compétences plus ou moins conjointes régies seulement par la règle de la suprématie des lois fédérales. Rien ne pourrait contredire plus directement le principe fédéral qui sous-tend la constitution canadienne. Voir à ce sujet *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5th ed. 1986), vol. 1, à la p. 525.

La théorie du double aspect ne constitue ni une exception ni même un tempérament au principe de l'exclusivité des compétences législatives. Elle ne doit pas avoir pour effet de créer des champs de compétences conjointes, tels l'agriculture, l'immigration et les pensions de vieillesse et prestations additionnelles, dans lesquels le Parlement et les législatures peuvent légiférer sous le même aspect. Au contraire, la théorie du double aspect ne peut être invoquée que lorsqu'elle constitue une mise en oeuvre du principe même de l'exclusivité des compétences. Comme son nom l'indique, elle ne saurait s'appliquer que dans les cas clairs où la pluralité des aspects est réelle et non pas seulement nominale.<sup>40</sup>

Bien que la Cour ne fasse pas explicitement référence à ce passage dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, il semble pourtant en composer la trame implicite. En effet, dans un passage très pertinent pour les fins de cette étude, la Cour s'inquiétait de l'interprétation extrêmement généreuse donnée par le Procureur général fédéral à la fois à la compétence du Parlement central relative à son pouvoir général eu égard au trafic et au commerce<sup>41</sup> et à la

---

<sup>40</sup> *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 1988 CanLII 81 (CSC), [1988] 1 RCS 749, 766.

<sup>41</sup> Contrairement à l'adage plein de sagesse « if it's not broken don't fix it », la Cour a procédé à un changement de vocabulaire qu'il importe de souligner immédiatement. Dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, 1989 CanLII 133 (CSC), [1989] 1 RCS 641, l'expression « general regulation of trade » était traduite par l'expression « compétence générale en matière d'échanges et de commerce » ou « réglementation générale du commerce », alors que dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, on parle plutôt de « general trade and commerce power » et de « pouvoir général relatif au trafic et au commerce. » Ce changement est malheureux parce qu'en français il devient difficile de distinguer la *compétence* (la compétence relative « au trafic et au commerce ») du « pouvoir général relatif au trafic et au commerce » qui n'est qu'un des deux volets de cette compétence, l'autre étant, comme on le verra à l'occasion de la Partie III, « le pouvoir relatif au trafic et au commerce ».

théorie du double aspect. Rappelons que, selon le procureur général, « la compétence générale du fédéral en matière de trafic et de commerce l'autorise à réglementer tous les aspects du secteur des valeurs mobilières ... [et] ce pouvoir est concurrent avec celui exercé par les provinces sur tous les aspects du commerce des valeurs mobilières qui sont présentement réglementés par les provinces. »<sup>42</sup> La Cour a alors souligné le grave danger représenté par cette approche :

Une interprétation trop large du pouvoir du fédéral conféré par le par. 91(2) aurait pour effet de faire disparaître sous cette rubrique nombre d'autres chefs de compétence fédérale (notamment ceux prévus au par. 91(15) en ce qui concerne les banques, au par. 91(17) quant aux poids et mesures et au par. 91(18) en ce qui a trait aux lettres de change et aux billets promissoires). Elle pourrait aussi surtout mener, par application de la doctrine de la prépondérance fédérale, au dédoublement, voire à la supplantation, des pouvoirs conférés clairement aux provinces sur les matières de nature locale ainsi que sur la propriété et les droits civils, des pouvoirs qui visent notamment le trafic et le commerce sur leur territoire. Le juge Duff (plus tard Juge en chef) a exprimé ainsi sa réserve dans l'arrêt *Lanson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, 1930 CanLII 2 (SCC), [1931] R.C.S. 357 :

[TRADUCTION] La portée qu'on pourrait attribuer à la rubrique n° 2, art. 91 (s'il fallait considérer uniquement le sens ordinaire des mots, hors contexte) a été nécessairement restreinte, afin de préserver de toute diminution, sinon d'extinction effective, le degré d'autonomie dont les provinces étaient destinées à jouir . . . [p. 366]

La portée circonscrite du pouvoir général relatif au trafic et au commerce participe également d'une autre facette du fédéralisme, soit la reconnaissance de la diversité des gouvernements provinciaux et de leur autonomie à concevoir leur société comme ils l'entendent dans les sphères qui relèvent d'eux. Pour reprendre un extrait du *Renvoi relatif à la sécession* : « La structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité » (par. 58).<sup>43</sup>

La Cour est donc sensible au danger d'une interprétation trop généreuse des compétences fédérales, de la théorie du double aspect et également de la théorie de la prépondérance fédérale.<sup>44</sup> Elle conclut d'ailleurs que le gouvernement fédéral n'était pas investi de la compétence constitutionnelle requise pour régir « tous les aspects des valeurs mobilières dans leurs moindres détails ». <sup>45</sup> Elle insiste à plusieurs reprises<sup>46</sup> sur le fait que « [l]a

---

interprovincial et international. » Entre la compétence et le premier volet de celle-ci, on est presque en présence de la nuance faite par Jacques Derrida entre « différance » et « différence » !

<sup>42</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837, au ¶ 4.

<sup>43</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837, aux ¶¶ 72-73 (nous soulignons).

<sup>44</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837, au ¶ 60.

<sup>45</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837, au ¶ 122.

<sup>46</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837, aux ¶¶ 7, 70 et 85.



fédération canadienne repose sur le principe selon lequel les deux ordres de gouvernement sont coordonnés, et non subordonnés. Par conséquent, un chef de compétence fédérale ne saurait se voir attribuer une teneur qui viderait de son essence une compétence provinciale. Il s'agit d'un des principes qui sous-tendent la Constitution (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 58, citant l'arrêt *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (C.P.), p. 942). »<sup>47</sup>

Un dernier point mérite d'être mentionné, car il pourrait avoir son importance en matière de concurrence. En raison de la théorie de l'aspect évoquée plus haut, une loi provinciale dont le trait dominant relève d'une des catégories de sujet attribuées en vertu de l'article 92 de la *Constitution de 1867* sera réputée valide, malgré qu'elle puisse avoir certains impacts extraterritoriaux.<sup>48</sup> En guise d'exemple, on a jugé que le *Securities Act* de la Colombie-Britannique qui autorisait le Directeur général de la Commission des valeurs mobilières de la province à rendre une ordonnance « pour aider à appliquer les lois sur les valeurs mobilières d'un autre ressort » n'était pas inconstitutionnel. En effet, la Cour a jugé que le trait dominant de la loi consistait à assurer la bonne administration de la loi sur les valeurs mobilières *dans* la province. Faute de donner assistance à l'organisme d'un ressort étranger régulant les valeurs mobilières, la province ne pouvait espérer être informée par ce dernier des agissements frauduleux commis dans ce ressort par des courtiers inscrits auprès de son propre organisme :

L'intimée insiste beaucoup sur le fait que la disposition législative contestée permet à la Commission de remettre des éléments de preuve à un organisme de réglementation étranger. Elle soutient que cette disposition a, de ce fait, nécessairement pour objectif d'aider à appliquer des lois étrangères. En toute déférence, j'estime que cet argument confond l'objectif d'une loi avec les moyens choisis pour atteindre cet objectif. ... [L]'al. 141(1)b) a pour objet d'appliquer la loi provinciale sur les valeurs mobilières grâce à l'assistance réciproque d'organismes de réglementation étrangers et à la découverte de violations de lois étrangères sur les valeurs mobilières commises par des courtiers inscrits dans la province.<sup>49</sup>

Une éventuelle loi sur les valeurs mobilières québécoises pourrait donc fort bien comporter des dispositions ayant un impact extraterritorial sans que cela nuise à sa validité constitutionnelle, dans la mesure où la loi elle-même ou la disposition controversée aurait pour trait dominant une finalité provinciale.

## 2. L'applicabilité constitutionnelle d'une loi provinciale

---

<sup>47</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837, au ¶ 71. Au paragraphe final du jugement (¶ 133), la Cour rappelle que les régimes fédéraux-provinciaux « ont pour pivot le respect par chacun des champs de compétence de l'autre et la collaboration pour principe directeur. Le fédéralisme qui sous-tend le cadre constitutionnel canadien n'exige pas moins. »

<sup>48</sup> La compétence des provinces est limitée au territoire de ces dernières, compte tenu du libellé de l'article 92 de la Constitution qui use maintes fois de l'expression « dans la province ». Le paragraphe 92(13) fait ainsi référence à « la propriété et [aux] droits civils dans la province ».

<sup>49</sup> *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21 (CanLII), [2000] 1 RCS 494, au ¶ 37.

Supposons un instant qu'une loi provinciale ait été jugée valide, en ce qu'elle se rapporte à une matière relevant d'une des catégories de sujet attribuées aux provinces en vertu de l'article 92 de la *Constitution de 1867*. Il peut alors arriver que le *champ d'application* de cette loi soit limité en partie si, dans certaines de ses applications, cette loi est réputée porter atteinte à une matière qui fait partie du « contenu minimum élémentaire et irréductible » d'une compétence exclusive fédérale donnée :

La doctrine de l'exclusivité des compétences repose sur la prémisse que les chefs de compétence prévus aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont un « contenu minimum élémentaire et irréductible », qui doit être protégé contre l'ingérence de l'autre ordre de gouvernement : *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 1988 CanLII 81 (CSC), [1988] 1 R.C.S. 749, p. 839. S'il est établi que la doctrine de l'exclusivité des compétences trouve application, la mesure législative adoptée par l'autre ordre de gouvernement demeure valide, mais ne s'applique pas à l'égard de ce « contenu essentiel ».<sup>50</sup>

La logique derrière cette doctrine d'exclusivité a été clairement exprimée par le juge Beetz dans *Bell Canada c. CSST*.<sup>51</sup> Il a déclaré que nier l'existence d'un tel contenu minimal équivaldrait à « vider la compétence fédérale exclusive de son contenu principal et la transformer en un pouvoir de faire des lois simplement incidentes qui ne se rattachent plus qu'à un pouvoir principal sans substance véritablement autonome... ».<sup>52</sup> En outre, ajoute-t-il un peu plus loin, « [s]i ce pouvoir est exclusif, c'est parce que les textes constitutionnels, qui auraient pu être différents mais qui ne le sont pas, le prescrivent expressément. Et c'est parce que ce pouvoir est exclusif qu'il écarte celui des législatures tant pour leurs lois d'application générale que pour leurs lois d'application particulière en autant qu'elles touchent à une partie essentielle d'une entreprise fédérale. »<sup>53</sup>

Dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, la majorité de la Cour suprême a restreint la portée de cette doctrine dite « de l'exclusivité des compétences »<sup>54</sup> aux situations où

---

<sup>50</sup> *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44 (CanLII), [2011] 3 RCS 134, au ¶ 58. Quoique le passage cité puisse laisser croire que la doctrine de l'exclusivité des compétences pourrait parfois être invoquée pour limiter l'application de lois fédérales qui porteraient atteinte au « contenu minimum élémentaire et irréductible » d'une compétence provinciale, il n'en est rien. Cette doctrine n'a jamais bénéficié aux compétences provinciales : *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, 1992 CanLII 110 (CSC), [1992] 1 RCS 3, 68 ; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 1993 CanLII 72 (CSC), [1993] 3 RCS 327, 380-381 et *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22 (CanLII), [2007] 2 RCS 3, au ¶ 45; voir aussi Jean LECLAIR, « The Supreme Court's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity », (2003) 28 *Queen's law Journal* 411-453, 419 et Bruce RYDER, « Equal Autonomy in Canadian Federalism : The Continuing Search for Balance in the Interpretation of the Division of Powers », (2011), 54 I (2d) 565-599, 579-586.

<sup>51</sup> 1988 CanLII 81 (CSC), [1988] 1 RCS 749.

<sup>52</sup> *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 1988 CanLII 81 (CSC), [1988] 1 RCS 749, 840.

<sup>53</sup> *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 1988 CanLII 81 (CSC), [1988] 1 RCS 749, 780.

<sup>54</sup> Les traducteurs des décisions de la Cour suprême sont à l'origine d'une autre malencontreuse modification de vocabulaire. En effet, alors que l'expression « interjuridictional immunity » était

l'application de la loi provinciale aurait pour effet non pas simplement de « toucher » ce contenu minimum élémentaire et irréductible, mais bien de l'« entraver » :

La différence entre la notion de « toucher » et celle d'« entraver » réside dans le fait que la première ne suppose pas de conséquences fâcheuses, contrairement à la seconde. Le changement opéré dans *Bell Canada* (1988) en passant de la notion d'« entraver » à la notion de « toucher » n'est pas compatible avec le point de vue adopté par la suite dans l'arrêt *Mangat*, selon lequel « [l]e fait que la matière visée [...] comporte un double aspect joue en faveur de l'application de la règle de la prépondérance plutôt que de celle de l'exclusivité des compétences » (par. 52). Ce passage n'est pas compatible non plus avec l'application qu'avait faite le juge Beetz lui-même du critère de l'« entrave » dans l'arrêt *Dick c. La Reine*, 1985 CanLII 80 (CSC), [1985] 2 R.C.S. 309, p. 323-324. C'est lorsque l'effet préjudiciable d'une loi adoptée par un ordre de gouvernement s'intensifie en passant de « toucher » à « entraver » (sans nécessairement « stériliser » ou « paralyser ») que le « contenu essentiel » de la compétence de l'autre ordre de gouvernement (ou l'élément vital ou essentiel d'une entreprise établie par lui) est menacé, et pas avant.<sup>55</sup>

Elle a également soutenu que cette doctrine devait être appliquée aux domaines où elle l'a traditionnellement été<sup>56</sup>, ce qui, en passant, ne comprend pas la compétence fédérale sur le commerce. Au contraire, dans un passage important pour nos fins, la Cour a pris soin de souligner le danger de recourir à cette doctrine dans le contexte du paragraphe 91(2) de la *Constitution de 1867* qui confère au Parlement fédéral une compétence exclusive relativement à la « réglementation du trafic et du commerce » :

Accorder trop d'importance à la doctrine de l'exclusivité des compétences engendrerait une grande incertitude. La doctrine repose sur l'attribution à chaque chef de compétence législative d'un « contenu essentiel » indéterminé — difficile à définir, sinon au fil du temps par des interprétations judiciaires fortuites et ponctuelles. L'obligation d'élaborer une définition abstraite d'un « contenu essentiel » n'est pas, en général, conciliable avec la tradition canadienne en matière d'interprétation constitutionnelle, laquelle favorise une démarche progressive. En effet, s'il est vrai que le catalogue des art. 91 et 92 contient un certain nombre de pouvoirs précis et prêtant peu à discussion, il en est d'autres beaucoup plus imprécis, comme ceux sur le droit criminel, le commerce ou les matières d'intérêt local ou privé dans la province. À partir de la naissance de la Confédération, la jurisprudence s'est gardée de tenter de définir à jamais et à l'avance l'étendue possible de ce type de pouvoirs : *Citizens Insurance*, p. 109; *John Deere Plow*, p. 339. À titre d'exemple, elle n'a pas éviscéré le pouvoir fédéral sur le trafic et le commerce, mais en l'interprétant, elle a cherché à éviter de vider de leur contenu les pouvoirs provinciaux sur le droit civil et les matières d'intérêt

---

anciennement traduite par l'expression « immunité interjuridictionnelle », ce dont personne ne s'était jamais offensé, on en parle maintenant comme de la « doctrine de l'exclusivité des compétences », ce qui est tout à fait inappropriée, la doctrine de l'exclusivité renvoyant à une notion infiniment plus large. La parole est d'argent, le silence est d'or...

<sup>55</sup> Nous aimerions bien rencontrer quelqu'un qui serait en mesure de nous dire, *objectivement*, ce qui peut bien distinguer un effet qui passe « de « toucher » à « entraver » (sans nécessairement « stériliser » ou « paralyser ») ».

<sup>56</sup> *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22 (CanLII), [2007] 2 RCS 3, au ¶ 77.

local ou privé. Une application généralisée de la doctrine de l'exclusivité des compétences issue du domaine du « trafic et du commerce » aurait mené à une forme de fédéralisme fort différente, plus rigide et plus centraliste. Abordant avec prudence un cas d'espèce à la fois, la jurisprudence a graduellement su définir le contenu des pouvoirs législatifs du Parlement et des législatures, sans nier la réalité de leurs interactions inévitables, mais toujours en tenant compte de l'évolution des problèmes auxquels le partage des compétences législatives doit maintenant apporter des solutions.<sup>57</sup>

On peut donc affirmer sans crainte de se tromper que la doctrine de l'exclusivité des compétences ne risque pas de soulever de problème, dans la mesure où un argument fondé sur une atteinte au « contenu minimum élémentaire et irréductible » de la compétence fédérale sur le commerce serait avancé. Toutefois, il faut garder à l'esprit qu'une éventuelle loi provinciale sur la concurrence, dans la mesure où elle comporterait des mécanismes d'enquête particulièrement invasifs, pourrait être réputée inapplicable aux « entreprises » de transport et de communications relevant de la compétence exclusive du Parlement central aux termes des paragraphes 91(29) et 92(10)a) à c) de la Constitution.<sup>58</sup> Il serait peut-être prudent de penser à spécifier dans l'éventuel projet de loi qu'il ne s'appliquera ni aux entreprises fédérales ni aux banques.

### **3. L'opérabilité constitutionnelle d'une loi provinciale**

La validité d'une loi, tout comme la question de l'inapplicabilité d'une loi provinciale, fait intervenir la notion de pouvoir *exclusif*. Un ordre de gouvernement ne peut légiférer directement ou porter atteinte au contenu minimum d'une compétence exclusive appartenant l'autre ordre de gouvernement. Le texte constitutionnel l'interdit. Rappelons à nouveau ce que le juge Beetz disait au sujet de la doctrine de l'exclusivité des compétences :

Si ce pouvoir [fédéral sur les entreprises de télécommunications interprovinciales] est exclusif, c'est parce que les textes constitutionnels, qui auraient pu être différents mais qui ne le sont pas, le prescrivent expressément. Et c'est parce que ce pouvoir est exclusif qu'il écarte celui des législatures tant pour leurs lois d'application générale que pour leurs lois d'application particulière en autant qu'elles touchent à une partie essentielle d'une entreprise fédérale. La règle de l'exclusivité est absolue et ne permet pas de distinguer entre ces deux types de lois.<sup>59</sup>

En conséquence du principe d'exclusivité, une loi provinciale serait réputée invalide si elle porte sur une matière relevant de la compétence du Parlement central, et ce, *même si ce dernier*

---

<sup>57</sup> *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22 (CanLII), [2007] 2 RCS 3, au ¶ 43 (nous soulignons).

<sup>58</sup> Voir, à ce sujet Jean LECLAIR, « L'étendue du pouvoir constitutionnel des provinces et de l'État central en matière d'évaluation des incidences environnementales au Canada », (1995) 21 *Queen's Law Journal* pp. 37-77. Il faut bien sûr souligner que l'adoption d'un régime de gestion de la concurrence qui supposerait la mise en place d'un vaste système de réglementation et d'enquête pourrait faire intervenir l'application de plusieurs de garanties juridiques protégées par les chartes canadienne et québécoise, questions qui ne ressortent pas du mandat qui nous a été confié.

<sup>59</sup> *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 1988 CanLII 81 (CSC), [1988] 1 RCS 749, 840.

*n'a pas légiféré sur cette même question* et même si la loi provinciale est fort sage et appropriée. Par exemple, même si avant 1968, dans certaines provinces, la volonté populaire réclamait une loi sur le divorce, aucun gouvernement provincial n'était en mesure de satisfaire à cette demande en raison de la compétence fédérale *exclusive* en cette matière. Les Canadiens ont donc dû attendre l'intervention fédérale de 1968 avant de voir leur souhait se réaliser.

De la même façon, une loi provinciale portant atteinte au « contenu minimum élémentaire et irréductible » d'une compétence exclusive fédérale donnée sera réputée inapplicable, et ce, *même si le gouvernement central n'a pas légiféré sur cette même question* et même si la loi provinciale est sage et idoine. Comme la majorité l'a rappelé dans *Banque canadienne de l'Ouest* :

...l'exclusivité des compétences signifie que même si un ordre législatif n'a pas légiféré sur une matière donnée, l'autre ne pourrait pas adopter des lois ayant des effets même accessoires sur ce qu'il est convenu d'appeler le « contenu essentiel » de la compétence. Ce genre de situation accroît le risque de création de « vides juridiques », ce que notre Cour a reconnu dans *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67 (CanLII), [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, par. 52. En principe, ces « vides juridiques » ne sont guère souhaitables.<sup>60</sup>

Bref, que ce soit l'argument d'invalidité ou celui d'inapplicabilité, l'un et l'autre entraînent la mise en échec d'une loi provinciale que le fédéral ait légiféré ou non. Il n'en va pas de même du troisième moyen qui s'offre à la partie qui veut échapper au couperet représenté par une loi provinciale, savoir l'argument d'inopérabilité. Ce dernier argument ne peut intervenir en l'absence d'une loi fédérale. En effet, il n'y a inopérabilité d'une norme provinciale que dans la mesure où cette dernière entre en conflit avec une norme fédérale valide :

Comme le professeur Hogg le souligne dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (1977), à la p. 102, la doctrine de la prépondérance s'applique lorsqu'il y a une loi fédérale et une loi provinciale qui sont (1) toutes deux valides et (2) incompatibles, et il ajoute que [TRADUCTION] « la question ne se pose que si chaque loi a d'abord été déclarée valide en tant que texte de loi indépendant.<sup>61</sup> »

En l'occurrence, comme on le sait, il existe une loi fédérale sur la concurrence et il nous faudra donc dire un mot du conflit potentiel qui pourrait exister entre elle et une éventuelle loi provinciale sur le même sujet.

Si l'on s'en tient pour l'instant à une description des modalités d'application de la notion d'inopérabilité, rappelons que l'existence d'un conflit entraîne l'inopérabilité de la norme provinciale en raison du principe de prépondérance fédérale reconnu en droit constitutionnel canadien. Cette inopérabilité ne vaudra que dans la mesure du conflit et pour la durée de celui-ci. Ainsi, l'abrogation de la norme fédérale en mettant fin au conflit, mettrait fin à l'éclipse de la norme provinciale.

---

<sup>60</sup> *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22 (CanLII), [2007] 2 RCS 3, au ¶ 44.

<sup>61</sup> *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, 1982 CanLII 55 (CSC), [1982] 2 RCS 161, 168.

Ce qu'il nous reste à décrire, c'est la nature du test applicable pour déterminer l'existence d'un conflit ou d'une incompatibilité. Comme le rappelait récemment la Cour :

La réponse que les tribunaux donnent à cette question a pris une importance capitale pour le développement du fédéralisme canadien. En effet, une interprétation large de la notion d'incompatibilité étend les pouvoirs du gouvernement central. Au contraire, une interprétation plus restrictive tend à laisser plus de marge de manœuvre aux gouvernements provinciaux.<sup>62</sup>

La Cour, à ce jour, a toujours préféré une interprétation restrictive de la notion d'incompatibilité. C'est dans l'affaire *Rothman, Benson & Hedges* que la Cour a le plus éloquemment expliqué la nature du test applicable :

L'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, 1982 CanLII 55 (CSC), [1982] 2 R.C.S. 161, est souvent cité à l'appui de la théorie que l'incompatibilité apparaît selon cette doctrine en cas d'impossibilité de respecter simultanément les textes législatifs provincial et fédéral. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) écrit, à la p. 191 :

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit « oui » et que l'autre dit « non »; « on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles »; l'observa[tion] de l'une entraîne l'inobserva[tion] de l'autre.

[...] Cependant, des décisions subséquentes indiquent que l'impossibilité de se conformer aux deux textes ne représente pas le seul signe d'incompatibilité. L'incompatibilité survient également selon la doctrine de la prépondérance des lois fédérales lorsque la loi provinciale supprime la loi fédérale ou entrave la réalisation de son objet.

[...] Cette préoccupation à l'égard du risque que la réalisation du but visé par le Parlement soit entravée trouve peut-être son origine dans *McCutcheon*, où le juge Dickson affirme, à la p. 190 :

... Il n'y a pas vraiment incompatibilité dans le cas de dispositions qui se répètent simplement, puisqu'il n'importe pas de savoir quelle loi est appliquée; le but visé par le Parlement sera atteint, peu importe la loi sur laquelle se fonde le recours; l'application de la loi provinciale n'a pas pour effet d'écarter l'intention du Parlement. [C'est le juge Dickson qui souligne.]

À mon avis, le principe dominant à tirer de *McCutcheon* et des décisions subséquentes signifie qu'une loi provinciale ne doit pas entraver la réalisation de l'objet d'une loi fédérale, soit en rendant impossible le respect de celle-ci, soit par

---

<sup>62</sup> *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22 (CanLII), [2007] 2 RCS 3, au ¶ 70.

tout autre moyen. En ce sens, l'impossibilité de se conformer aux deux textes suffit pour établir l'incompatibilité, mais ce n'est pas le seul critère.<sup>63</sup>

La Cour a également rappelé, dans une autre affaire, que le test énoncé dans *Rothman, Benson & Hedges* n'avait pas pour conséquence d'introduire en droit canadien la doctrine dite du champ occupé familière aux juristes états-uniens :

Cela dit, il faut éviter de donner une portée trop large aux arrêts *Hall, Mangat* et *Rothmans*. Notre Cour n'a jamais donné d'indication qu'elle entendait, par ces arrêts, renverser ses décisions antérieures et adopter le test du « champ occupé » qu'elle a clairement rejeté dans l'arrêt *O'Grady* de 1960. Le fait que le législateur fédéral ait légiféré sur une matière n'entraîne pas la présomption qu'il a voulu, par là, exclure toute possibilité d'intervention provinciale sur le sujet. Comme l'affirmait récemment notre Cour, « on ne peut prêter au Parlement l'intention de vouloir [TRADUCTION] “occuper tout le champ”, en l'absence d'un texte de loi clair à cet effet, sans s'écarter de l'attitude de retenue judiciaire pour les questions de prépondérance des lois fédérales que respecte la Cour depuis au moins l'arrêt *O'Grady* » (*Rothmans*, par. 21).<sup>64</sup>

Quoique notre mandat consiste à déterminer dans quelle mesure une loi provinciale sur la concurrence pourrait être validement adoptée, il convenait tout de même d'aborder la question d'une possible inopérabilité. En effet, cette démarche est importante, car il importe que le gouvernement soit au courant de la possibilité, pour une personne poursuivie aux termes d'une éventuelle loi provinciale sur la concurrence, de pouvoir échapper à toute condamnation en invoquant l'existence d'un conflit avec la loi fédérale sur la concurrence.

#### **4. Conclusion générale au sujet des trois doctrines de droit constitutionnel**

Les trois doctrines énoncées plus haut, selon l'interprétation qui leur est donnée, peuvent fort bien entraîner une centralisation ou une décentralisation des pouvoirs au sein de la fédération canadienne. Toutefois, comme on vient de le voir brièvement en ce qui a trait aux doctrines de l'inapplicabilité et d'inopérabilité, depuis au moins 20 ans, la Cour suprême favorise une interprétation relativement restrictive de ces deux approches. En effet, consciente du potentiel centralisateur de ces doctrines,<sup>65</sup> et de l'effet d'éteignoirs qu'elles

---

<sup>63</sup> *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13 (CanLII), [2005] 1 RCS 188, aux ¶¶ 11-14.

<sup>64</sup> *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22 (CanLII), [2007] 2 RCS 3, au ¶ 74.

<sup>65</sup> *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22 (CanLII), [2007] 2 RCS 3, au ¶ 45 et *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837, au ¶ 60. Comme la Cour en a convenu dans *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22 (CanLII), [2007] 2 RCS 3, au ¶ 45, la doctrine avait déjà souligné ce potentiel de centralisation : « Une tendance centralisatrice de l'interprétation constitutionnelle risque également d'émerger involontairement d'une utilisation large de la doctrine de l'exclusivité des compétences. Comme nous l'avons indiqué, l'histoire de la doctrine démontre qu'elle a surtout protégé les chefs de compétence fédérale contre les empiètements accessoires des législatures provinciales. L'application « asymétrique » de cette doctrine demeure inconciliable avec les besoins de flexibilité et de coordination du fédéralisme canadien contemporain. Les auteurs ont signalé qu'une application extensive de la doctrine afin de protéger les chefs de compétence fédéraux et les entreprises fédérales n'est ni nécessaire

peuvent avoir sur l'expression légitime de politiques provinciales, la Cour a explicitement déclaré favoriser une interprétation de ces trois doctrines qui vise « à concilier la diversité légitime des expérimentations régionales avec le besoin d'unité nationale. Elles [ces trois doctrines] doivent enfin reconnaître que, concrètement, le maintien de l'équilibre des compétences relève avant tout des gouvernements, et doivent faciliter et non miner ce que notre Cour a appelé un 'fédéralisme coopératif' ». <sup>66</sup>

Entre 2000 et 2008, date à partir de laquelle la Cour a de nouveau commencé à être divisée sur l'interprétation du partage des compétences, les plus hauts magistrats ont été unanimes dans 24 des 25 affaires relatives au partage des compétences qu'ils ont été appelés à entendre<sup>67</sup>, c'est donc dire unanimes à interpréter les doctrines de droit constitutionnel d'une manière qui n'étouffe pas les provinces. En outre, quoique, depuis 2010, les membres de la Cour ne soient plus unanimes quant à l'interprétation à donner au partage, il n'en reste pas moins que, au chapitre des lois invalidées, c'est le gouvernement central, et non les provinces, qui en a pâti.<sup>68</sup> Sauf erreur de notre part, il faut remonter à 1993 pour trouver une décision invalidant une loi provinciale<sup>69</sup>, et encore, la preuve révélait clairement que la loi en question constituait une manifestation de « législation déguisée ». Bref, nous sommes d'avis que, quoi qu'une rédaction prudente d'un futur projet de loi soit bien entendu de mise, la tendance actuelle de la Cour suprême est de regarder d'un œil favorable les interventions provinciales car, sauf exception, elle n'entend pas étouffer l'expression de la volonté politique légitimement exprimée par les électeurs provinciaux.

---

[TRADUCTION] « ni souhaitable dans une fédération où les provinces sont chargées d'adopter et d'appliquer un aussi grand nombre de lois visant à protéger les travailleurs, les consommateurs et l'environnement (pour ne nommer que ceux-ci) » (Hogg, p. 15-30; voir également Weiler, p. 312; J. LECLAIR, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen's L.J.* 411). L'effet asymétrique de la doctrine de l'exclusivité des compétences peut aussi être considéré comme une menace aux principes de subsidiarité, selon lesquels « le niveau de gouvernement le mieux placé pour [prendre des décisions est] celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens touchés » (114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40 (CanLII), [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, au ¶ 3). »

<sup>66</sup> *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22 (CanLII), [2007] 2 RCS 3, au ¶ 24.

<sup>67</sup> Bruce RYDER, « Equal Autonomy in Canadian Federalism : The Continuing Search for Balance in the Interpretation of the Division of Powers », (2011), 54 I (2d) 565-599, 565.

<sup>68</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61 (CanLII), [2010] 3 RCS 457 et *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837.

<sup>69</sup> *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; voir aussi Bruce RYDER, « Equal Autonomy in Canadian Federalism : The Continuing Search for Balance in the Interpretation of the Division of Powers », (2011), 54 I (2d) 565-599, 567, note 6.



### PARTIE III — Les paramètres négatifs

Le temps est maintenant venu d'examiner les « paramètres négatifs » que le Québec doit avoir en tête lorsqu'il s'attellera à la rédaction d'un éventuel projet de loi sur la concurrence. Rappelons que par cette expression nous désignons les finalités législatives que la province doit s'abstenir de poursuivre si elle ne veut pas voir basculer son projet de loi dans l'inconstitutionnalité.

Dans un premier temps, il est essentiel de souligner que la concurrence ne figure nulle part dans les articles 91 ou 92 de la *Constitution de 1867*. Aucun ordre de gouvernement n'est investi d'une compétence exclusive à son égard. Il s'agit donc d'un sujet qui comporte un double aspect. Comme l'a affirmé le juge Dickson dans *City National Leasing* :

[L]a concurrence ne constitue pas un seul et même sujet, pas plus que l'inflation ou la pollution. Les provinces aussi peuvent traiter de concurrence dans l'exercice de leurs pouvoirs législatifs dans des domaines comme la protection du consommateur, les relations de travail, la commercialisation et ainsi de suite. Cependant, le fait est que le Parlement a aussi le pouvoir constitutionnel de réglementer les aspects intraprovinciaux de la concurrence.<sup>70</sup>

Comme nous le rappelions plus haut, le pouvoir d'un ordre de gouvernement en matière de concurrence ne vient pas non plus miner le pouvoir de l'autre. C'est ce que la Cour a rappelé récemment en faisant explicitement référence à la concurrence :

Le pouvoir fédéral de réglementer la concurrence au Canada ne prive pas les provinces de celui d'en traiter dans l'exercice de leurs pouvoirs législatifs dans des domaines comme la protection du consommateur, les relations de travail et la commercialisation (*General Motors*, p. 682). La législation sur la concurrence, de par son caractère véritable, relève du fédéral, et ce, parce que son objet et ses effets concernent des questions d'une importance et d'une portée nationales. Bien qu'elle régie les contrats et les pratiques dans la province, la mesure législative qui était en cause n'en aborde que les aspects fédéraux, ce qu'elle fait de manière et d'un point de vue distincts de la réglementation provinciale. Ainsi, son caractère véritable demeure de compétence fédérale.

En somme, l'exemple de la concurrence nous permet d'illustrer l'application des critères établis dans *General Motors* pour déterminer si une matière relève effectivement du par. 91(2). Le pouvoir général relatif au trafic et au commerce ne peut servir à priver les législatures provinciales du pouvoir de réglementer les affaires de nature locale et l'industrie à l'intérieur de leurs frontières, pas plus que le pouvoir des législatures de réglementer la propriété et les droits civils dans la province ne peut priver le Parlement du pouvoir que lui confère le par. 91(2) de légiférer sur des questions d'importance et de portée véritablement nationales qui transcendent la nature locale et concernent tout le pays.<sup>71</sup>

<sup>70</sup> *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, 1989 CanLII 133 (CSC), [1989] 1 RCS 641, 682.

<sup>71</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837, aux ¶¶ 88-89.

Autrement dit, dans la mesure où chaque ordre de gouvernement poursuit une finalité exclusive qui est sienne, une loi relative à la concurrence sera valide. Il nous faut donc, avant de réfléchir au type de finalités exclusives qu'une province peut légitimement poursuivre pour s'attaquer à la concurrence (ce que nous examinerons dans la prochaine partie), analyser la nature des finalités que *seul* le fédéral peut viser. Pourquoi *seul*? Parce que, au risque de nous répéter, les compétences attribuées aux deux ordres de gouvernement sont *mutuellement exclusives*. C'est le texte de la *Constitution de 1867* qui le veut ainsi.

Comme nous le verrons maintenant, deux chefs de compétences fédérales ont été historiquement mobilisés avec succès pour justifier l'adoption de lois sur la concurrence, savoir la compétence sur le droit criminel (paragraphe 91(27)) et la compétence sur la réglementation du trafic et du commerce (paragraphe 91(2)). Avant d'aborder l'examen de ces chefs d'attribution, une remarque doit être faite au sujet d'autres compétences potentiellement pertinentes.

### **1. Les compétences fédérales pointues et la théorie des dimensions nationales**

Certaines compétences fédérales visant des institutions ou des personnes spécifiques, d'où l'expression «compétences pointues», pourraient être invoquées pour justifier l'adoption par le Parlement de mesures législatives limitées en matière de concurrence. On pense, par exemple, à la compétence fédérale relative aux entreprises fédérales de communications et de transport interprovincial. Il ne fait aucun doute que le fédéral pourrait régir la concurrence là où ces entreprises sont impliquées. D'autres compétences fédérales pourraient être invoquées au soutien d'une loi fédérale au contenu limité. Pensons par exemple aux compétences relatives au service postal (paragraphe 91(5)), à la défense nationale (paragraphe 91(7)) ou encore à la fonction publique fédérale.<sup>72</sup>

Comme nous l'avons évoqué plus haut, il y a fort à parier qu'une loi provinciale d'application générale sur la concurrence sera réputée inapplicable dans la mesure où elle serait réputée porter atteinte au contenu minimal, c'est-à-dire, en l'occurrence, à la gestion de ces entreprises ou organismes publics fédéraux. La question de l'inapplicabilité ou de l'étendue de cette inapplicabilité de la loi provinciale dépendra de la nature des mécanismes d'éradication de la concurrence que le gouvernement provincial choisira d'intégrer dans un éventuel projet de loi. Comme nous le disions plus haut, il serait peut-être politiquement habile de prévoir l'exclusion de ces entreprises fédérales du rayon d'action de la loi.

Les compétences fédérales sur la navigation (paragraphe 91(10)), les pêcheries (paragraphe 91(12)), les banques (paragraphe 91(15)) et les indiens (paragraphe 91(24)) pourraient elles aussi servir d'assise à une intervention limitée. Toutefois, l'inapplicabilité de la loi provinciale sera plus difficile à démontrer en ces domaines. En effet, est-ce que le «contenu minimum élémentaire et irréductible» de ces matières pourrait être entravé par une loi provinciale sur la concurrence? Tout dépendra, encore une fois, de la nature des mécanismes d'éradication de la concurrence que le gouvernement provincial choisira d'intégrer dans un éventuel projet de loi.

---

<sup>72</sup> *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, 189.

Une autre compétence fédérale aurait pu être invoquée pour régir la concurrence, mais ne l'a pas été, et ne le sera fort probablement jamais : la théorie des dimensions nationales. Sans entrer dans des détails inutiles,<sup>73</sup> signalons que cette création jurisprudentielle dont la popularité auprès des juges de la Cour suprême a atteint un sommet en 1988,<sup>74</sup> pour ensuite rapidement décliner,<sup>75</sup> permet à ceux-ci de reconnaître au Parlement fédéral une compétence relativement à une matière inconnue en 1867 ou encore, une matière qui, de locale qu'elle était, a atteint une dimension nationale. L'avantage de cette compétence, mais en même temps son grand défaut, c'est le caractère « exclusif et permanent » du pouvoir qu'elle reconnaît au fédéral à l'égard de la nouvelle matière.<sup>76</sup> Autrement dit, si, par exemple, la concurrence avait été déclarée d'intérêt national, il aurait été impossible pour une province d'adopter une loi portant spécifiquement sur la « concurrence ». C'est pourquoi, depuis 1988, la Cour suprême a refusé de recourir à cette compétence pour valider quelque projet de loi fédéral que ce soit.

Dans *City National Leasing*, la Cour n'a même pas discuté de la possibilité de recourir à la théorie des dimensions nationales pour valider la loi fédérale sur la concurrence. Celle-ci a plutôt été réputée comporter un double aspect parce que le fédéral peut s'y intéresser aux termes de son « pouvoir général relatif au trafic et au commerce » que lui confère sa compétence exclusive sur le trafic et le commerce (paragraphe 91(2)), alors que les provinces peuvent se fonder sur leur compétence exclusive relative à la propriété et aux droits civils pour réglementer les aspects locaux de cette concurrence.

Il nous apparaît plus qu'improbable, compte tenu de l'attitude favorable de la Cour envers la souplesse offerte par la théorie du double aspect ainsi que de la divisibilité conceptuelle de l'objet « concurrence », aussi reconnue par la Cour, que la concurrence soit réputée d'un intérêt national tel qu'il justifierait la reconnaissance d'une compétence *exclusive et permanente* au gouvernement central en ce domaine.

## **2. La compétence fédérale relative au droit criminel et le « pouvoir général relatif au trafic et au commerce » conféré par la compétence fédérale relative au trafic et au commerce**

Les assises constitutionnelles de la compétence fédérale en matière de trafic et de commerce et, plus particulièrement, de concurrence ont été examinées à plusieurs reprises

---

<sup>73</sup> Pour une analyse circonstanciée de cette compétence, voir Jean LECLAIR, « La théorie des dimensions nationales: une boîte à phantasmes — *Canada (Procureur général) c. R.J.R. MacDonald Inc.* », Vol. 72, *Revue du Barreau canadien*, pp. 524-538 et Jean LECLAIR, « The Elusive Quest for the Quintessential 'National Interest' », (2005) 38 *The University of British Columbia Law Review* 355-374.

<sup>74</sup> *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, 1988 CanLII 63 (CSC), [1988] 1 RCS 401.

<sup>75</sup> *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, 1992 CanLII 110 (CSC), [1992] 1 RCS 3 et *R. c. Hydro-Québec*, 1997 CanLII 318 (CSC), [1997] 3 RCS 213.

<sup>76</sup> *Renvoi : Loi anti-inflation*, 1976 CanLII 16 (CSC), [1976] 2 RCS 373, 444 et 461; voir aussi *Johannesson v. West Saint-Paul*, 1951 CanLII 55 (SCC), [1952] 1 R.C.S. 292, 311-12; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, 1988 CanLII 63 (CSC), [1988] 1 RCS 401, 433; *R. c. Hydro-Québec*, 1997 CanLII 318 (CSC), [1997] 3 RCS 213, aux ¶¶ 67, 115 et 128.

par des auteurs chevronnés.<sup>77</sup> Nous n'entendons pas retracer la trajectoire historique de celle-ci ni faire une étude exégétique de la jurisprudence. Nous nous en tiendrons à ce qui est nécessaire aux fins de la présente étude.

Pour bien comprendre le problème posé par l'interprétation à donner à la compétence fédérale en matière de trafic et de commerce, il faut rappeler que, dès après la Confédération, et sans jamais s'en dédire par la suite, le Conseil privé a donné une interprétation extrêmement généreuse à la compétence des provinces en matière de propriété et de droit civil (paragraphe 92(13)).<sup>78</sup> Tout ce qui a trait au commerce local a été réputé tombé sous la coupe de cette compétence. C'est à l'aune de cette interprétation avantageant les provinces qu'a ensuite été mesurée l'étendue de la compétence fédérale. L'arrêt *Citizens' Insurance Company of Canada v. Parsons*<sup>79</sup>, constitue la pierre de touche de l'interprétation donnée au paragraphe 91(2). Voici comment le juge Dickson résume l'importance et la portée de cette décision :

C'est dans l'arrêt de principe, *Citizens' Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, qu'on retrouve l'énoncé le plus souvent cité de la portée du par. 91(2). Sir Montague Smith, s'exprimant au nom du Conseil privé, souligne, à la p. 112, que si l'on donnait aux termes échanges et commerce leur sens ordinaire, il se pourrait bien que le par. 91(2) ait conféré au gouvernement fédéral de très larges pouvoirs:

[TRADUCTION] Les termes "réglementation des échanges et du commerce", pris dans leur sens le plus étendu, ont une ampleur suffisante en dehors du contexte et des autres parties de l'Acte pour englober chaque domaine de réglementation des échanges, depuis les ententes politiques sur les échanges, conclues avec les gouvernements étrangers et exigeant la sanction du Parlement, jusqu'aux règlements minutieux s'appliquant aux échanges particuliers.

Pour restreindre l'étendue d'une interprétation littérale du par. 91(2), sir Montague Smith adopte l'interprétation suivante, à la p. 113:

[TRADUCTION] Par conséquent, si l'on interprète les mots "réglementation des échanges et du commerce" en s'aidant des divers moyens mentionnés plus haut, on voit qu'ils devraient inclure les arrangements politiques concernant les échanges qui requièrent la sanction du Parlement et la réglementation des échanges dans les matières d'intérêt interprovincial. Il se pourrait qu'ils comprennent la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Dominion.

---

<sup>77</sup> Bruce C. McDONALD, « Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement » (1969) 47 *Can. Bar Rev.* 161 ; Peter W. HOGG and Warren GROVER, « The Constitutionality of the Competition Bill » (1975-76) 1 *Can. Bus. L.J.* 197 ; John D. WHYTE, « Federal Powers Over the Economy: Finding New Jurisdictional Room » (1987-1988) 13 *Can. Bus. L.J.* 257 et Malcolm LAVOIE, « Understanding 'Trade as a Whole' in the Securities Reference », (2013) 46 *U.B.C.L. Rev.* 157-175.

<sup>78</sup> Voir Partie III, *infra*.

<sup>79</sup> (1881), 7 App. Cas. 96.

[...]

Depuis l'arrêt *Parsons*, la jurisprudence relative au par. 91(2) a surtout porté sur la délimitation des deux aspects ou "volets" de la compétence fédérale: (1) la compétence en matière d'échanges et de commerce internationaux et interprovinciaux, et (2) la compétence générale en matière d'échanges et de commerce touchant le Canada dans son ensemble. Le premier aspect a fait l'objet de nombreuses contestations constitutionnelles et de nombreux examens judiciaires. Par contre, le deuxième aspect est demeuré largement inexploré, un terrain inconnu.<sup>80</sup>

Dès 1881, le Conseil privé s'est engagé dans la voie d'une interprétation du paragraphe 91(2) qui, pour l'essentiel, a confiné le Parlement fédéral à la réglementation du commerce interprovincial et international.

Les tentatives de réglementer la concurrence au Canada ont bien sûr subi les contrecoups de l'interprétation extraordinairement étroite donnée au paragraphe 91(2) de la *Constitution de 1867* par le Comité judiciaire du Conseil privé à partir de 1881. En effet, pour des motifs à propos desquels les constitutionnalistes devisent encore aujourd'hui, mais qui ont certainement à voir avec une préférence inavouée pour le laissez-faire, le Conseil privé au cours des années 1920 et 1930 a, tout compte fait, rendu la réglementation du commerce par le fédéral presque impossible. Cette émasculature du pouvoir en matière de commerce du Parlement fédéral a atteint un sommet inégalé dans l'arrêt *Re Board of Commerce*,<sup>81</sup> une affaire qui, justement, soulevait la constitutionnalité de deux lois fédérales sur la concurrence. En l'occurrence, comme l'a rappelé le juge Dickson dans *City National Leasing*, le Conseil privé a affirmé que cette compétence « n'avait aucun contenu indépendant et ne pouvait être invoquée qu'accessoirement à d'autres pouvoirs fédéraux. »<sup>82</sup>

Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*,<sup>83</sup> un litige où cette fois la validité constitutionnelle d'une loi fédérale sur la concurrence a été reconnue, le Conseil privé devait désavouer cette interprétation indûment restrictive.<sup>84</sup> Malgré tout, ce n'est pas sur la base du paragraphe 91(2) que la loi a été jugée valide, mais bien sur celle du paragraphe 91(27). Dans un passage aujourd'hui célèbre, Lord Atkin a déclaré :

Il apparaît assez vain à leurs Seigneuries de chercher à confiner les crimes à une catégorie d'actes qui, de par leur nature véritable, appartiennent au domaine du

---

<sup>80</sup> *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, 1989 CanLII 133 (CSC), [1989] 1 RCS 641, 656-655-657.

<sup>81</sup> [1922] 1 A.C. 191.

<sup>82</sup> *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, 1989 CanLII 133 (CSC), [1989] 1 RCS 641, 660.

<sup>83</sup> [1931] A.C. 310.

<sup>84</sup> *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310, 326

“droit criminel”, car on ne peut fixer le domaine du droit criminel qu’en examinant quels actes l’État qualifie de crimes à chaque période en cause.<sup>85</sup>

À partir de *Proprietary Articles Trade Association*, toutes les lois fédérales sur la concurrence qui seront contestées seront jugées valides parce que poursuivant une finalité relevant du droit criminel.<sup>86</sup>

Les choses en seraient peut-être restées là, si des impératifs constitutionnels n’avaient pas rendu nécessaire une refondation du pouvoir fédéral de légiférer en matière de concurrence. Ainsi, dans *P.G. (Can.) c. Transports Nationaux du Canada*,<sup>87</sup> une compagnie accusée d’avoir contrevenu à la *Loi [fédérale] relative aux enquêtes sur les coalitions* avait contesté le pouvoir du procureur général du Canada de diriger les poursuites. Selon elle, puisque cette loi, comme on l’a vu, avait été déclarée valide parce que fondée sur la compétence criminelle, seul le procureur général de la province était investi du pouvoir d’intenter la poursuite. En effet, la compagnie soutenait qu’aux termes du paragraphe 92(14) qui attribue aux provinces une compétence exclusive en matière d’administration de la justice civile et *criminelle*, seules les provinces étaient autorisées à mettre en œuvre les lois fédérales dont l’assise constitutionnelle se fonde sur le paragraphe 91(27). La majorité a rejeté cet argument en déclarant que le gouvernement fédéral était compétent pour mettre en œuvre toutes les lois fédérales, qu’elles soient adoptées conformément à sa compétence en droit criminel ou non. Le juge Dickson, alors juge puîné, quoique d’accord avec l’argument de la compagnie au sujet de la portée du paragraphe 92(14), a néanmoins déclaré que la loi en litige comportait deux assises fédérales : les paragraphes 91(27) et 91(2). Il en est donc arrivé au même résultat que la majorité, mais au motif que la loi fédérale ne reposait pas uniquement sur la compétence fédérale en matière criminelle.

En effet, le juge Dickson, après avoir fait l’exégèse de la compétence fédérale en matière de commerce, a rappelé l’opinion incidente (*obiter*) exprimée par Sir Montague Smith dans *Citizens’ Insurance Company of Canada c. Parsons*, selon laquelle « les mots ‘réglementation des échanges et du commerce’ [pourraient comprendre] la réglementation générale des échanges s’appliquant à tout le Dominion. » Tout le reste de la décision du juge Dickson a consisté à insuffler vie à ce nouveau volet de pouvoir. Sans qu’il soit nécessaire de retracer le détail de l’élaboration du test proposé par le juge Dickson, test qui doit être satisfait par une loi fédérale pour pouvoir relever du « pouvoir général relatif au trafic et au commerce », rappelons le résumé qu’en donnait récemment la Cour suprême :

Le juge en chef Dickson a rédigé l’opinion de la Cour [dans *City National Leasing*] qui a confirmé la validité du droit d’intenter un recours civil et de la loi en général en vertu du par. 91(2). Reprenant l’analyse qu’il avait faite dans *Transports Nationaux du Canada*, il a réitéré le besoin d’établir un équilibre entre les par. 91(2) et 92(13) et formulé cinq critères permettant de conclure à la compétence

<sup>85</sup> *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310, 324. Traduction tirée du *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61 (CanLII), [2010] 3 RCS 457, au ¶ 231.

<sup>86</sup> *A.-G. Ont. v. A.-G. Can.*, [1937] A.C. 405 ; *A.-G. B.C. v. A.-G. Can.*, [1937] A.C. 368 ; *R. v. Campbell* (1965), 58 D.L.R. (2d) 673n (C.S.C.), approuvant 46 D.L.R. (2d) 83 (C.A. Ont.) et *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303.

<sup>87</sup> 1983 CanLII 36 (CSC), [1983] 2 RCS 206.

fédérale : (1) La mesure législative contestée s'inscrit-elle dans un régime général de réglementation? (2) Le régime fait-il l'objet de surveillance par un organisme de réglementation? (3) La mesure législative porte-t-elle sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier? (4) Le régime est-il d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, seules ou de concert, à l'adopter? (5) L'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le régime législatif en compromettrait-elle l'application dans d'autres parties du pays?<sup>88</sup>

Dans *P.G. (Can.) c. Transports Nationaux du Canada*, l'application de ces critères a permis au juge Dickson de conclure que la concurrence était bel et bien une matière qui satisfaisait ces critères. Le procureur général pouvait donc intenter des poursuites aux termes de la loi en litige, celle-ci ne se fondant pas uniquement sur le paragraphe 91(27), mais également sur le paragraphe 91(2). Rappelons que l'opinion du juge Dickson, dans cette affaire, n'exprimait pas le point de vue de la majorité, mais l'opinion concordante d'une minorité de trois juges.<sup>89</sup>

C'est encore une fois de manière indirecte que, six ans plus tard, la Cour a été appelée à se prononcer, à l'unanimité cette fois, sur le volet « pouvoir général relatif au trafic et au commerce » du paragraphe 91(2). Dans *City National Leasing*, était en litige un recours civil prévu par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.<sup>90</sup> Bien que cette loi, on l'a vu, avait été jugée valide sur la base de la compétence fédérale relative au droit criminel, une telle assise n'aurait jamais permis de fonder la validité d'un recours civil rédigé comme l'était la disposition en litige. En effet, personne ne mettait en doute que cette disposition empiétait sur la compétence provinciale en matière de propriété et droits civils. Tout le litige consistait donc à savoir si cette disposition inconstitutionnelle en elle-même pouvait néanmoins être maintenue au motif qu'elle faisait partie intégrante du système de réglementation mis en place par la loi.<sup>91</sup> Or, compte tenu de la nature prohibitive de la compétence relative au droit criminel, et compte tenu de la jurisprudence,<sup>92</sup> il aurait été très difficile, sinon impossible, de prétendre qu'un recours civil tel que celui qui était en litige pouvait faire partie intégrante d'une loi fondée sur le paragraphe 91(27). Le juge Dickson n'a pas dit explicitement que telle était la raison pour laquelle il a jugé utile de fonder la loi sur le paragraphe 91(2), mais nous sommes convaincus que cela participait de sa décision de refonder la loi en litige. De minoritaire qu'elle était, l'opinion qu'il avait exprimée dans *P.G. (Can.) c. Transports Nationaux du Canada* est alors devenue celle de la Cour en entier.

À la lumière de ce qui précède, on voit que ce qu'une province doit éviter de faire pour ne pas usurper la compétence du Parlement fédéral relativement au « pouvoir général relatif au trafic et au commerce » est d'adopter une loi qui, tout en mettant sur pied un organisme de réglementation, aurait pour trait dominant « le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier. » Les marques de commerce<sup>93</sup> ont été réputées

<sup>88</sup> Renvoi relatif à la *Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837, ¶ 80.

<sup>89</sup> Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Estey et McIntyre constituaient la majorité. Les juges Beetz et Lamer ont signé les notes du juge Dickson.

<sup>90</sup> S.R.C. 1970, chap. C-23.

<sup>91</sup> *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, 1989 CanLII 133 (CSC), [1989] 1 RCS 641, 670.

<sup>92</sup> *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940.

<sup>93</sup> *Kirkebi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 SCC 65 (CanLII), [2005] 3 SCR 302.

tomber dans cette catégorie, mais pas les valeurs mobilières.<sup>94</sup> Quoique l'identification de ce qui peut relever de ce concept plutôt nébuleux<sup>95</sup> reste encore à développer, les chances qu'une province adopte une telle loi sont fort minces.

De toute façon, à l'instar du raisonnement adopté par la Cour en matière d'environnement<sup>96</sup>, le sort constitutionnel d'une loi provinciale dont l'*objet* est la réglementation de la concurrence sera lié à la validité constitutionnelle des *moyens* employés pour s'y attaquer. Si ces derniers relèvent de la compétence de la province, la loi sera jugée valide. En outre, c'est la nature particulière de chacune des compétences provinciales invoquées qui déterminera la validité constitutionnelle du moyen employé. Dans un passage où il écarte la théorie des dimensions nationales en matière de gestion de l'environnement, le juge La Forest expose clairement cette logique, laquelle est tout aussi applicable à la réglementation de la concurrence :

J'ai déjà mentionné que l'environnement est un sujet diffus, reprenant ainsi ce que j'ai dit dans l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, précité, que le contrôle de l'environnement, en tant que sujet, ne possède pas la particularité requise pour satisfaire au critère en vertu de la théorie de l'intérêt "national" formulée par le juge Beetz dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, précité. Bien que j'aie exprimé l'opinion minoritaire dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, elle n'a pas été contestée sur ce point par les juges de la majorité. La majorité a simplement décidé que la pollution des mers est une question d'intérêt national à cause de son caractère et de ses incidences surtout extra-provinciales et internationales, et parce que ses caractéristiques sont suffisamment distinctes pour en faire un sujet relevant du pouvoir résiduel du Parlement.

Il faut reconnaître que l'environnement n'est pas un domaine distinct de compétence législative en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que c'est, au sens constitutionnel, une matière obscure qui ne peut être facilement classée dans le partage actuel des compétences, sans un grand chevauchement et une grande incertitude. On a élaboré diverses méthodes analytiques pour régler ce problème; toutefois, il n'en existe pas une seule qui conviendra dans tous les cas. ...

À mon avis, on peut plus facilement trouver la solution applicable à l'espèce en examinant tout d'abord l'énumération des pouvoirs dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et en analysant comment ils peuvent être utilisés pour répondre aux problèmes environnementaux ou pour les éviter. On pourra alors se rendre compte que, dans l'exercice de leurs pouvoirs respectifs, les deux paliers de

---

<sup>94</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837.

<sup>95</sup> Sur la question de ce qui pourrait constituer une matière qui intéresse le « commerce dans son ensemble », voir Malcolm LAVOIE, « Understanding 'Trade as a Whole' in the Securities Reference », (2013) 46 *U.B.C.L. Rev.* 157-175.

<sup>96</sup> À ce sujet, lire Jean LECLAIR, « L'étendue du pouvoir constitutionnel des provinces et de l'État central en matière d'évaluation des incidences environnementales au Canada », (1995) 21 *Queen's Law Journal* pp. 37-77 ; Jean LECLAIR, « Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en matière de droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement », (1996) 27 *Revue générale de droit* 137-171 ; Jean LECLAIR, « The Supreme Court's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity », (2003) 28 *Queen's law Journal* 411-453 et Jean LECLAIR, « The Elusive Quest for the Quintessential 'National Interest' », (2005) 38 *The University of British Columbia Law Review* 355-374.



gouvernement peuvent toucher l'environnement, tant par leur action que par leur inaction. Pour mieux comprendre, on doit examiner des pouvoirs spécifiques.<sup>97</sup>

S'exprimant cette fois, non pas pour une cour unanime, mais pour une majorité de la Cour (quoique sur ce point les juges dissidents ne soient pas en désaccord avec lui), le juge La Forest est revenu quelques années plus tard sur le rôle central joué par la nature d'une compétence dans la détermination de l'étendue d'un pouvoir conféré par la *Constitution de 1867* :

Il faut souligner que, lorsqu'on examine la validité d'une loi de cette façon, il faut également examiner la nature des pouvoirs législatifs pertinents. Différents types de pouvoirs législatifs peuvent justifier différents types de dispositions relatives à l'environnement. La manière dont de telles dispositions doivent se rapporter à un régime législatif a été étudiée, au moyen d'un exemple, dans l'arrêt *Oldman River* relativement aux chemins de fer, aux eaux navigables et aux pêches. Une disposition relative à l'environnement peut valablement viser à freiner les dommages causés à l'environnement, mais, dans certains cas, ces dommages peuvent être liés directement au pouvoir lui-même. Il existe une énorme différence entre la réglementation d'ouvrages et d'activités comme les chemins de fer, et celle d'une ressource comme les pêches, et, par conséquent, entre les dispositions relatives à l'environnement qui se rapportent à chacun d'eux. Les dispositions relatives à l'environnement doivent être rattachées à la bonne source constitutionnelle.

Certains chefs de compétence législative peuvent justifier un type tout à fait différent de dispositions relatives à l'environnement. En vertu notamment du pouvoir général d'adopter des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement, le Parlement peut adopter un large éventail de lois sur l'environnement afin de répondre à une urgence d'une ampleur suffisante pour justifier le recours à ce pouvoir. Mais il faudrait naturellement prouver qu'il y a urgence. Il en est de même en ce qui concerne la théorie de l'«intérêt national», qui constituait le principal point sur lequel on s'est concentré en l'espèce.<sup>98</sup>

La Partie IV sera consacrée à l'analyse des chefs de compétences provinciaux qui pourront servir d'assise à l'adoption de mesures permettant de juguler la concurrence et la collusion. La nature particulière de chacun d'entre eux déterminera l'étendue et le type d'intervention que les provinces sont autorisées à adopter pour juguler la collusion et la corruption.

Avant de clore cette Partie, nous aimerions toutefois souligner le problème potentiel que pourrait entraîner la doctrine de la prépondérance fédérale en matière de concurrence.<sup>99</sup>

### **3. La prépondérance fédérale et la réglementation de la concurrence**

---

<sup>97</sup> *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, 1992 CanLII 110 (CSC), [1992] 1 RCS 3, 64-65.

<sup>98</sup> *R. c. Hydro-Québec*, 1997 CanLII 318 (CSC), [1997] 3 RCS 213, aux ¶¶ 114-115.

<sup>99</sup> Nous ne reviendrons pas sur le problème de l'immunité interjuridictionnelle examiné plus haut dans la section 1 de la présente partie.

Une loi provinciale valide peut entrer en conflit avec une loi fédérale valide. Dans une telle éventualité, la norme provinciale sera déclarée inopérante dans la mesure du conflit. Les modalités d'application de la doctrine de la prépondérance ont été décrites plus haut. Une éventuelle loi provinciale sur la concurrence risque-t-elle d'entrer en conflit avec la *Loi sur la concurrence*<sup>100</sup> fédérale?

Il est d'autant plus important de se poser cette question que, dans *City National Leasing*, la Cour a refusé, comme le lui demandait le procureur général du Québec, de faire une lecture atténuée de la loi fédérale qui en aurait confiné la portée aux « seuls aspects internationaux ou interprovinciaux de la concurrence ».<sup>101</sup> Le juge Dickson a catégoriquement rejeté cet argument en affirmant :

Les arguments précédents apportent une réponse à ces points. Ils établissent clairement que non seulement la Loi est conçue pour viser le commerce intraprovincial, mais qu'elle doit le faire pour être efficace. Parce qu'il est tellement clair que la réglementation de la concurrence est d'intérêt national et parce que la concurrence ne peut être réglementée efficacement par une loi fédérale restreinte au commerce interprovincial, l'argument du Québec doit échouer. Je souligne également que, contrairement à l'opinion exprimée par le juge Marceau en Division de première instance de la Cour fédérale dans la décision *Quebec Ready Mix*, précitée, à la p. 208, le fait qu'il existe déjà un recours en droit québécois ne justifie pas l'invalidation d'une loi fédérale.<sup>102</sup>

Les « arguments précédents » démontraient clairement, selon le juge, que la concurrence « ne [pouvait] être réglementée efficacement que si cette réglementation se fait à l'échelle nationale. »<sup>103</sup>

Il découle de cette affirmation que, quoique les provinces soient compétentes en matière de concurrence aux termes du double aspect, les dispositions fédérales pourront néanmoins être mobilisées pour contrer des actes *locaux* de concurrence illégale. Il en découle que les possibilités de conflit d'application entre la loi fédérale et une éventuelle loi provinciale sont décuplées. Cela dit, et quoi qu'il en soit de cet état des choses, comme nous le verrons maintenant, nous sommes d'avis que les chances sont très minces de voir les dispositions d'une éventuelle loi provinciale déclarées inopérantes.

Sans prétendre être des experts en matière de concurrence, il nous semble que les dispositions d'une éventuelle loi provinciale risquent fort de s'apparenter à certains des articles qu'on trouve présentement dans la loi fédérale sur la concurrence. Par exemple, la Partie VI de celle-ci intitulée « Infractions relatives à la concurrence » porte sur les complots,

---

<sup>100</sup> L.R.C. (1985), ch. C-34. Le titre complet de la loi se lit comme suit: *Loi portant réglementation générale du commerce en matière de complots, de pratiques commerciales et de fusions et acquisitions qui touchent à la concurrence*.

<sup>101</sup> *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, 1989 CanLII 133 (CSC), [1989] 1 RCS 641, 654.

<sup>102</sup> *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, 1989 CanLII 133 (CSC), [1989] 1 RCS 641, 681-682.

<sup>103</sup> *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, 1989 CanLII 133 (CSC), [1989] 1 RCS 641, 680.

accords ou arrangements entre concurrents. On s'y intéresse au truquage des offres, au complot relatif au sport professionnel et aux accords bancaires fixant les intérêts. On s'attaque également au télémarketing trompeur, à la documentation trompeuse, au double étiquetage, à la commercialisation à paliers multiples et aux systèmes de vente pyramidale. Quant à elle, la Partie VII.1 coiffée du titre « Pratiques commerciales trompeuses » s'intéresse aux indications fausses ou trompeuses données au public, aux indications selon lesquelles une épreuve de rendement, d'efficacité ou de durée utile d'un produit a été effectuée par une personne, aux indications accompagnant les produits, à la définition d'un « prix d'occasion », aux ventes faites au-dessus du prix annoncé et aux concours publicitaires.

Si l'on exclut les accords bancaires fixant les intérêts qui ne ressortissent pas de l'autorité de la province, une province pourrait, selon nous, 1) adopter des normes similaires et 2) sans craindre de les voir déclarées inopérantes. Comme le point 1 sera examiné dans la prochaine partie, arrêtons-nous pour l'instant sur le point 2.

Deux motifs nous portent à croire que les tribunaux hésiteront à conclure à l'existence d'un conflit entre la loi fédérale sur la concurrence et son éventuel équivalent provincial.

D'une part, comme la Cour suprême l'a rappelé dans *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, la répétition (dans la mesure où la loi provinciale a été préalablement jugée valide) constitue « le summum de l'harmonie » dans un État fédéral :

*Il n'y a pas vraiment incompatibilité dans le cas de dispositions qui se répètent simplement, puisqu'il n'importe pas de savoir quelle loi est appliquée; le but visé par le Parlement sera atteint, peu importe la loi sur laquelle se fonde le recours; l'application de la loi provinciale n'a pas pour effet d'écarter l'intention du Parlement.*

[...] L'avocat de l'intimé McCutcheon fait valoir que [TRADUCTION] «Lorsque deux actions sont intentées, concurremment ou séparément, contre le dirigeant en vertu des lois fédérale et provinciale, la cour ne permettra pas que jugement soit prononcé dans les deux actions [...] Les deux textes de loi ne peuvent s'appliquer concurremment en ce sens que le recours à l'un empêche le recours à l'autre. La loi en vertu de laquelle une action est intentée a pour effet d'empêcher l'application de l'autre. Dans ce cas, les deux lois se heurtent et entrent en conflit». Je ne suis pas de cet avis.

A l'instar du juge Henry, je dirais que *la répétition est, pour reprendre l'expression du professeur Lederman, «le summum de l'harmonie». Le «désordre» ou le «gaspillage» qui découle de la répétition est le prix qu'il faut payer dans un système fédéral où l'économie «doit souvent être subordonnée à [...] l'autonomie provinciale»* (Hogg, à la p. 110). La simple répétition, sans conflit ou contradiction véritable, ne suffit pas pour invoquer la doctrine de la prépondérance et pour rendre inopérante une loi provinciale par ailleurs valide.

Il convient de citer le passage suivant de l'article du professeur Lederman, «The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada»), précité, à la p. 199, (note 39):

[TRADUCTION] Comme l'a souligné le Dr J.A. Corry, notre pays s'éloigne de plus en plus du vieux fédéralisme classique des «compartiments étanches» où les législatures provinciales et le parlement fédéral se tiennent à distance l'un de l'autre. Il semble que nous nous dirigeons vers un fédéralisme coopératif. «Les gouvernements égaux n'oeuvrent plus parfaitement isolés l'un de l'autre mais se lancent de plus en plus dans des entreprises coopératives où chacun compte énormément sur l'autre.» Voir «Constitutional Trends and Federalism» de J.A. Corry, dans l'ouvrage *Evolving Canadian Federalism* (Durham, N.C., U.S.A., 1958), à la p. 96. La multiplication des domaines de compétence concurrente est l'un des aspects de cette tendance.

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»; «on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles»; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre.<sup>104</sup>

La duplication des normes fédérales par la province ne pose donc pas problème, puisque, si la norme provinciale est appliquée, l'intention du parlement fédéral n'est pas déjouée.

D'autre part, il semble bien que le Parlement central n'avait pas l'intention de s'opposer à l'application de la législation provinciale, en tout cas, pas dans la mesure où celle-ci s'apparenterait à un recours civil. En effet, les parties VI et VII.1 comportent toutes deux une disposition finale identique (les articles 62 et 74.08) qui édicte : «Sauf disposition contraire de la présente partie, celle-ci n'a pas pour effet de priver une personne d'un droit d'action au civil».<sup>105</sup> Par cette disposition, il semble bien que le Parlement central reconnaît explicitement la pluralité des normes applicables en matière de concurrence. Il serait donc bien difficile de prétendre que l'application de la loi provinciale a pas pour effet d'écarter l'intention du Parlement.

Un dernier point à propos de la notion de conflit. Premièrement, si deux lois valides relatives à la concurrence, l'une fédérale et l'autre provinciale, prévoient des recours en indemnisation identiques, un tribunal n'accordera jamais un double recouvrement :

Les cours sont à même d'empêcher le double recouvrement dans le cas théorique et peu probable où des demandeurs cherchent à se faire indemniser en vertu des deux ensembles de dispositions. Le fait qu'une cour doit autoriser des poursuites en vertu de la Loi de l'Ontario assure une protection contre le double recouvrement si la compagnie a déjà intenté des poursuites en vertu de la Loi fédérale. En outre, à l'étape finale dans laquelle elle conclut à la responsabilité et en fixe le montant, la cour peut empêcher le double recouvrement si, en fait, un défendeur a déjà versé une indemnité

---

<sup>104</sup> 1982 CanLII 55 (CSC), [1982] 2 RCS 161, 189-190 (nos italiques).

<sup>105</sup> La version anglaise se lit comme suit: « Except as otherwise provided in this Part, nothing in this Part shall be construed as depriving any person of any civil right of action. »

et produit une reddition de compte. Aucune cour ne permettra le double recouvrement.<sup>106</sup>

Deuxièmement, si deux lois valides relatives à la concurrence, l'une fédérale et l'autre provinciale, prévoient des infractions pénales de même nature, il est fort probable qu'un accusé sera en mesure d'invoquer l'alinéa 11)h) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour échapper à une double incrimination.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, 1982 CanLII 55 (CSC), [1982] 2 RCS 161, 190.

<sup>107</sup> Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>th</sup> Edition Supplemented, Volume 1, Carswell, Toronto, 2007: section 16.5(b).

## **PARTIE IV – Les paramètres « positifs » régissant une éventuelle action législative provinciale contre la collusion et la corruption**

### **1. La compétence provinciale sur la propriété et les droits civils ainsi que les affaires locales**

De tous les chefs de compétence attribués aux provinces par la *Constitution de 1867*, celui relatif à la « propriété et aux droits civils dans la province », consacré au paragraphe 92(1), est sans doute le plus important.<sup>108</sup> Sa portée est telle qu'il a éclipsé la forme de pouvoir résiduaire provincial que constitue la compétence de faire des lois relatives à « généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province. »<sup>109</sup> Ces deux chefs sont d'ailleurs souvent invoqués l'un avec l'autre pour fonder la compétence provinciale sur une matière donnée, comme ce fut encore récemment le cas dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*<sup>110</sup>, encore qu'une distinction conceptuelle demeure entre les deux, le paragraphe 92(16) étant celui qui confère aux provinces la compétence générale sur l'ordre public local<sup>111</sup>.

L'on sait en outre que la compétence sur « la propriété et le droit civil » est, depuis longtemps, le chef de compétence provinciale que l'on « oppose » le plus souvent à la compétence fédérale sur le trafic et le commerce lorsque celle-ci est invoquée<sup>112</sup>. C'est en effet par le truchement de l'interprétation corrélatrice des compétences fédérales et provinciales que les contours de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils se sont précisés, étant entendu qu'il est difficile et de toute façon peu souhaitable d'en donner une définition abstraite<sup>113</sup>. Dans l'arrêt *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Canada (P.G.)*<sup>114</sup>, le juge Estey remarquait à propos de l'interaction des compétences relatives à la propriété et aux droits civils, d'une part, et au trafic et au commerce, d'autre part, que « [p]lusieurs indices quant aux critères à appliquer ont été élaborés. Par exemple, la province est compétente lorsque la réglementation proposée vise des droits contractuels dans les limites de la province. Par contre, la loi fédérale est valide si elle vise la réglementation des mouvements commerciaux dans les réseaux extra-provinciaux. Entre ces deux extrêmes, les zones grises sont telles qu'on ne peut prétendre énoncer une formule constitutionnelle. »<sup>115</sup>

Alors qu'il était professeur de droit, Jean Beetz résumait ainsi, en 1964, la portée du paragraphe 92(13), compétence-fleuve, si l'on peut dire : « La compétence du Québec sur les

---

<sup>108</sup> À propos de la portée de cette compétence, voir Jean LECLAIR, « La Constitution par l'histoire : portée et étendue de la compétence fédérale en matière de lettres de change et de billets à ordre » (1992) 33 *Les Cahiers de droit*, 535-616, aux pp. 542-548.

<sup>109</sup> Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, Toronto, Thomson-Carswell, 1997 (édition à feuilles mobiles), p. 21-4.

<sup>110</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 RCS 837.

<sup>111</sup> Gérald-A. BEAUDOIN, avec la collaboration de Pierre THIBAUT, *Le fédéralisme au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 488.

<sup>112</sup> Voir notamment l'arrêt classique *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons*, [1881] A.C. 96 (C.J.C.P.)

<sup>113</sup> *John Deere Plow Company Ltd. c. Wharton*, [1915] A.C. 330, 339.

<sup>114</sup> *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Canada (P.G.)*, 1979 CanLII 190 (CSC), [1980] 1 R.C.S. 914.

<sup>115</sup> *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Canada (P.G.)*, 1979 CanLII 190 (CSC), [1980] 1 R.C.S. 914, 943.

droits civils (...) l'habilite surtout, (...), à réglementer les conditions de travail, à prévoir l'arbitrage et la solution des conflits industriels, à établir un salaire minimum, à gouverner le commerce des valeurs mobilières, à déterminer les conditions de mise en marché des produits agricoles ou de tout autre produit s'il lui plaît, à intervenir dans les contrats pour en modifier au besoin les clauses les plus importantes malgré la volonté initiale des parties, à régir les loyers et le transport interne, à fixer les prix, à prohiber la fabrication, la circulation, la vente et la consommation de certains produits, et à réglementer le commerce intérieur en général. »<sup>116</sup> S'ajoutent notamment à cette liste non exhaustive le statut civil des personnes, la protection du consommateur, les droits découlant d'un contrat et, cela est pertinent pour les fins qui nous intéressent, la réglementation du « commerce et de l'industrie à l'intérieur de la province »<sup>117</sup>, la détermination des conditions d'octroi de permis dans le cadre d'un régime général provincial de réglementation de certaines activités commerciales<sup>118</sup>, ainsi que la concurrence, objet de réglementation divisible et, partant, saisissable par les provinces à partir de leurs propres chefs de compétence, la « propriété et les droits civils » au premier rang<sup>119</sup>. Il n'est d'ailleurs pas indifférent de rappeler, comme on l'a vu plus haut, que le Parlement du Canada a expressément prévu à l'égard des parties VI et VII.1 de la *Loi sur la concurrence*<sup>120</sup>, qui posent le régime applicable à diverses infractions à la concurrence et aux enquêtes menées sous l'empire de cette loi, que « [s]auf disposition contraire [de l'une de ces parties], celle-ci n'a pas pour effet de priver une personne d'un droit d'action au civil. »<sup>121</sup>

Dans une espèce soulevant la question de l'interaction entre ce chef de compétence provinciale et la compétence fédérale en matière d'insolvabilité, le juge Beetz ajoutait que

[l]e pouvoir de réprimer la fraude en annulant des transactions et des préférences frauduleuses fait indiscutablement partie de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. Le risque de fraude augmente quand l'insolvabilité d'un débiteur est imminente ou présente et, selon moi, les lois provinciales peuvent, sans subir un changement fondamental, s'occuper de cette situation comme constituant un moyen convenable de réaliser leur objet. Étant donné leur but, elles ne cessent pas d'être des lois relatives à la propriété et aux droits civils simplement parce qu'elles sont opportunes et efficaces ou parce que le Parlement peut adopter des lois semblables concernant la faillite et l'insolvabilité.<sup>122</sup>

Une logique équivalente pourrait s'appliquer à l'égard de l'interaction entre la compétence provinciale relative à la propriété et aux droits civils et la compétence fédérale

---

<sup>116</sup> Jean BEETZ, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », dans : P.-A. Crépeau et C.B. Macpherson (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1965, p. 113, 126-127.

<sup>117</sup> *Ward c. Canada (P.G.)*, 2002 CSC 17 (CanLII), [2002] 1 RCS 569, ¶ 42.

<sup>118</sup> *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, 1987 CanLII 72 (CSC), [1987] 2 R.C.S. 59.

<sup>119</sup> *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, 1989 CanLII 133 (CSC), [1989] 1 RCS 641, 682.

<sup>120</sup> L.R.C. (1985), ch. C-34.

<sup>121</sup> *Id.*, art. 62 et 74.08.

<sup>122</sup> *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, 1977 CanLII 175 (CSC), [1978] 1 R.C.S. 753, 803.

en matière de droit criminel<sup>123</sup> : ainsi, une province pourrait valablement tenter de mettre en place des mécanismes de prévention ou de répression de la fraude dans un domaine particulier d'entreprise, même si certains actes susceptibles d'être visés par son intervention seraient également susceptibles de se qualifier comme des actes de fraude au sens du droit criminel. S'agissant du reste de la prévention des actes criminels, autant les provinces que le fédéral peuvent agir à cet égard, les premières principalement sous l'empire des paragraphes 92(13) et 92(16)<sup>124</sup>, ainsi que 91(14)<sup>125</sup>, et le second en vertu du paragraphe 91(27)<sup>126</sup>. Comme nous l'avons souligné dans la partie III, la simple duplication de régimes réglementaires (par ailleurs valides) ne constitue pas en soi un motif d'application de la doctrine de la prépondérance fédérale.

## **2. La compétence provinciale sur les municipalités, la fonction publique provinciale et le secteur parapublic provincial**

Une question sur laquelle le législateur québécois devra se pencher s'il entend déposer un projet de loi contre la collusion et la corruption sera de déterminer les entités visées par ce projet de loi. Dans cette optique, il devra vraisemblablement distinguer les modalités et acteurs des pratiques de collusion des modalités et acteurs des pratiques de corruption. Si l'on se reporte aux définitions retenues en introduction, l'on observe que la collusion consiste pour l'essentiel en une entente en vue de tromper un tiers. Il se peut que le tiers soit une entité publique, mais l'accent est surtout mis sur le comportement actif de ceux qui veulent tromper plutôt que sur l'identité du trompé, qui peut du reste ignorer être victime de pratiques de collusion. En revanche, la définition de ce en quoi consiste la corruption s'intéresse autant à la partie qui cherche à corrompre qu'à celle qui se laisse corrompre.

Dans l'hypothèse où le législateur souhaiterait principalement agir en amont, c'est-à-dire pour tuer dans l'œuf autant la collusion que la corruption et pour éliminer autant que faire se peut les conditions favorables à l'éclosion de ces pratiques – ce que nous recommandons compte tenu de la nature des compétences sur lesquelles il pourrait fonder son intervention législative –, ses stratégies d'intervention devront impérieusement tenir compte des victimes de telles pratiques. Or, les victimes directes des pratiques de collusion et de corruption dont on allègue l'existence depuis des mois sont avant tout les municipalités, des ministères ou agences de la fonction publique provinciale ou des organisations du secteur parapublic provincial; leurs victimes indirectes sont quant à elle les contribuables, les citoyens et, dans une perspective plus large, la démocratie. Une question se pose donc : le législateur a-t-il compétence, sur le plan constitutionnel, pour légiférer à l'égard de ces trois types d'entités, soit les municipalités, la fonction publique provinciale et le secteur parapublic provincial? Comme nous le verrons, la réponse est à la fois simple et positive, mais cela ne nous dispense pas d'étoffer quelque peu l'argumentaire au soutien de cette réponse.

---

<sup>123</sup> Pour une illustration de cette coexistence, voir : *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, 1978 CanLII 6 (CSC), [1978] 2 R.C.S. 662.

<sup>124</sup> Voir notamment : *Bédard c. Dawson*, 1923 CanLII 43 (SCC), [[1923] R.C.S. 681.

<sup>125</sup> *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, 1976 CanLII 1 (CSC), [1978] 1 R.C.S. 152.

<sup>126</sup> Voir notamment : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* (Can.), 2000 CSC 31 (CanLII), [2000] 1 R.C.S. 783.



## 2.1. Les municipalités

Dans la mesure où les allégations les plus graves jusqu'à maintenant visent le milieu municipal, à tout seigneur tout honneur pourrait-on dire ironiquement, commençons par les municipalités.

Le paragraphe 92(8) de la *Constitution de 1867* confère aux provinces la compétence d'édicter des lois relatives aux « institutions municipales dans la province ». On saurait difficilement être plus clair. Aussi suffira-t-il de dire que l'attribution de cette compétence constitutionnelle sur les institutions municipales a été interprétée comme faisant de ces celles-ci, du moins sous l'angle juridique, des « créatures de la province » ou des « créatures législatives ». Ainsi, dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*<sup>127</sup>, le juge La Forest employa-t-il la première expression pour décrire les municipalités : « (...), et de façon plus importante, les municipalités sont des créatures des provinces dont elles tirent leur pouvoir de légiférer; c'est-à-dire qu'elles exercent des pouvoirs et des fonctions confiés par les législatures provinciales dont ces dernières devraient autrement se charger. »<sup>128</sup> Dans un arrêt antérieur, *Thorson c. Canada (P.G.)*, la Cour avait plutôt opté pour le second qualificatif : « Les corporations municipales et les conseils municipaux sont des créatures du législateur et ne peuvent faire que les choses qu'elles sont autorisées, expressément ou implicitement, à faire. »<sup>129</sup> Mais quelle que soit la qualification privilégiée, les deux cherchent à prendre acte de l'absence de statut juridique autonome des municipalités en droit constitutionnel canadien. Sur ce plan, le fait que les municipalités soient indubitablement des entités gouvernementales, quoique entièrement subordonnées à l'ordre juridique provincial, et que la Cour suprême ait eu recours à un moment donné au principe de subsidiarité pour interpréter l'espace réglementaire dont disposait une municipalité sous l'empire de sa loi habilitante<sup>130</sup>, ne change rien à cette conclusion.

Cette situation a fait l'objet de vigoureuses critiques d'un point de vue politique, non sans fondement d'ailleurs, compte tenu de l'importance des municipalités dans la vie des citoyens et aussi, il faut bien le dire, de la forte légitimité politique de leurs maires généralement élus directement par la population<sup>131</sup>. Mais ces critiques n'ont guère reçu d'écho en droit positif. En témoigne le refus de la Cour d'appel du Québec, dans le dossier des fusions municipales forcées du début des années 2000, d'accorder à certaines municipalités un statut constitutionnel « protégé », au nom du principe non écrit de

---

<sup>127</sup> *Godbout c. Longueuil (Ville)*, 1997 CanLII 335 (CSC), [1997] 3 RCS 844. Pour un résumé du statut constitutionnel des municipalités québécoises, voir : Jean HÉTU et Yvon DUPLESSIS (avec la collaboration de Lise VÉZINA), *Droit municipal. Principes généraux et contentieux*, 2<sup>e</sup> éd., Brossard, CCH, 2012 (éditions à feuilles mobiles), p. 241-249.

<sup>128</sup> *Godbout c. Longueuil (Ville)*, 1997 CanLII 335 (CSC), [1997] 3 RCS 844, au ¶ 51. Voir aussi : *Verreault (J.E.) & Fils Ltée c. Procureur général (Québec)*, 1975 CanLII 179 (CSC), [1977] 1 R.C.S. 41, 47.

<sup>129</sup> *Thorson c. Procureur Général du Canada*, 1974 CanLII 6 (CSC), [1975] 1 RCS 138, 143. Voir aussi l'opinion du juge Le Bel dans *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40 (CanLII), [2001] 2 R.C.S. 241, 276, ainsi que, plus récemment encore, celle du juge Kasirer dans *Daban c. AH International inc.*, 2010 QCCA 149.

<sup>130</sup> *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40 (CanLII), [2001] 2 R.C.S. 241, 276.

<sup>131</sup> Voir par exemple : Warren MAGNUSON, « Are Municipalities Creatures of the Provinces ? » (2005) 39(2) *J. of Canadian Studies* 5.

protection des minorités, du fait de leur association historique à une communauté linguistique minoritaire<sup>132</sup>.

Quelles sont les conséquences de ce statut de « créatures des provinces »? D'abord, les municipalités sont soumises, quant à leur existence même, au bon vouloir des provinces qui les ont créées : sous l'angle du droit constitutionnel canadien, il n'existe aucun droit à l'intégrité d'une structure municipale particulière. Ensuite, les fonctions et les modes de financement des municipalités relèvent aussi de la compétence provinciale. Enfin, les pouvoirs délégués<sup>133</sup> qu'elles exercent peuvent non seulement être modifiés par l'assemblée législative provinciale qui les leur a octroyés, mais les municipalités « 'peuvent exercer seulement les pouvoirs qui leur sont conférés expressément par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessairement ou vraiment du pouvoir explicite conféré dans la loi, et les pouvoirs indispensables qui sont essentiels et non pas seulement commodes pour réaliser les fins de l'organisme' (Makuch, *Canadian Municipal and Planning Law* (1983), à la p. 115). »<sup>134</sup> Cet assujettissement législatif et constitutionnel des municipalités aux provinces fait en sorte que celles-ci peuvent à leur guise instituer diverses procédures d'enquête et de monitoring des activités des élus et fonctionnaires municipaux. Par exemple, la Commission municipale peut enquêter à la demande du gouvernement québécois sur des actes répréhensibles et potentiellement criminels d'élus municipaux<sup>135</sup>.

Tout cela fait en sorte que le législateur provincial peut modifier comme il l'entend ces pouvoirs, notamment pour assujettir les processus d'octroi des contrats municipaux à des exigences plus onéreuses en termes de transparence et d'intégrité ou pour imposer des contrôles plus stricts aux fonctionnaires participant à ces processus. L'on notera d'ailleurs qu'en 1941, la Cour suprême du Canada déclarait valide sur le plan constitutionnel l'ancienne *Loi concernant les manœuvres électorales frauduleuses et la corruption dans les affaires municipales*<sup>136</sup>. Le juge Rinfret s'exprimait ainsi :

[...] il est indiscutable que la loi provinciale invoquée par l'intimée tombe sous le paragraphe 8 de l'article 92 de l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord, qui a trait aux « institutions municipales dans la province » ; et elle tombe, en outre, sous le paragraphe 15 du même article 92, qui permet aux provinces d'imposer, à titre de sanction, des amendes, des pénalités ou l'emprisonnement, pour assurer l'exécution des lois provinciales adoptées à l'égard de toute matière comprise dans l'une quelconque des catégories de sujets énumérés dans cet article 92. Par conséquent, la constitutionnalité de la loi provinciale ne saurait présenter aucun doute.<sup>137</sup>

Il est par ailleurs clair que les provinces ont compétence pour légiférer eu égard aux élections municipales et au financement des campagnes électorales municipales, tout comme elles

---

<sup>132</sup> *Westmount (Ville de) c. Québec (P.G.)*, 2001 CanLII 13655, [2001] R.J.Q. 2520 (C.A.), permission d'appeler refusée par la Cour suprême du Canada le 7 décembre 2001.

<sup>133</sup> *Ville de Nanaimo c. Rascal Trucking Ltd.*, 2000 CSC 13 (CanLII), [2000] 1 R.C.S. 342, 356.

<sup>134</sup> *R. c. Sharma*, 1993 CanLII 165 (CSC), [1993] 1 R.C.S. 650, 668.

<sup>135</sup> *Gagné c. Lapalme*, J.E. 94-2 (C.S.)

<sup>136</sup> S.R.Q. 1925, c. 107.

<sup>137</sup> *Ricard c. Lord*, 1939 CanLII 42 (SCC), [1941] R.C.S. 1, 7.

possèdent cette compétence pour réglementer les élections provinciales et le financement des partis politiques provinciaux.

## 2.2. Le secteur parapublic provincial

Une question inévitable dans le cadre de toute réflexion sur la portée d'une éventuelle loi visant à lutter contre la collusion et la corruption est de déterminer s'il est opportun que cette loi s'applique également au secteur parapublic. Retenons pour les fins qui nous intéressent que l'expression « secteur parapublic » vise pour l'essentiel des organisations dont le fonctionnement est dans une large mesure normé par des lois provinciales et dont le financement est, également dans une large mesure, assuré par le gouvernement. En guise d'illustration, la *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*<sup>138</sup> désigne par cette expression des commissions scolaires, des établissements d'enseignement collégial et divers établissements des réseaux de la santé et des services sociaux<sup>139</sup>. Dans l'hypothèse où l'on souhaiterait que le « secteur parapublic » se voie appliquer les dispositions d'une éventuelle loi anti-collusion/corruption, il faudrait impérieusement définir précisément les organisations visées par elle. Par exemple, les universités, auxquelles ne s'applique pas la définition du « secteur parapublic » de la *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, devraient-elles être liées par une telle loi ? Des questions relevant des choix en matière de politique publique se poseraient s'agissant de répondre à une telle interrogation. Ainsi, serait-il efficient d'étendre l'application de la loi envisagée à une gamme disparate d'organisations liées de près ou de loin, et selon des modalités différentes, au gouvernement ?

Qui trop embrasse mal étreint, ne l'oublions pas. Imposer, même au nom de la vertu, des obligations trop onéreuses à des organisations que les pratiques de collusion ou de corruption n'auraient que peu affectées pourrait du reste créer des effets pervers en paralysant indûment leur action. Rappelons, à titre d'exemple, que le *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, adopté à la suite de scandales financiers comme Enron et visant pour l'essentiel à réglementer de manière extrêmement stricte et détaillée la production et la divulgation d'informations financières par les sociétés publiques et les firmes comptables ayant des liens avec les États-Unis, a fait l'objet de nombreuses critiques en raison des coûts considérables qu'imposent la mise en conformité avec les prescriptions de la loi et leur observance subséquente, lesquels sont parfois complètement disproportionnés compte tenu de la taille de certaines entreprises visées<sup>140</sup>. Il est crucial ici de réaliser qu'une situation où les coûts d'observance d'une loi seraient plus élevés que les coûts de non-observance risquerait de provoquer la création d'incitatifs négatifs quant au respect de cette loi. Autrement dit, comme nous l'enseigne l'analyse économique du droit, s'il coûte plus cher de respecter la loi que de l'enfreindre, l'on accroît ainsi le risque que des personnes décident d'adopter des comportements opportunistes de contournement ou de non-observance de la loi. De telles questions n'ont toutefois pas d'influence sur la constitutionnalité des lois sous l'angle du partage des compétences. Vu la définition de travail que nous avons retenue pour baliser le concept de « secteur parapublic », il convient de signaler que ce sont les provinces qui possèdent les compétences principales en matière de santé, d'affaires sociales et d'éducation.

---

<sup>138</sup> L.R.Q., ch. R-8.2.

<sup>139</sup> Article 1.

<sup>140</sup> Voir entre autres Henry N. BUTLER et Larry E. RIBSTEIN, *The Sarbanes-Oxley Debacle. What We've Learned; How to Fix it*, Washington, AEI, 2006.

S'agissant de la santé, comme l'affirmait le juge Dickson pour une cour unanime, « [l]e point de vue selon lequel la compétence générale en matière de santé appartient aux provinces (en admettant une compétence limitée du fédéral, accessoire aux attributions expresses de compétence de l'art. 91 ou consécutive au pouvoir d'urgence relatif à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement) s'est imposé et n'est pas maintenant sérieusement contesté (voir *Rinfret v. Pope* (1886), 12 Q.L.R. 303 (C.A. Qué.), *Re Bowack*, précité, *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, 1979 CanLII 190 (CSC), [1980] 1 R.C.S. 914, motifs du juge Estey) ». <sup>141</sup> En outre, le paragraphe 92(7) de la *Constitution de 1867* confère aux provinces la compétence de légiférer eu égard à « [l]'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine. » La constitutionnalité de lois provinciales relatives à l'administration des services de santé peut donc être fondée sur cet autre chef de compétence : « La compétence législative nécessaire pour adopter des lois régissant l'administration des services et traitements médicaux à l'ensemble des personnes hospitalisées (y compris les accusés non responsables criminellement) appartient aux provinces en vertu du paragraphe 92(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, non au législateur fédéral. » <sup>142</sup>

En ce qui a trait aux affaires sociales, ce sont principalement les paragraphes 92(13) et 92(16) qui ont historiquement servi d'assises constitutionnelles à la compétence provinciale de principe en cette matière <sup>143</sup>, laquelle recouvre également l'administration des établissements dispensant des services sociaux. Enfin, l'article 93 de la *Constitution de 1867* consacre la compétence des provinces en matière d'éducation, sous réserve bien sûr des droits constitutionnels particuliers conférés dans cet article. Cette compétence, nous dit le professeur Foucher, est très vaste, comprenant « l'instruction primaire et secondaire, mais aussi le postsecondaire et toute forme d'instruction préscolaire. » <sup>144</sup> Elle vise en outre autant l'organisation matérielle qu'administrative de l'instruction dans la province <sup>145</sup>. Autrement dit, les organismes gérant le système d'éducation dans une province relèvent de la compétence de cette province, sous réserve de certaines compétences particulières du fédéral en matière d'éducation, celles-là renvoyant aux compétences énumérées de ce palier de gouvernement (par exemple, les écoles indiennes).

Il découle de ce qui précède que la gestion des organismes composant le secteur parapublic provincial, tel que nous en avons grossièrement circonscrit les limites, relève pour l'essentiel de la compétence provinciale et qu'une province pourrait en principe étendre l'application d'une loi anti-collusion/corruption à ces organismes.

<sup>141</sup> *Schneider c. La Reine*, 1982 CanLII 26 (CSC), [1982] 2 R.C.S. 112, 137.

<sup>142</sup> *Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326, au ¶ 34.

<sup>143</sup> Voir notamment: *Reference Re Authority to Perform Functions Vested by Adoption Act, The Children of Unmarried Parents Act, The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act of Ontario*, 1938 CanLII 2 (SCC), [1938] S.C.R. 398, 402. Voir également: Francis DEMERS, « Santé et sécurité sociale », dans : S. Beaulac et J.-F. Gaudreault-DesBiens (dir.), *Jurisclasser Québec-Droit constitutionnel*, Montréal, LexisNexis, 2013, p. 21/1ss.

<sup>144</sup> Pierre FOUCHER, « Éducation, langues d'instruction et droit constitutionnel », dans : S. Beaulac et J.-F. Gaudreault-DesBiens (dir.), *Jurisclasser Québec-Droit constitutionnel*, Montréal, LexisNexis, 2013, p. 13/5.

<sup>145</sup> *Id.*, p. 13/6,

### 2.3. La fonction publique provinciale

Les fonctionnaires provinciaux ne sont pas à l'abri des tentatives de corruption, particulièrement compte tenu de l'ampleur des contrats publics susceptibles d'être octroyés à des firmes oeuvrant dans divers secteurs, qu'il s'agisse par exemple des entreprises de construction ou des consultants en tous genres.

Le paragraphe 92(4) de la *Constitution de 1867* attribue aux provinces la compétence de légiférer eu égard à « la création et à la tenure des charges provinciales, et la nomination et le paiement des officiers provinciaux. » Par ailleurs, l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* permet aux assemblées législatives provinciales de modifier la « constitution de la province ».

Dans l'arrêt *Ontario (P.G.) c. SEFPO*<sup>146</sup>, où il s'agissait de statuer sur la constitutionnalité, au regard du partage fédératif des compétences, de dispositions d'une loi ontarienne interdisant l'activité politique des fonctionnaires provinciaux désireux d'être candidats aux élections fédérales, la majorité des juges de la Cour suprême estima que de telles dispositions étaient valides, car fondées sur le paragraphe 91(4) et sur l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, puisqu'elles avaient essentiellement trait à la création, au rôle et aux responsabilités d'une fonction publique provinciale. S'exprimant au nom de cette majorité, le juge Beetz affirme ceci :

Pour résumer donc, et sous réserve de ce que je mentionnerai plus loin, une disposition peut généralement être considérée comme une modification de la constitution d'une province lorsqu'elle porte sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province, pourvu qu'elle ne soit pas par ailleurs intangible parce qu'indivisiblement liée à la mise en oeuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l'union et pourvu évidemment qu'elle ne soit pas explicitement ou implicitement exemptée du pouvoir de modification que le par. 92(1) [maintenant l'article 45 L.C. 1982] accorde à la province, comme par exemple la charge de lieutenant-gouverneur et, probablement et à plus forte raison, la charge de la souveraine qui est représentée par le lieutenant-gouverneur.<sup>147</sup>

Se penchant plus particulièrement sur les dispositions litigieuses, le juge Beetz ajouta :

À mon avis, il est évident que ces dispositions sont de nature constitutionnelle en ce sens qu'elles portent sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement en Ontario et qu'elles imposent aux membres d'un organe du gouvernement des obligations pour mettre en oeuvre un principe de gouvernement. La fonction publique de l'Ontario est cet organe du gouvernement. L'obligation est celle qui est imposée aux membres de la fonction publique de s'abstenir d'exercer les activités politiques envisagées par les dispositions contestées. Le principe de gouvernement est l'impartialité de la fonction publique considérée comme une condition essentielle à l'existence d'un gouvernement responsable.

<sup>146</sup> *Le procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, 1987 CanLII 71 (CSC), [1987] 2 RCS 2.

<sup>147</sup> *Le procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, 1987 CanLII 71 (CSC), [1987] 2 RCS 2, au ¶ 90.

Dans l'arrêt *Fraser*, précité, le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la Cour au complet, souligne, à la p. 469, qu'il est "important et nécessaire d'avoir une fonction publique impartiale et efficace". Il ajoute alors, aux pp. 469 et 470:

Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement - le législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques.

La fonction publique fédérale au Canada fait partie de l'exécutif du gouvernement. À ce titre, sa tâche fondamentale est d'administrer et d'appliquer les politiques. Pour bien accomplir sa tâche, la fonction publique doit employer des personnes qui présentent certaines caractéristiques importantes parmi lesquelles les connaissances, l'équité et l'intégrité. [...] (C'est le juge Dickson qui souligne).<sup>148</sup>

Pour leur part, les juges Dickson et Lamer fondèrent la constitutionnalité des dispositions contestées sur le seul paragraphe 92(4), estimant dès lors non nécessaire de se pencher sur l'applicabilité du paragraphe 92(1)[maintenant l'art. 45 *Loi constitutionnelle de 1982*].

Il faut noter ici que la majorité, contrairement au juge Dickson sur ce point, estime que la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils ne permet pas, seule, de fonder la constitutionnalité des dispositions législatives attaquées :

Commençons par la proposition formulée par la Cour d'appel portant que la loi en question peut être considérée comme une loi "destinée à protéger les droits civils à une fonction publique impartiale qu'ont, de manière générale, les résidents de l'Ontario." Il me semble que, dans la mesure où on peut dire que cette loi confère aux résidents de l'Ontario des droits, individuels ou collectifs, d'avoir une fonction publique impartiale, ces droits sont non pas civils, mais plutôt publics ou politiques.

[...]

Bien qu'on puisse également dire que la Loi régleme d'une manière générale l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique provinciale, un bon nombre de ses dispositions, y compris les dispositions contestées, ne peuvent s'expliquer et se justifier que par le fait que l'emploi en question est un emploi public. C'est pourquoi elles ne peuvent à mon avis être fondées, ou être fondées uniquement, sur le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Mais elles peuvent être entièrement fondées sur les par. 92(1) et (4).<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> *Le procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, 1987 CanLII 71 (CSC), [1987] 2 RCS 2, aux ¶¶ 93-94.

<sup>149</sup> *Le procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, 1987 CanLII 71 (CSC), [1987] 2 RCS 2, aux ¶¶ 72 et 81.

Au vu de ce qui précède, une loi qui chercherait à mettre en place, au sein de l'administration publique provinciale, des garde-fous visant à décourager ou à faire échec aux tentatives de corruption de fonctionnaires, aurait une dimension publique évidente même si elle s'en tenait à réglementer plus étroitement les processus d'octroi de contrats publics et à imposer des contrôles supplémentaires aux fonctionnaires participant à ces processus. De fait, la mise en place de tels garde-fous procéderait de la volonté du législateur de préserver l'intégrité du service public, de maintenir la confiance de la population dans ce service et d'éviter l'instauration ou l'accroissement du cynisme face à la chose publique (au sens large).<sup>150</sup> Aussi, dans l'esprit de ce qu'affirmait la Cour suprême dans l'arrêt *SEFPO*, l'objectif d'une telle loi déborderait de la propriété et des droits civils, chef de compétence naturellement associé à la réglementation des contrats, pour se situer aussi dans l'orbite du paragraphe 92(4) de la *Constitution de 1867* et de l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, puisque cette loi viserait en quelque sorte à concrétiser le droit des résidents du Québec à une fonction publique intègre et à des rapports transparents entre cette fonction publique et les personnes morales et physiques avec qui elle interagit. Gardant cela en mémoire, une loi qui, cette fois en aval, mettrait en place des mécanismes d'enquête afin, d'une part, de faire la lumière sur des malversations systémiques impliquant la fonction publique et, d'autre part, de « rétablir la confiance en l'intégrité du gouvernement et de ses institutions ou à examiner le régime auquel les fonctionnaires publics sont assujettis »<sup>151</sup>, pour reprendre l'expression de l'arrêt *Starr*, pourrait voir sa constitutionnalité en tout ou en partie fondée sur le paragraphe 92(4) si son caractère véritable ressortit à ce chef d'attribution, ce qui n'exclurait cependant pas des interventions fédérales visant à protéger, sous l'égide de la compétence en matière de droit criminel, l'intégrité du gouvernement<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Une lecture *a contrario* du passage suivant de l'opinion majoritaire exprimée par la Cour dans *Starr c. Houlden*, 1990 CanLII 112 (CSC), [1990] 1 R.C.S. 1366, 1404-1405 confirme notre point de vue : « L'avocat du gouvernement de l'Ontario a aussi soutenu que l'enquête en l'espèce avait un objet plus général qui la différenciait d'une enquête de police. Il a parlé de la confiance du public envers le comportement et la conduite des fonctionnaires publics, élus et non élus, l'intégrité et la valeur du régime juridique qui régit le comportement des fonctionnaires et des députés de l'Assemblée législative. Malheureusement, le mandat de la Commission d'enquête ne comporte pas cet objet plus général. Le mandat ne mentionne tout simplement pas l'examen de l'ensemble du système qui régit le comportement des fonctionnaires publics envers les organismes de charité en particulier ou envers tous les autres. En réalité, bien que des fonctionnaires publics soient visés par l'enquête, l'investigation de leurs agissements dépend de ce qu'ils ont eu ou n'ont pas eu de relations d'affaires avec les deux personnes nommément désignées, qui ni l'une ni l'autre ne sont des fonctionnaires publics. En résumé, je trouve peu convaincant l'argument selon lequel l'enquête en l'espèce est solidement ancrée aux paragraphes 92(4), (7), (13) ou (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n'y a rien dans la formulation même du mandat, ni dans les circonstances qui ont donné lieu à l'enquête, qui me convainque qu'elle vise à rétablir la confiance en l'intégrité du gouvernement et de ses institutions ou à examiner le régime auquel les fonctionnaires publics sont assujettis. Ces objets sont manifestement accessoires à la caractéristique principale de l'enquête, qui consiste à mener une enquête et à constater des faits à l'égard de personnes nommément désignées au sujet d'une infraction criminelle précise. »

<sup>151</sup> *Starr c. Houlden*, 1990 CanLII 112 (CSC), [1990] 1 R.C.S. 1366, 1405.

<sup>152</sup> Telle l'infraction de corruption des fonctionnaires prévue à l'alinéa 121(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Voir là-dessus: *R. c. Hinchey*, 1996 CanLII 157 (CSC), [1996] 3 R.C.S. 1128.

La compétence de l'Assemblée nationale de légiférer relativement à la fonction publique québécoise ne fait donc aucun doute<sup>153</sup>.

### 3. La compétence provinciale en matière pénale

Le paragraphe 92(15) de la *Constitution de 1867* permet aux provinces de légiférer eu égard à « [l']infliction de punitions par voie d'amende, pénalité, ou emprisonnement, dans le but de faire exécuter toute loi de la province décrétée au sujet des matières tombant dans aucune des catégories de sujets énumérés dans le présent article. » Autrement dit, une province peut assortir des lois dont le caractère véritable se rapporte à l'un de ses chefs de compétence, par exemple la propriété et les droits civils, d'infractions pénales destinées à assurer ou faciliter l'exécution de telles lois.<sup>154</sup> Le fait qu'une infraction provinciale créée dans une de ces lois duplique une infraction criminelle de compétence fédérale ne constitue pas un problème en soi. Les doctrines générales d'interprétation, notamment le double aspect et la prépondérance, trouveront dans de tels cas leur application régulière<sup>155</sup>.

Les légistes appelés à formuler la loi devront cependant garder en mémoire les deux observations suivantes. Premièrement, la sévérité des amendes imposées, quoique non déterminante, a parfois servi d'indice de l'intention d'une province de poursuivre une finalité de droit criminel.<sup>156</sup> Deuxièmement, comme le soulignait le regretté François Chevette, si

---

<sup>153</sup> Il en va également ainsi, évidemment, de la compétence du Parlement du Canada de légiférer à l'égard de la fonction publique fédérale. Le juge en chef Laskin affirmait à cet égard dans *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, 1974 CanLII 164 (CSC), [1975] 2 R.C.S. 182, 189 : « [...] je ne doute aucunement qu'il était loisible au Parlement du Canada d'édicter la *Loi sur les langues officielles* (restreinte qu'elle est à ce qui relève du Parlement et du gouvernement du Canada, et aux institutions de ces Parlement et gouvernement) à titre de loi 'pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à [une matière] ne tombant pas dans les catégories de sujets ...exclusivement assignés aux législatures des provinces'. Les termes en question sont extraits de l'alinéa liminaire de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*; et, en me basant sur eux comme fondement constitutionnel de la *Loi sur les langues officielles*, je ne tiens compte que du caractère purement résiduaire du pouvoir législatif qu'ils confèrent. Point n'est besoin de citer de précédent à l'appui du pouvoir exclusif du Parlement du Canada de légiférer relativement au fonctionnement et à l'administration des institutions et organismes du Parlement et du gouvernement du Canada. Ces institutions et organismes sont de toute évidence hors de la portée des provinces. » Même si le fondement constitutionnel de la compétence législative d'une province sur sa fonction publique n'est pas le même, comme on l'a vu, on voit mal comment on pourrait appliquer à cette compétence une logique différente de celle qu'adopte le juge en chef Laskin à l'égard de la compétence fédérale dans l'arrêt *Jones*.

<sup>154</sup> Voir François Chevette et Herbert Marx, *Droit constitutionnel. Notes et jurisprudence*, PUM, Montréal, 1982, pp. 756-757.

<sup>155</sup> Sur la compétence provinciale de créer des infractions accessoires aux chefs de compétence provinciale sous l'empire desquels des lois sont adoptées, voir généralement : Marie-Ève SYLVESTRE, « Droit criminel, droit pénal et droits individuels », dans : S. Beaulac et J.-F. Gaudreault-DesBiens, *Jurisclasseur Québec-Droit constitutionnel*, Montréal, LexisNexis, 2013, p. 14/1, à la p. 14/30-14/32.

<sup>156</sup> Ainsi, dans *R. c. Morgentaler*, 1993 CanLII 74 (CSC), [1993] 3 RCS 463, 511-512, le juge Sopinka a affirmé : « Pour terminer, bien que j'accorde peu de poids à ce facteur, je suis d'accord avec les deux tribunaux d'instance inférieure pour dire que la sévérité relative des peines prévues par la Loi est pertinente par rapport à sa qualification constitutionnelle. Le paragraphe 6(1) de la Loi impose



l'on examine attentivement le contentieux relatif au paragraphe 92(14), on note que les lois pénales provinciales ont plus de chances d'être validées si la sanction qu'elles prévoient est de « nature civile parce qu'elle port[ent] sur la propriété ou la chose (pénalité *in rem*), plutôt que sur la personne du contrevenant (pénalité *in personam* d'amende ou de prison)... »<sup>157</sup> Il n'en faut pas conclure que l'imposition d'amendes ou de peines d'emprisonnement est impossible, au contraire, mais il faut garder à l'esprit cette mise en garde.

---

des amendes de 10 000 \$ à 50 000 \$ à l'auteur d'une infraction. Le juge Kennedy de la Cour provinciale et le juge Freeman de la Cour d'appel ont estimé que la sévérité relative des amendes constituait une indication que celles-ci n'étaient pas simplement des mesures destinées à mettre en application un régime réglementaire, mais qu'elles visaient à punir l'ouverture de cliniques d'avortement, tenue pour intrinsèquement répréhensible. Bien entendu, le paragraphe 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise les provinces à infliger des peines pour appliquer des lois provinciales valides, et le simple fait d'assortir de sanctions pénales un régime provincial par ailleurs valide n'en fait pas une loi touchant le droit criminel: *Smith c. The Queen*, précité, à la p. 800; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, précité, à la p. 697; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, à la p. 965. Toutefois, la sévérité exceptionnelle des peines peut être prise en considération au regard de la qualification de la législation: *Westendorp c. La Reine*, précité, à la p. 51. »

<sup>157</sup> François Chevrete et Herbert Marx, *Droit constitutionnel. Notes et jurisprudence*, PUM, Montréal, 1982, p. 762.

## **PARTIE V – Le principe du fédéralisme coopératif comme paramètre interprétatif positif d’une intervention provinciale contre la collusion et la corruption**

Nous avons vu dans les sections précédentes que les provinces disposent d’un espace à l’intérieur duquel elles peuvent légiférer relativement à la concurrence, pourvu qu’elles parviennent à éviter un certain nombre d’écueils et que, bien sûr, le caractère véritable des lois qu’elles adoptent en cette matière se rattache à un ou plusieurs des chefs de compétence que leur octroie la *Constitution de 1867*. Cette conclusion est selon nous confortée par le principe du fédéralisme coopératif, et ce, malgré que sa signification précise demeure quelque peu ambiguë.

Le recours explicite au principe du fédéralisme coopératif constitue un phénomène relativement récent en droit constitutionnel canadien, tout comme l’est l’usage plus général du principe du fédéralisme, duquel l’on tire différentes conséquences normatives ou interprétatives, parfois contradictoires du reste<sup>158</sup>. D’une part, l’accent qui a longtemps été mis sur le principe de l’exclusivité des compétences réduisait l’utilité du principe du fédéralisme coopératif et, partant, l’intérêt d’y recourir. À l’inverse, la marginalisation croissante de la représentation du fédéralisme comme instaurant des « compartiments étanches » entre les compétences des gouvernements fédéral et provinciaux a ouvert la porte à une représentation alternative qui valorise la complémentarité de ces deux paliers gouvernementaux, ce qui favorise ainsi la progression du fédéralisme coopératif<sup>159</sup>. D’autre part, ancré dans un régime constitutionnel hérité du modèle britannique, le fédéralisme canadien participe davantage d’une tradition de fédéralisme « compétitif » que « coopératif ».<sup>160</sup> Certes, cette distinction n’a pas valeur absolue et, en toute hypothèse, la coopération est une nécessité pragmatique inhérente au fonctionnement de toute fédération, mais il reste que l’association d’une fédération comme le Canada à un fédéralisme dit compétitif se fonde notamment sur l’absence de tout mécanisme explicite de coopération intergouvernementale – verticale ou horizontale – dans la *Constitution de 1867*<sup>161</sup>, ceci contrairement à des fédérations associées au modèle coopératif de fédéralisme, comme par

---

<sup>158</sup> Voir généralement: J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « The ‘Federal Principle’ and the Legacy of the *Patriation* and *Quebec Veto* References », (2011) 54 *Supreme Court Law Review* 78.

<sup>159</sup> *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, 1982 CanLII 55 (CSC), [1982] 2 RCS 161, 190.

<sup>160</sup> Dans un texte récent, l’un des auteurs de la présente étude a également soutenu la thèse suivante : cette référence répétée par la Cour suprême à la notion de fédéralisme coopératif tient au fait que les juges ne peuvent plus ignorer les distorsions sur les politiques publiques fédérales et provinciales induites par les déficits fédéral et démocratique des institutions législatives centrale et provinciales. Ces distorsions sont le fruit de la combinaison d’un modèle parlementaire de gouvernement et d’une conception strictement juridictionnelle du partage des compétences, combinaison qui a eu pour conséquence d’accélérer le potentiel centrifuge de la dynamique fédérale canadienne. Et c’est pour contrer celle-ci que, d’après l’auteur, la Cour suprême rappelle de manière presque incantatoire aux deux ordres de gouvernement leur devoir d’honorer la notion de bonne entente qui est au cœur du principe fédéral : Jean LECLAIR, « The Securities Reference: The Ghost of Political Representation Comes Knocking at Federalism's Door »; accessible en ligne : <http://ssrn.com/abstract=2189661>.

<sup>161</sup> Encore que dans l’arrêt *R. c. Wetmore*, 1983 CanLII 29 (CSC), [1983] 2 R.C.S. 284, 307, le juge Dickson, dissident, voit dans l’économie des rapports entre les paragraphes 91(27) et 92(14) une expression du fédéralisme coopératif qu’auraient appelé de leurs vœux les rédacteurs de la Constitution s’agissant de concilier les aspects nationaux et locaux d’une question donnée.

exemple l'Allemagne<sup>162</sup>. Les fédérations dont la dynamique constitutionnelle est primordialement compétitive, généralement identifiées à la tradition de common law, tendent en outre à adopter une position plus équivoque que celles, surtout de droit civil, marquées par une dynamique coopérative quant à la juridicité des ententes intergouvernementales concrétisant les pratiques de coopération qui, de facto, s'établissent au sein de toutes les fédérations<sup>163</sup>.

La généalogie du principe du fédéralisme coopératif en droit constitutionnel canadien est assez facile à établir. Ainsi, sans formellement employer l'expression « fédéralisme coopératif », des arrêts anciens évoquent de différentes manières l'idée dont est porteuse cette expression lorsqu'ils présument l'action concertée des gouvernements en vue de résoudre des problèmes les intéressant<sup>164</sup> ou lorsqu'ils prennent tout simplement acte de l'inévitabilité de certains chevauchements de compétences<sup>165</sup>. Lorsqu'ils le font, toutefois, ces arrêts se gardent bien d'imposer des obligations juridiques formelles de coopération verticale ou horizontale aux gouvernements concernés<sup>166</sup>, encore que des arrêts plus récents imposent, notamment en se réclamant de la courtoisie (« comity ») devant inspirer les relations entre acteurs fédératifs, certaines obligations de coopération dans la mise en œuvre de lois provinciales valides ayant des effets extraterritoriaux<sup>167</sup>.

Cela dit, ce n'est vraiment qu'à partir des années 1990 que l'on a assisté à une accélération du recours explicite au principe du fédéralisme coopératif dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, encore que, comme on le verra, cette jurisprudence ne s'écartera guère de la voie tracée quelques années plus tôt dans l'opinion majoritaire du juge en chef Laskin dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, où ce dernier affirmait que «[l]e fédéralisme

---

<sup>162</sup> Voir: L. BASTA-FLEINER et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Federalism and Autonomy », dans T. Fleiner, C. Saunders et M. Tushnet (dir.), *Handbook of Constitutional Law*, Oxford, Routledge, 2013, 143, 154.

<sup>163</sup> Johanne POIRIER, « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit » dans : J.-F. Gaudreault-DesBiens et F. Gélinas (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états : Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruxelles, Bruylant et Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 441; N. BANKES, « Co-operative Federalism : Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia » (1991) 29 *Alta. L. Rev.* 792.

<sup>164</sup> Ainsi, selon la Cour suprême dans *Québec (P.G.) c. Moses*, 2010 CSC 17 (CanLII), [2010] 1 R.C.S. 557, au ¶ 29, l'harmonisation volontaire de processus d'évaluation environnementale constitue une manifestation du fédéralisme coopératif.

<sup>165</sup> Voir entre autres: *Re Board of Commerce*, [1922] 1 A.C. 191, 201; *Fort Frances Pulp & Power Co. v. Manitoba Free Press Co.* [1923] A.C. 695, 704; *City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] AC 333; *Reference re Validity of the Combines Investigation Act and of s. 498 of the Criminal Code*, 1929 CanLII 90 (SCC), [1929] R.C.S. 409, 413.

<sup>166</sup> Voir: J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « The Ethos of Canadian Aboriginal Law and the Potential Relevance of Federal Loyalty in a Reconfigured Relationship between Aboriginal and Non-Aboriginal Governments: A Thought Experiment », dans: G. Otis et M. Papillon (dir.), *Fédéralisme et gouvernance autochtone/Federalism and Aboriginal Governance*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, 43.

<sup>167</sup> *Morguard Investments Ltd c. De Savoye*, 1990 CanLII 29 (CSC), [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T & N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Tolofson c. Jensen*, 1994 CanLII 44 (CSC), [1994] 3 R.C.S. 1022. Voir: H. Patrick Glenn, « Reconciling Regimes: Legal Relations of States and Provinces in North America » (1998) 15 *Ariz.J Int'l & Comp Law* 255.

coopératif peut résulter d'une absence de pouvoir législatif fédéral, mais il ne peut être invoqué pour le contester. »<sup>168</sup> Autrement dit, le principe du fédéralisme coopératif ne peut être conçu comme une source autonome de contestation de la constitutionnalité d'une mesure législative quelconque.

La portée normative de ce principe demeure encore limitée dans la jurisprudence récente de la Cour suprême : il s'agit pour l'essentiel d'un principe d'interprétation, dont les gouvernements doivent faciliter l'expression<sup>169</sup>, visant à maximiser les retombées de la doctrine du double aspect et à limiter le plus possible les conflits d'application entre lois fédérales et provinciales. Plus minimalement encore, il incite à prendre acte des chevauchements inhérents au fédéralisme à l'ère post-compartiments étanches<sup>170</sup>. Il s'agit également d'un outil interprétatif aisément mobilisable dans l'argumentaire qui peut être proposé dans un litige soulevant une question relative au partage des compétences. Nous verrons d'ailleurs sous peu que la Cour suprême ne s'est pas privée de mobiliser cet outil depuis quelques années, avec des résultats parfois peu cohérents. L'un des auteurs de cette étude a résumé ainsi l'usage du principe du fédéralisme, y incluant celui du principe du fédéralisme coopératif, dans la jurisprudence récente de la Cour : « (...), post-*Secession Reference* cases have not dealt with these questions and have tended instead to treat the federal principle as an interpretive tool justifying distinctions between a merely *legitimate* interpretation of the division of powers and a *better* one. As such, it has almost become a conflict rule between two possible interpretations. »<sup>171</sup> Voyons ce qu'il en est.

Si la Cour suprême reconnaît que la coopération est inhérente à une conception pragmatique du fédéralisme, elle affirme également qu'elle doit être encouragée et valorisée. Dans l'arrêt *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, elle devait examiner la validité constitutionnelle d'un Accord fédéral-provincial relatif à la mise en marché de la volaille qui permettait à un organisme fédéral de déléguer à un organisme provincial son autorité de réglementer la mise en marché des poulets dans tous les marchés. Rejetant une contestation constitutionnelle de ce mécanisme de délégation, la Cour suprême observa que cet Accord « (...) tout comme le programme établi dans le *Renvoi sur les œufs*, reflète en les concrétisant la créativité constitutionnelle et la souplesse coopérative du fédéralisme canadien. »<sup>172</sup> Le même type d'approche est à l'oeuvre dans l'arrêt *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*<sup>173</sup>, où la Cour devait

---

<sup>168</sup> *Renvoi : Loi anti-inflation*, 1976 CanLII 16 (CSC), [1976] 2 RCS 373, 421.

<sup>169</sup> *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, 1995 CanLII 69 (CSC), [1995] 3 RCS 453, 539, au ¶ 162 (juge Iacobucci, dissident avec les juges Sopinka et Major, mais non contredit par la majorité sur cette représentation du fédéralisme coopératif). Dans le même sens, voir : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22 (CanLII), [2007] 2 RCS 3. Voir aussi : *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23 (CanLII), [2007] 2 S.C.R. 86.

<sup>170</sup> *Chatterjee c. Ontario (P.G.)*, 2009 CSC 19 (CanLII), [2009] 2 R.C.S. 624, au ¶ 32.

<sup>171</sup> Voir J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « The 'Federal Principle' and the Legacy of the *Patriation* and *Quebec Veto* References », (2011) 54 *Supreme Court Law Review* 78, 94.

<sup>172</sup> *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292, au ¶ 15.

<sup>173</sup> *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696. Bien que favorables à une application plus robuste du test fonctionnel pertinent afin de mieux protéger des compétences fédérales exclusives d'empiétements provinciaux,

déterminer si les relations de travail dans une agence offrant des services aux familles et enfants autochtones relevaient de la compétence fédérale sur les Indiens, même si de tels services sont normalement présumés relever de la compétence provinciale. En l'espèce, un cadre décisionnel tripartite fédéral-provincial-autochtone avait été mis sur pied. La juge Abella, s'exprimant au nom d'un groupe de six juges formant la majorité en ce qui a trait à la *ratio* (le dispositif ayant été unanime), résumait ainsi ce cadre décisionnel éminemment coopératif:

Le paysage constitutionnel actuel a pris une teinte de fédéralisme coopératif (*Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 162, le juge Iacobucci; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292; *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 21-24; *Consolidated Fastfrate*, par. 29-30). En adoptant une approche de coopération face au fédéralisme, il faut inévitablement accepter un chevauchement entre l'exercice des compétences fédérales et provinciales.

Les caractéristiques opérationnelles de NIL/TU,O ont pris la même teinte de fédéralisme coopératif. L'existence de l'agence tient à un effort concerté et complexe du regroupement des premières nations, du gouvernement de la Colombie-Britannique et du gouvernement fédéral en vue de répondre aux besoins particuliers des enfants et des familles du regroupement des premières nations. Cet effort a abouti à un régime opérationnel exhaustif et intégré composé de la loi et des règlements constitutifs de NIL/TU,O, d'une entente de délégation tripartite, d'un protocole d'entente intergouvernemental, d'un ensemble de normes de pratique autochtones, d'une directive sur le financement fédéral et de la législation provinciale, le tout régissant la prestation des services d'aide à l'enfance par NIL/TU,O d'une manière qui respecte et protège les valeurs traditionnelles du regroupement des premières nations.

Aux termes du protocole d'entente et de l'entente tripartite, le gouvernement fédéral a activement approuvé la supervision, exercée par la province, de la prestation de services d'aide à l'enfance aux enfants autochtones de la province, y compris ceux que NIL/TU,O dispense au regroupement des premières nations. Je ne vois là ni une abdication, par le gouvernement fédéral, de ses responsabilités en matière de réglementation, ni une appropriation induite par le gouvernement provincial. Il s'agit plutôt d'un exemple du fédéralisme souple et coopératif à son meilleur.

[La nature essentielle des activités de NIL/TU,O consiste à fournir des services aux enfants et aux familles, une question qui relève de la compétence provinciale. La présence de financement fédéral et le fait que les services de NIL/TU,O visent à répondre à des besoins précis sur le plan culturel ne changent pas, à mon avis, la nature manifestement provinciale de cette entité. La communauté visée par les activités de NIL/TU,O à titre d'agence d'aide à

---

les juges McLachlin, Binnie et Fish ne contredisent pas les observations de la juge Abella concernant la coopération.

l'enfance ne change pas ce qu'elle fait, soit offrir des services d'aide à l'enfance. Les bénéficiaires visés peuvent et devraient sans doute influencer sur la façon dont ces services sont rendus, mais ils ne changent rien au fait que la prestation de services d'aide à l'enfance, une entreprise provinciale, est essentiellement la fonction de NIL/TU,O.<sup>174</sup>

D'où la conclusion de la juge Abella en faveur de la constitutionnalité du régime en cause.

L'idée de limiter la portée des doctrines interprétatives faisant obstacle aux chevauchements législatifs et réduisant dès lors la marge de manœuvre dont doivent jouir les deux paliers de gouvernement est omniprésente dans la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada, même si sa mise en application dans des contextes précis suscite parfois des divergences d'opinions. Ainsi, dans l'arrêt *Lacombe*, la juge Deschamps, dissidente, se réfère au fédéralisme coopératif pour rappeler l'importance de limiter la portée de la doctrine de l'inapplicabilité et, par conséquent, de favoriser « au maximum l'application des normes valides des deux ordres — l'état fédéral et les entités fédérées — sous réserve seulement de la résolution des conflits de normes. »<sup>175</sup> Dans l'arrêt *Canadian Owners and Pilots Association*<sup>176</sup>, la juge en chef MacLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, a quant à elle recours au « fédéralisme coopératif souple » comme justification à une application restrictive de la doctrine de l'exclusivité des compétences, dont la mise en œuvre exige un empiètement important ou grave sur l'exercice des compétences fédérales affectées<sup>177</sup>. Dans la même veine, la Cour fera du principe du fédéralisme coopératif un cadre interprétatif permettant de saisir la dynamique contemporaine du fédéralisme canadien dans l'arrêt *PHS Community Services Society*<sup>178</sup>.

Ce cadre interprétatif, toutefois, n'est précisément que cela : un cadre interprétatif. Si, dans le très important *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*<sup>179</sup>, la Cour suprême exprime le souhait « que les gouvernements fédéral et provinciaux exercent harmonieusement leurs pouvoirs respectifs quant aux valeurs mobilières, dans l'esprit du fédéralisme coopératif »<sup>180</sup>, elle n'en réaffirme pas moins la nécessité de respecter « les frontières constitutionnelles qui sous-tendent le partage des compétences. Le 'courant dominant' du fédéralisme souple, aussi fort soit-il, ne peut autoriser à jeter des pouvoirs spécifiques par-dessus bord, ni à éroder l'équilibre constitutionnel inhérent à l'État fédéral canadien. »<sup>181</sup>

---

<sup>174</sup> NIL/TU,O *Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696, aux ¶¶ 42-45.

<sup>175</sup> *Québec (P.G.) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453, au ¶ 106.

<sup>176</sup> *Québec (P.G.) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536.

<sup>177</sup> *Québec (P.G.) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536, au ¶ 45.

<sup>178</sup> *Canada (P.G.) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, aux ¶¶ 63 et 70.

<sup>179</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 R.C.S. 837.

<sup>180</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 R.C.S. 837, au ¶ 9.

<sup>181</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 (CanLII), [2011] 3 R.C.S. 837, au ¶ 62.

On le constate, la rhétorique du fédéralisme coopératif infuse le discours récent de la Cour suprême. En revanche, ce principe n'a pas de force normative immédiate et, surtout, autonome, de sorte qu'il n'a pas (encore) vocation à prévaloir sur d'autres principes ou normes positives au contenu et à la portée mieux définis<sup>182</sup>. Il n'existe donc pas de devoir constitutionnel de coopération inhérent au fédéralisme, sous réserve des rares obligations découlant de la courtoisie fédérale et dont la portée est fortement balisée par la jurisprudence<sup>183</sup>.

Que retenir de tout ce qui précède pour les fins qui nous intéressent dans cette étude? Si l'Assemblée nationale du Québec adoptait une loi contre la collusion et la corruption dont le caractère véritable se rattacherait à l'un ou plusieurs chefs de compétence relevant des provinces, le principe du fédéralisme coopératif pourrait, en cas de contestation de cette loi, être invoqué comme argument interprétatif au soutien de sa validité et comme justification supplémentaire de l'applicabilité de la doctrine du double aspect à cette loi. Compte tenu du récent engouement de la Cour suprême pour ce principe et malgré son indétermination relative, il nous semble que l'application de ce principe *devrait* être plaidée, un peu comme il fut invoqué dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*. Il servirait ainsi à renforcer l'argument de la compétence provinciale en matière de concurrence, à partir des chefs dévolus aux provinces, et à contribuer à limiter la portée des doctrines interprétatives qui pourraient tendre à réduire la marge de manœuvre provinciale en la matière. Cela ne fait pas du principe du fédéralisme une panacée, loin de là, mais simplement un outil utile.

Il reste qu'au-delà des questions liées à la juridicité et à la force normative et interprétative du principe du fédéralisme coopératif, les exigences de la *realpolitik* risquent de limiter les contestations d'éventuelles lois anti-collusion/corruption du Québec, du moins s'agissant de contestations émanant du gouvernement fédéral. Quel gouvernement fédéral voudrait en effet prendre le risque politique d'être tenu en aval responsable de l'échec d'interventions législatives provinciales anti-collusion/corruption? Poser la question, c'est y répondre, nous semble-t-il. Dans le contexte actuel, il y a donc tout lieu de croire que la coopération des autorités fédérales se fera sans trop de problèmes,<sup>184</sup> à moins bien sûr que la loi québécoise embrasse si large qu'elle en devienne suspecte sur le plan constitutionnel.

---

<sup>182</sup> *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, 1991 CanLII 74 (CSC), [1991] 2 RCS 525.

<sup>183</sup> Voir *supra*, note 168.

<sup>184</sup> Qui sait? Peut-être que le procureur général du Canada viendra épauler son homologue provincial dans l'éventualité d'une contestation de la loi. Pareille chose s'est déjà vue : *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31 (CanLII), [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, aux ¶¶ 72-73 et *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13 (CanLII), [2005] 1 RCS 188, au ¶ 26.

## Conclusion

Le législateur provincial dispose d'une réelle marge de manœuvre pour lutter contre la collusion et la corruption, bien que le Parlement fédéral se soit vu attribuer, sous l'empire de son pouvoir de réglementer les échanges et le commerce, une vaste compétence en matière de concurrence.

Il importe ici de corriger l'erreur qui consiste à croire que du fait de la compétence qu'il s'est vu reconnaître eu égard à la réglementation d'actes anticoncurrentiels ayant une dimension strictement intra-provinciale, le fédéral occupe tout le champ de la réglementation de la concurrence et que, par conséquent, les provinces sont radicalement (au sens étymologique) incompetentes à légiférer relativement à des actes de collusion et de corruption anticoncurrentiels également visés par la loi fédérale sur la concurrence. Répétons-le : le fait qu'une loi fédérale de vaste portée et ayant trait à la concurrence ait été validée sur le plan constitutionnel dans l'arrêt *General Motors Ltd. c. City National Leasing* n'emporte pas que les provinces soient expulsées du champ de la réglementation d'actes anticoncurrentiels. Comme le rappelle elle-même la Cour suprême dans cet arrêt, la concurrence n'est pas une matière indivisible et les provinces demeurent en mesure de réglementer de tels actes à partir de leurs propres chefs de compétence, sous réserve évidemment qu'elles le fassent d'une manière qui satisfasse aux doctrines d'interprétation constitutionnelle en vigueur, que nous avons résumées à la partie III de cette étude. Une interprétation dynamique de la *Constitution de 1867* permet donc d'affirmer la coexistence possible de lois fédérales et provinciales visant à lutter contre la collusion et la corruption.

Postulant qu'elle est possible, une intervention législative provinciale allant en ce sens devrait s'inscrire, afin qu'elle soit jugée valide, à l'intérieur des paramètres négatifs et positifs que nous avons examinés dans les parties IV et V de cette étude. Il faudrait évidemment que son caractère véritable se rattache à des matières de compétence provinciale – nous avons à cet égard mis l'accent sur les paragraphes 92(4) (7), (8), (13), (14), (16) et sur l'article 93 de la *Constitution de 1867* comme assises possibles de mesures de divers ordres. Le législateur provincial voudrait de même éviter, dans la mesure du possible, de donner prise à des arguments, parfois superficiellement attirants, qui attaqueraient sa loi au motif que celle-ci constituerait une forme de « législation déguisée ». Des indices législatifs, par exemple l'exclusion expresse des « entreprises fédérales » du champ d'application de la loi, pourraient être utilisés pour décourager *ab initio* ce genre d'argument.

Ce souci ne devrait toutefois pas avoir un effet inhibant sur une intervention législative provinciale, en l'empêchant de déployer toutes les ressources nécessaires pour atteindre ses objectifs de lutte à la collusion et à la corruption. Ainsi, il ne nous paraîtrait pas approprié de restreindre artificiellement la portée d'une loi provinciale à une « industrie » étroitement définie sous prétexte d'accroître l'assurance que cette loi se qualifie comme « provinciale » selon le critère énoncé originellement dans l'arrêt *Citizens Insurance Co. v. Parsons*. Par exemple, ne cibler à cette seule fin que l'« industrie de la construction » pourrait s'avérer contreproductif si la définition retenue pour cette industrie était indûment étroite, d'autant que l'on sait que plusieurs acteurs récemment visés par des allégations de collusion ou de corruption n'occupent pas de fonction particulière dans ce qu'il est généralement convenu d'appeler « les métiers de la construction ». De même, le fait que le cadre analytique consacré dans l'arrêt *General Motors Ltd. c. City National Leasing* propose comme l'un des



indicateurs de la compétence fédérale générale sur les échanges et le commerce la présence d'un « système de réglementation » ne saurait constituer un obstacle redhibitoire à la mise en place, par le truchement d'une loi provinciale, d'un système de réglementation répondant à des finalités provinciales. En revanche, il serait vraisemblablement approprié de ne pas laisser trop d'équivoque quant à la portée territoriale intra-provinciale de la loi envisagée, même si une loi provinciale valide peut avoir des effets extra-provinciaux; le législateur provincial ne souhaiterait certainement pas donner l'impression qu'il veut légiférer relativement à la concurrence dans une perspective extra-provinciale.

Mais encore une fois, c'est avant tout sur le caractère véritable de la loi provinciale qu'il faudrait se pencher. Or, une loi provinciale qui, hypothétiquement, chercherait principalement à réglementer en aval, par la mise en place d'un système de permis, de contrôles et d'inhabilités, les modalités d'accès aux contrats publics (pour l'essentiel ceux du gouvernement, des municipalités ou de toute autre entité dépendant dans une large mesure de fonds publics provinciaux que le législateur souhaiterait assujettir à sa loi) ainsi que leur octroi, serait qualitativement très différente d'une loi fédérale touchant le commerce dans son ensemble par le truchement d'une intervention inspirée d'objectifs macro-économiques et visant des actes jugés délétères pour le bon fonctionnement d'un marché libre. La loi provinciale envisagée ici ne se préoccuperait que de manière bien indirecte et secondaire du fonctionnement d'un marché libre; son point focal serait avant tout la prévention du crime, la préservation de l'intégrité des processus d'octroi des contrats publics et, au final, la protection de la richesse collective.

Nous avons évoqué l'idée d'un régime qui viserait avant tout à mettre en place des filtres suffisamment robustes pour décourager l'émergence des conditions dans lesquelles la collusion et la corruption fleurissent et à agir sur les processus d'octroi des contrats publics. Dans la mesure où, surtout dans le monde municipal, des pratiques de corruption semblent aussi se manifester dans le cadre de processus d'aliénation de biens publics, il conviendrait également de considérer l'assujettissement de tels processus à une éventuelle loi. Ce qui, toutefois, importe avant tout d'un point de vue constitutionnel est de prioriser une intervention législative en amont, en s'assurant de saisir les actes de collusion et de corruption dans une perspective systémique afin d'agir efficacement sur les conditions dans lesquelles ces actes peuvent survenir; dans cette optique, il faut donc viser autant ceux qui pratiquent la collusion que ceux qui tentent de corrompre et ceux encore qui sont susceptibles d'être corrompus. Ce qui n'empêche nullement de prescrire, de manière accessoire et en aval, des sanctions pénales ou, par exemple pour un fonctionnaire, des sanctions d'inhabilité ou disciplinaires.

À l'intérieur de l'espace constitutionnel dont dispose le Québec pour lutter contre la collusion et la corruption, des choix devront être faits. Il s'agira ainsi 1) d'identifier et de définir les types d'actes juridiques susceptibles d'être viciés par la collusion et la corruption (par exemple, quels types de contrats (vente, échange, etc.; de quelle valeur monétaire, etc.), 2) d'identifier les personnes et organisations que l'on estime devoir être assujetties à une loi éventuelle, 3) de définir de manière précise les actes se qualifiant comme collusion et comme corruption, tenant pour acquis que ces actes se situent sur un spectre pouvant aller de l'omission (aveuglement volontaire, acquiescement silencieux) à l'action (offres, menaces, intimidation, etc.), 4) d'identifier les personnes impliquées dans les relations juridiques sur lesquelles on aura choisi d'intervenir et de mettre en place des mécanismes de contrôle

efficaces, et, 5) de mesurer de quelle manière la séquence des différentes étapes menant à la conclusion des actes juridiques pré-identifiés influe, positivement ou négativement, sur l'incidence des pratiques de collusion ou de corruption. La preuve recueillie par la Commission lui permettra d'identifier les actes (positifs ou d'omission) les plus récurrents, les personnes les plus susceptibles de poser des actes de collusion ou de corruption, ainsi que les décideurs les plus susceptibles d'être victimes, malheureusement parfois consentantes, de tels actes. Cela étant, il serait sans doute utile que la Commission procède à une étude plus fine, sous l'angle d'une analyse économique du droit, de l'efficacité comparée de différents types de régimes normatifs visant à décourager les pratiques de collusion et de corruption. Une telle étude, cherchant à mesurer l'adéquation des fins et des moyens, éclairerait le choix des stratégies normatives à privilégier.

Les hypothèses envisagées ci-haut ne traitent pas du cas des élus corrompus ou victimes de tentatives de corruption. Les règles entourant le financement des partis politiques ou des candidats aux élections provinciales, municipales ou même scolaires auraient avantage à être revues à la lumière des propositions qui pourront être faites quant à une loi éventuelle portant sur les contrats publics, afin qu'un contrôle sur tous les niveaux décisionnels soit exercé. L'autisme législatif ne saurait être de mise s'agissant de faire échec à la corruption.