

Le fédéralisme coopératif entre territorialité et fonctionnalité : le cas des valeurs mobilières

Noura Karazivan

Volume 46, numéro 2, 2016

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1038623ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1038623ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Karazivan, N. (2016). Le fédéralisme coopératif entre territorialité et fonctionnalité : le cas des valeurs mobilières. *Revue générale de droit*, 46(2), 419–472. <https://doi.org/10.7202/1038623ar>

Résumé de l'article

L'histoire constitutionnelle canadienne, et le fédéralisme en particulier, oscillent traditionnellement entre deux horizons analytiques contrastés : le premier, issu d'une approche territoriale ou dualiste, considère les compétences exclusives comme un terrain à morceler; le second repose sur une interprétation fonctionnelle des chefs de compétence et rejette l'étanchéité du partage des compétences que suppose le dualisme. Celui-ci alimente les écrits de juristes soucieux de préserver une fédération centralisée, où le palier fédéral aurait les coudées franches pour adopter des politiques législatives uniformes et efficaces à travers le pays. De ces deux visions contrastées, le fédéralisme coopératif est l'héritier, un peu désorienté, un peu en quête d'identité. Même s'il est fréquemment associé à une conception plus fonctionnelle du partage des compétences, il demeure balisé, voire astreint, par les limites imposées par le dualisme.

Chacune de ces visions sera explorée dans la première partie de cet article, à travers les écrits de deux figures de proue de l'histoire constitutionnelle canadienne, les juges, doyens et auteurs Jean Beetz et Bora Laskin. Une attention particulière sera portée à la manière dont chacun de ces auteurs a entrevu le fédéralisme coopératif, ses potentialités, ses risques. La seconde partie de ce texte étudie les divers usages du fédéralisme coopératif dans la jurisprudence constitutionnelle canadienne, en distinguant le recours au fédéralisme coopératif dans l'assouplissement de doctrines interprétatives, d'une part, et le recours à ce même principe en présence de régimes coopératifs intégrés, d'autre part. La troisième partie prend le litige des valeurs mobilières pour point d'ancrage, en effectuant, d'abord, un retour sur le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, et en anticipant le rôle potentiel que le fédéralisme coopératif pourrait jouer dans le second renvoi, qui s'est amorcé, à l'automne 2016, devant la Cour d'appel du Québec.

Le fédéralisme coopératif entre territorialité et fonctionnalité : le cas des valeurs mobilières

NOURA KARAZIVAN*

RÉSUMÉ

L'histoire constitutionnelle canadienne, et le fédéralisme en particulier, oscillent traditionnellement entre deux horizons analytiques contrastés : le premier, issu d'une approche territoriale ou dualiste, considère les compétences exclusives comme un terrain à morceler; le second repose sur une interprétation fonctionnelle des chefs de compétence et rejette l'étanchéité du partage des compétences que suppose le dualisme. Celui-ci alimente les écrits de juristes soucieux de préserver une fédération centralisée, où le palier fédéral aurait les coudées franches pour adopter des politiques législatives uniformes et efficaces à travers le pays. De ces deux visions contrastées, le fédéralisme coopératif est l'héritier, un peu désorienté, un peu en quête d'identité. Même s'il est fréquemment associé à une conception plus fonctionnelle du partage des compétences, il demeure balisé, voire astreint, par les limites imposées par le dualisme.

Chacune de ces visions sera explorée dans la première partie de cet article, à travers les écrits de deux figures de proue de l'histoire constitutionnelle canadienne, les juges, doyens et auteurs Jean Beetz et Bora Laskin. Une attention particulière sera portée à la manière dont chacun de ces auteurs a entrevu le fédéralisme coopératif, ses potentialités, ses risques. La seconde partie de ce texte étudie les divers usages du fédéralisme coopératif dans la jurisprudence constitutionnelle canadienne, en distinguant le recours au fédéralisme coopératif dans l'assouplissement de doctrines interprétatives, d'une part, et le recours à ce même principe en présence de régimes coopératifs intégrés, d'autre part. La troisième partie prend le litige des valeurs mobilières pour point d'ancrage, en effectuant, d'abord, un retour sur le Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, et en anticipant le rôle potentiel que le fédéralisme coopératif pourrait jouer dans le second renvoi, qui s'est amorcé, à l'automne 2016, devant la Cour d'appel du Québec.

* Professeure adjointe, Faculté de droit, Université de Montréal.

MOTS-CLÉS :

Fédéralisme, coopération, dualisme, territorialité, fonctionnalité, valeurs mobilières.

ABSTRACT

This paper addresses the tension between the traditionally dualist or 'territorial' take on division of powers, on the one hand, and a more functional conception of federalism, on the other hand, and the place of cooperative federalism within that structure. Part 1 will briefly address these two contrasted visions of Canadian federalism, by focusing on the writings of two former Supreme Court Justices, Jean Beetz and Bora Laskin. In particular, this Part will highlight how each author considered the potential, and limitations, of cooperative federalism. Part 2 will draw a portrait of cooperative federalism in Canada, by looking at both judicial cooperative federalism, at play when courts tone down the effect of rigid constitutional law doctrines, and executive cooperative federalism, which inspires Courts' deference when integrated or interlocked cooperative regimes are challenged. Finally, the last part of this paper will take the securities regulation debate as a focal point for considering the past, and potential, role of cooperative federalism in the second round of litigation which is just starting.

KEY-WORDS:

Federalism, co-operation, dualism, territoriality, functionality, securities regulation.

SOMMAIRE

Introduction.....	421
I. Les paradigmes classiques du fédéralisme canadien	423
A. La conception territorialiste de Jean Beetz.....	423
1. Le recours à la jurisprudence analytique	423
2. Un rejet du fonctionnalisme et une vision pessimiste du fédéralisme coopératif.....	427
3. La recherche d'un fondement factuel	430
B. L'approche fonctionnelle selon Bora Laskin	431
1. La recherche de l'efficacité législative.....	433
2. Une vision optimiste du fédéralisme coopératif.....	435
3. Un fondement factuel minimal.....	435
II. Le fédéralisme coopératif au Canada	436
A. Un portrait.....	436
B. Le fédéralisme coopératif judiciaire : une coopération <i>potentielle</i>	440
1. La doctrine du caractère véritable.....	441
2. La doctrine des immunités interjuridictionnelles.....	443

3.	La doctrine de la prépondérance fédérale	444
4.	La doctrine des pouvoirs accessoires	446
C.	Un fédéralisme coopératif exécutif: une coopération <i>actualisée</i>	447
III.	Le cas des valeurs mobilières: deux épistémologies contrastées	452
A.	Le <i>Renvoi relatif à la validité de la Loi sur les valeurs mobilières</i>	453
1.	Une approche (non) territorialiste	453
2.	Une approche (non) fonctionnelle	455
3.	Une fusion des paradigmes	459
4.	Le rôle du fédéralisme coopératif dans le <i>Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières</i>	460
B.	Le nouveau régime proposé	462
1.	Le caractère véritable de la Loi fédérale.	463
2.	Le rattachement.	464
3.	Le rôle du fédéralisme coopératif dans le second renvoi	469
	Conclusion	471



INTRODUCTION

L'histoire constitutionnelle canadienne et le fédéralisme, en particulier, oscillent traditionnellement entre deux horizons analytiques, deux paradigmes. Le premier, issu d'une approche territoriale ou dualiste, considère les compétences exclusives comme un terrain à morceler et oriente une frange de juristes traditionnellement soucieux de la protection de l'autonomie provinciale. Le second horizon repose sur une approche fonctionnelle, axée sur l'interprétation pragmatique des chefs de compétence et sur le rejet de l'étanchéité du partage des pouvoirs, et alimente les écrits de juristes traditionnellement soucieux de préserver une fédération centralisée, dans laquelle le gouvernement fédéral aurait les coudées franches pour mettre de l'avant des politiques uniformes et efficaces à travers le pays. De ces deux visions contrastées, le fédéralisme coopératif est l'héritier, un peu désorienté, un peu en quête d'identité. Même s'il est, comme nous le verrons, fréquemment associé à une conception plus souple et fonctionnelle du partage des compétences, le fédéralisme coopératif demeure balisé, voire astreint, par les limites imposées par le dualisme.

Ces visions paradigmatiques du partage des compétences ont été nourries par les écrits de deux grands juristes canadiens. Dans la première partie de cet article, j'examine tour à tour ces deux visions, que

j'associe respectivement aux écrits des juges Jean Beetz et Bora Laskin, figures de proue de l'histoire constitutionnelle canadienne. Anciens juges à la Cour suprême du Canada, ils furent aussi doyens, Jean Beetz, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, et Bora Laskin, de la Faculté de droit de l'Université de Toronto. Une attention particulière sera accordée à la manière dont chacun de ces juges a entrevu le fédéralisme coopératif, ses potentialités, ses promesses et ses risques.

Dans la deuxième partie, j'examine les manifestations actuelles du fédéralisme coopératif canadien en distinguant deux dimensions : d'une part, une dimension latente qui se manifeste lorsque les tribunaux assouplissent les doctrines d'interprétation constitutionnelle dans le cadre de litiges portant sur le partage des compétences; dans ces cas, il y a rarement présence de coopération intergouvernementale ou interparlementaire, mais les juges vont employer le fédéralisme coopératif afin de susciter une éventuelle coopération entre les parties. D'autre part, il s'agit de la dimension actualisée de ce principe, laquelle se manifeste lorsque les tribunaux prennent acte de la présence de régimes coopératifs intégrés dans le cadre de litiges constitutionnels qu'ils sont appelés à trancher.

La troisième partie prend le litige en matière de valeurs mobilières comme point d'ancrage, afin d'illustrer les potentialités du fédéralisme coopératif dans ce dossier aussi épineux que symboliquement chargé. Dans un premier temps, un retour est effectué sur le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*¹, rendu par la Cour suprême du Canada en 2011. Ce renvoi symbolise-t-il le triomphe de la vision territoriale et dualiste du partage des compétences ou plutôt l'éclatement de la vision d'un fédéralisme exclusif et étanche, et la reconnaissance de l'inévitable coopération que suppose une théorie fonctionnelle du fédéralisme? Et qu'en est-il de la nouvelle proposition de loi fédérale? Cette dernière sera analysée, en deuxième lieu, alors que seront tracés les contours du rôle que pourrait jouer le fédéralisme coopératif dans le nouveau renvoi qui s'est amorcé, cet automne, devant la Cour d'appel du Québec.

Cet article conclut que, même s'il est souvent décrit comme une innovation récente, une manière de tempérer la rigidité du partage classique des compétences au profit d'un meilleur fonctionnement du fédéralisme canadien, le fédéralisme coopératif ne permet pas non

1. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 RCS 837 [Renvoi de 2011].

plus de reconfigurer ce partage et ne dispense aucunement le juge de respecter celui-ci. Toutefois, le fédéralisme coopératif peut constituer le levier à partir duquel les tribunaux incitent les parties à mieux collaborer, comme en témoigne le dossier des valeurs mobilières.

I. LES PARADIGMES CLASSIQUES DU FÉDÉRALISME CANADIEN

A. La conception territorialiste de Jean Beetz

Selon le juge Beetz, une approche territoriale doit guider le juriste qui étudie le droit constitutionnel canadien. Le fédéralisme, selon lui, « suppose toujours une division territoriale, un morcèlement »². Cette conception est caractérisée par une vision polarisée du partage des compétences, selon laquelle une frontière étanche sépare les champs de compétence provinciaux et fédéraux. Le juge qui entretient une vision dualiste conçoit l'ensemble des pouvoirs comme un territoire sujet à division. Selon cette approche, la plupart des conflits se résolvent en déterminant où se trouve la frontière, sans jamais qu'il y ait doute sur la réelle effectivité de cette ligne de démarcation ou sur le caractère poreux de la frontière qui sépare les champs de compétence³.

Pour le juge Beetz, cette conception s'est traduite par une très grande foi dans le principe de l'exclusivité des compétences, une méfiance envers l'accroissement des compétences partagées et une vision assez pessimiste du fédéralisme en général. Avant tout, sa conception repose sur le respect des précédents favorables à l'autonomie provinciale et sur l'usage de la jurisprudence analytique.

1. Le recours à la jurisprudence analytique

L'attitude première des Québécois à l'égard de la Constitution en était une passive. Ceux-ci envisageaient la Constitution comme un instrument de protection de la minorité québécoise au sein de la

2. C'est la toute première condition matérielle du fédéralisme, selon lui : voir « Le fédéralisme canadien », notes du *Cours de droit constitutionnel canadien*, Archives, Université de Montréal.

3. Pour une critique de cette approche territoriale, voir Robert A Schapiro, *Polyphonic Federalism: Toward the Protection of Fundamental Rights*, Chicago, University of Chicago Press, 2009 aux pp 93–97.

fédération canadienne⁴. C'est principalement de la codification du partage des compétences que cette protection était attendue, mais c'est par l'interprétation jurisprudentielle de ces règles de partage que la protection a été réellement obtenue. En effet, celles-ci devaient être interprétées, par le Conseil privé, de manière à exclure le pouvoir fédéral des champs de compétences du Québec quant au maintien de sa culture, de sa langue et de son économie. Chargé de trancher les appels en provenance du *Dominion* du Canada jusqu'en 1949, le Comité judiciaire du Conseil privé a « assez bien serv[i] »⁵ les Québécois, en ce sens que certaines des compétences fédérales potentiellement invasives ont été interprétées de façon restrictive, à commencer par la compétence en matière d'échanges et de commerce⁶. En revanche, le Conseil privé a interprété la compétence provinciale relative à la propriété et aux droits civils de façon si large « qu'il a presque transformé cette compétence nommée en une compétence innommée à laquelle font exception les compétences nommées par l'article 91 »⁷. Afin de préserver cette série de précédents que le juge Beetz associe à la jurisprudence analytique, il était nécessaire d'éviter, à la fois, de recourir à l'analyse réaliste ou d'ordre fonctionnel, et de concevoir la répartition des compétences comme un exercice visant à assurer que l'entité la mieux placée pour légiférer est investie du pouvoir constitutionnel de le faire. Ainsi, la protection de l'autonomie québécoise au sein de la fédération impliquait-elle nécessairement, du moins dans ce que le juge appelle la première phase de « l'attitude québécoise », une protection des acquis du Conseil privé et une conceptualisation de la Constitution fédérale comme bouclier contre une trop grande présence fédérale.

Cette attitude de repli s'est traduite par une conception territoriale du partage des compétences, favorisant une interprétation des dispositions de celui-ci selon la méthode analytique. La qualification des lois, dans cette optique, ne résulte pas d'un exercice empirique, mais bien d'une analyse conceptuelle, qui suppose l'adoption de trois stratégies : la mise en exergue de l'aspect qualitatif d'une compétence ; la

4. Jean Beetz, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 » dans P-A Crépeau et C B Macpherson, dir, *The Future of Canadian Federalism*, Toronto/Montréal, University of Toronto Press/Presses de l'Université de Montréal, 1965, 113 [Beetz, « Les attitudes changeantes du Québec »].

5. *Ibid* à la p 120.

6. *Citizens Insurance Co of Canada v Parsons*, [1882] 7 AC 96 (UK PC) [Parsons], relativement à la portée de l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict c 3, art 91(2), reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 5.

7. Beetz, « Les attitudes changeantes du Québec », *supra* note 4 à la p 119.

valorisation du *stare decisis*; et la quête de la précision des concepts et la recherche de l'analogie au moyen d'une analyse exégétique⁸.

Si cette quête de la précision analytique peut être perçue comme favorisant l'autonomie provinciale, c'est à cause de l'approche élaborée par le Comité judiciaire du Conseil privé, qui a fait, à plusieurs reprises, une interprétation restrictive des compétences fédérales non seulement, tel que mentionné plus haut⁹, à l'égard du pouvoir économique général, mais aussi à l'endroit du pouvoir général du Parlement¹⁰. La recherche de la continuité jurisprudentielle a prolongé cette tendance resserrant la portée du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹ et celle restreignant l'étendue du pouvoir résiduel fédéral. Il faut dire que cette jurisprudence du Conseil privé a divisé les constitutionnalistes, certains trouvant carrément que le Conseil privé avait fait erreur en inversant la règle selon laquelle les pouvoirs résiduels échoient au palier fédéral¹². D'autres, comme le juge Beetz, ont bien reçu ces précédents du Conseil privé, tout en reconnaissant candidement que le positionnement de celui-ci, notamment concernant la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce, a « peut-être été jusqu'à trahir » la lettre de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹³. En cela, l'attachement du juge Beetz à la valeur du respect de l'autonomie

8. *Ibid* à la p 120.

9. *Parsons*, *supra* note 6.

10. Beetz, « Les attitudes changeantes du Québec », *supra* note 4 à la p 117. Voir, par exemple, *Toronto Electric Commissioner v Snider*, [1925] AC 396 (UK PC) et *Re Board of Commerce Act, 1919, and the Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 AC 191 (UK PC).

11. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 6.

12. Le juge Laskin s'est notamment montré très critique envers les propos de Lord Watson dans *Liquidators of the Maritime Bank v Receiver-General of New Brunswick*, [1892] AC 437 aux pp 441–42 (UK PC). Dans cette affaire, Lord Watson a indiqué que :

The object of the Act [la Loi constitutionnelle de 1867] was neither to weld the provinces into one, nor to subordinate provincial governments to a central authority, but to create a federal government in which they should all be represented, [...] each province retaining its independence and autonomy. That object was accomplished by distributing [...] all powers executive and legislative, [...] so that the Dominion Government should be vested with such of these powers, property and revenues as were necessary for the due performance of its constitutional functions, and that the remainder should be retained by the provinces for the purposes of provincial government [nos romains].

C'est en ce qui a trait à cette dernière phrase que Laskin s'est montré particulièrement critique : « Here is a federalism which inverted the British North America Act by giving residuary authority to the provinces ». (Voir Bora Laskin, « Tests for the Validity of Legislation: What's the "Matter"? » (1955) 11:1 UTLJ 114 à la p 125 [Laskin, « What's the "Matter"? »]).

13. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 6.

provinciale ne l'amène pas à se méprendre sur les stratégies d'interprétation du Conseil privé.

On ne s'étonnera donc pas que, dans *MacDonald et al c Vapor Canada Ltd*¹⁴, le juge Beetz souscrive aux motifs du juge Laskin, qui considère comme étant *ultra vires* les dispositions contestées de la *Loi sur la concurrence déloyale*¹⁵ et la *Loi sur les marques de commerce*¹⁶, prévoyant un recours civil pour contrer la concurrence déloyale. En effet, ces dispositions ont été invalidées, notamment parce qu'elles ne peuvent se rattacher à l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁷. Le juge Beetz a souscrit aux propos du juge Laskin, lequel soutient que les dispositions contestées ne visent pas le commerce en général, ni n'établissent un système de réglementation, ni ne sont reliées à un organisme de surveillance. Plaider autrement reviendrait à « remplacer l'analyse par la nomenclature »¹⁸.

Cependant, selon certains auteurs, le processus analytique mis de l'avant dans certaines des opinions du juge Beetz en matière de partage des compétences (Lajoie et al donnent les exemples des affaires *Di Iorio*¹⁹, *Construction Montcalm*²⁰ et le *Renvoi: Loi anti-inflation*)²¹ repose sur une stratégie guidée par le principe de l'autonomie provinciale. Cela peut parfois entraîner que la qualification précède l'analyse au lieu de succéder à celle-ci. Dans ces arrêts, les auteurs notent que le juge Beetz procède d'abord à l'établissement du principe de la compétence provinciale quant au domaine visé; par la suite, il cerne la compétence fédérale « dans un champ déjà posé comme provincial »; finalement, en procédant par un raisonnement par l'absurde, il écarte les alternatives ou les cas d'application des exceptions. De là résulte « une apparence de grande objectivité »²².

14. *MacDonald et al c Vapor Canada Ltd*, [1977] 2 RCS 134, 1976 CanLII 181 (CSC) [*Vapor*].

15. *Loi sur la concurrence déloyale*, 1932, 22-23 Georges V, c 38 (maintenant *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34).

16. *Loi sur les marques de commerce*, SRC c T-10 (maintenant LRC 1985, c T-13).

17. *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 6.

18. *Vapor*, supra note 14 à la p 167.

19. *Di Iorio c Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 RCS 152, 1976 CanLII 1 (CSC) (sur la compétence provinciale en matière d'administration de la justice criminelle).

20. *Construction Montcalm Inc c Commission du salaire minimum*, [1979] 1 RCS 754, 1978 CanLII 18 (CSC) (sur la compétence provinciale en matière de relations de travail).

21. *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 RCS 373, 1976 CanLII 16 (CSC).

22. Andrée Lajoie et al, « Jean Beetz: sur la société libre et démocratique » dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Thémis, 1995, 509 à la p 537.

D'un autre côté, le juge Beetz n'hésite pas à qualifier de « tactique dangereuse » la stratégie inverse qui consiste à caractériser une matière de façon tellement éloignée de l'un ou l'autre des chefs de compétence énumérés qu'il devient possible de la qualifier de matière « résiduelle » et de la valider en vertu du pouvoir général en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement²³.

2. *Un rejet du fonctionnalisme et une vision pessimiste du fédéralisme coopératif*

La conception territorialisée du fédéralisme a pour corollaire de reléguer au second rang, voire de discréditer complètement, le réalisme juridique, l'analyse quantitative et le fonctionnalisme dans le processus d'interprétation constitutionnelle²⁴. L'interprétation judiciaire de la Constitution, selon le juge Beetz, devrait s'ancrer dans un exercice de conceptualisation. Les tendances visant à s'en remettre à l'intuition du juge dans la détermination d'une question de droit sont donc, forcément, douteuses. En effet, le juriste québécois (ou, plus généralement, celui qui veut s'assurer de la protection de l'autonomie des entités fédérées), « ne peut que se troubler devant l'attitude de certains juristes canadiens qui ou bien se contentent de critères surtout quantitatifs pour déterminer la validité des lois [...] ou bien prennent plaisir à souligner le degré considérable d'intuition qui entre en jeu dans l'interprétation judiciaire de la constitution »²⁵.

Même si l'école réaliste, à laquelle furent associés Bora Laskin et le doyen Lederman, peut dépeindre correctement ce que les juges font en pratique, le juge Beetz refuse, dans la mesure où elle reflète une tendance intuitionniste, de sanctionner l'approche dite fonctionnelle²⁶. Cela reviendrait à entériner une confusion entre science politique et droit, et à renoncer à l'exercice de conceptualisation, « indispensable

23. Katherine Swinton, *The Supreme Court and Canadian Federalism: The Laskin-Dickson Years*, Toronto, Carswell, 1990 à la p 272 [notre traduction]. Voir, par exemple, sa dissidence dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, *supra* note 21, sur laquelle je reviendrai plus loin.

24. Beetz, « Les attitudes changeantes du Québec », *supra* note 4 à la p 120.

25. *Ibid* à la p 121.

26. Cette approche met l'accent sur l'efficacité, le caractère fonctionnel d'une législation et la capacité pratique d'un palier législatif d'atteindre le plus efficacement possible les objectifs législatifs. Bora Laskin, Francis Réginald Scott et William R Lederman y sont associés: voir Swinton, *supra* note 23 à la p 263. Voir aussi Patrick J Monahan, « At Doctrine's Twilight: The Structure of Canadian Federalism » (1984) 34:1 UTLJ 47.

à la fécondité du droit»²⁷, car pour Beetz, « [s]eul ce qui est rationnel est susceptible de s'exprimer pleinement et de se systématiser complètement »²⁸. Exit, donc, l'intuition et la trop vaste discrétion judiciaire qui permettent à un juge de s'affranchir des précédents jurisprudentiels et de s'engager dans une voie moins prévisible que celle de la jurisprudence antérieure.

La conception territoriale suppose aussi une attitude scrupuleuse à l'égard des compétences communes qui risquent d'élargir la zone de prépondérance fédérale. Celles-ci s'inscrivent dans une « tendance nettement centralisée »²⁹. Le juriste québécois, selon lui,

sera porté à s'inquiéter de la tendance si justement décrite par le doyen Lederman [citations omises] vers une extension des compétences communes : il lui semble que l'adoption de deux lois, l'une fédérale, l'autre provinciale, toutes deux destinées à régir la même activité matérielle, toutes deux adoptées dans le même but et sous le même aspect, est clairement exclue par la constitution sauf en matière d'agriculture, d'immigration, et de pension de vieillesse; mais surtout, cette tendance a pour effet d'étendre la zone de suprématie des lois fédérales; elle est nettement centralisatrice³⁰.

Une attitude floue à l'égard du partage des compétences sacrifierait donc l'autonomie provinciale québécoise sur l'autel de la « loi de centralisation », selon laquelle le texte même de la *Loi constitutionnelle de 1867*³¹, excluant l'interprétation favorable qu'en a faite le Conseil privé, se prêterait à une extension organique des pouvoirs du gouvernement central, sans avoir besoin de recourir à une procédure de modification formelle³².

Cette logique se traduit par une méfiance envers ce qu'on appelle aujourd'hui le fédéralisme coopératif qui, s'il peut en théorie apporter un équilibre au partage des compétences, impliquerait la plupart

27. *Ibid.*

28. Jean Beetz, « Allocution prononcée par Monsieur Jean Beetz lors de sa présentation à l'Académie des sciences humaines de la Société royale du Canada par Monsieur Roger Comtois le vendredi, 5 novembre 1976 » dans *Mélanges Jean Beetz*, *supra* note 22, 36 à la p 42.

29. Beetz, « Les attitudes changeantes du Québec », *supra* note 4 à la p 121.

30. *Ibid* à la p 121.

31. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 6.

32. Beetz, « Les attitudes changeantes du Québec », *supra* note 4 à la p 132.

du temps « une nouvelle concession au palier central », « une nouvelle centralisation »³³. Ainsi, le juriste québécois aura raison de se montrer méfiant à l'endroit de l'argument, selon lequel « la compétence législative doit être à la mesure du problème à résoudre », étant donné que c'est une façon de concentrer les pouvoirs au palier central, puisqu'il est indéniable que les problèmes à résoudre vont être de plus en plus complexes, intenses et étendus dans leurs ramifications. Cet argument est en fait une invitation à modifier le partage des compétences pour des raisons politiques et fonctionnelles, ce que le juge Beetz rejette.

Finalement, une vision assez négative du fédéralisme prend forme. Selon Beetz, le fédéralisme peut être défini comme « l'absence de droit » ou encore « le vide politique »³⁴. Encapsulé dans la Constitution canadienne, ce fédéralisme ne permet pas de façon suffisamment nette de « trancher, oui ou non », la question de la compétence, ce que semble regretter le juge Beetz. Celui-ci reconnaît les limites de l'épistémologie territorialiste, mais plutôt que de chercher une solution accessoire (on a vu sa méfiance envers l'intégration des compétences), il prédit une défaite, à long terme, des entités provinciales dans la joute fédérale, défaite qui se traduira par une douleur qui « deviendra de plus en plus cuisante ». Aucune solution n'est à anticiper du côté du fédéralisme dit « coopératif », puisque, selon le juge Beetz, celui-ci constitue « du fédéralisme tempéré par un début d'intégration. C'est l'admission implicite des lacunes du fédéralisme »³⁵.

Pour le juge Beetz, donc, la Constitution canadienne consacre ni plus ni moins « la faillite de la règle de droit »³⁶. Même si elle donne vie au principe du fédéralisme dans ses articles 91 et suivants, la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁷ contient le germe même de l'atténuation, voire de la suppression du principe fédéral³⁸. À terme, le juge Beetz prédit même que l'assimilation du Québec pourrait résulter de l'inéluctable centralisation propre au fédéralisme canadien³⁹.

33. *Ibid* à la p 137.

34. *Ibid* à la p 136.

35. *Ibid* à la p 137.

36. *Ibid*.

37. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 6.

38. Beetz, « Les attitudes changeantes du Québec », *supra* note 4.

39. *Ibid* à la p 138.

Certains juristes québécois sont aujourd'hui, comme le juge Beetz l'était, dubitatifs à l'endroit du fédéralisme coopératif⁴⁰; d'autres adhèrent à une vision « légaliste » du partage des compétences et vont même jusqu'à véhiculer un « fétichisme » de l'écrit⁴¹. C'est sans doute que l'écrit, ce bouclier, protège la sphère d'autonomie provinciale contre les modifications plus aléatoires, fondées sur des considérations d'efficacité et de fonctionnalité.

3. La recherche d'un fondement factuel

Le processus de qualification d'une loi et son rattachement sont donc, pour le juge Beetz, des occasions de concevoir une approche axée sur le respect de l'étanchéité du partage des compétences dans le but de sauvegarder l'autonomie provinciale. Dans ce contexte, les considérations d'efficacité ou d'utilité d'une politique législative s'effacent derrière l'étude des objets et des effets de la loi attaquée. Nulle part ailleurs que dans sa dissidence dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*⁴² cette attitude n'a-t-elle été aussi fidèlement suivie. On se souviendra que, dans cette affaire, le juge Beetz avait établi le caractère véritable de la *Loi anti-inflation*⁴³ comme se rapportant non pas à l'inflation, qui ne fut que l'occasion de la Loi, mais à la réglementation des salaires, des prix et des marges bénéficiaires, laquelle est de compétence provinciale clairement établie. De même, le juge refuse de qualifier le caractère véritable de la Loi comme étant « l'endigement et la réduction de l'inflation », ou encore de considérer que cette Loi porte sur une « nouvelle matière »: elle constitue plutôt, selon lui, un « agrégat de sujets divers dont certains représentent une partie importante de la compétence provinciale »⁴⁴.

Mais il y a plus: c'est dans le *Renvoi: Loi anti-inflation* que le juge Beetz avait exigé des preuves solides pour appuyer la prétention

40. Voir, entre autres, Eugénie Brouillet, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada: quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs » (2010) 3 R Qc Dr constitutionnel 1 à la p 8.

41. Voir, sur ce phénomène, les explications de Jean-François Gaudreault-DesBiens, « The Fetishism of Formal Law and the Fate of Constitutional Patriotism in Communities of Comfort: A Canadian Perspective » dans John Erik Fossum, Johanne Poirier et Paul Magnette, dir, *Ties That Bind: Accommodating Diversity in Canada and the European Union*, Bruxelles, Peter Lang, 2009, 301.

42. *Renvoi: Loi anti-inflation*, supra note 21.

43. *Loi anti-inflation*, 1974-75-76 SC, c 75.

44. *Renvoi: Loi anti-inflation*, supra note 21 à la p 458.

selon laquelle le gouvernement canadien s'est fondé sur son pouvoir en matière d'urgence pour adopter la Loi contestée. En examinant les éléments de preuve soumis (entre autres, la déclaration de principe du ministre des Finances, les statistiques, une étude économique, le texte d'un discours du gouverneur de la Banque du Canada, le *Hansard* et les débats parlementaires), le juge Beetz conclut que le gouvernement fédéral ne s'est pas fondé sur son pouvoir en matière d'urgence pour adopter la Loi; ainsi, le juge ne se prononce pas sur l'existence d'une « base rationnelle » sur laquelle le Parlement se serait appuyé pour recourir à ce pouvoir exceptionnel⁴⁵. Le juge Beetz, dans sa dissidence, déclare plutôt que l'efficacité et la justesse de la Loi, dans la mesure où elle vise « vraiment une situation critique extraordinaire », ne sont pas du registre des tribunaux. D'un autre côté, « sa portée limitée peut révéler qu'elle ne revêt pas un caractère extraordinaire »⁴⁶, ce qui était le cas en l'espèce.

La recherche du fondement factuel amène alors le juge Beetz à affirmer qu'une loi, si elle est adoptée en situation d'urgence nationale, doit impérativement et explicitement renvoyer à celle-ci; que l'on ne peut, rétrospectivement, qualifier une loi, qui aurait été adoptée en se fondant sur une croyance erronée en la portée du pouvoir général résiduel, de loi portant sur une situation d'urgence; et que, en dernière analyse, même si le gouvernement avait l'intention subjective de se fonder sur son pouvoir en matière d'urgence, il faut tout de même qu'objectivement, celui-ci s'appuie sur une base factuelle solide.

B. L'approche fonctionnelle selon Bora Laskin

Bora Laskin écrivait, en 1955, que la caractérisation d'une loi aux fins de l'interprétation constitutionnelle (*qualification*) est « a choice depending on court's view of the purpose of the legislation and the ambit of various heads of powers »⁴⁷. Laskin considère que l'impact économique, social et politique d'une politique législative codétermine cette analyse constitutionnelle⁴⁸ et il n'hésite pas à donner à ces considérations une place prépondérante. Pour lui, énoncer, comme la Cour

45. *Ibid* aux pp 470–72.

46. *Ibid* à la p 468.

47. Laskin, « What's the "Matter"?, *supra* note 12 à la p 121.

48. Denise Réaume, « The Judicial Philosophy of Bora Laskin » (1985) 35:4 UTLJ 438 à la p 446.

suprême le fait systématiquement, que les tribunaux ne doivent pas se prononcer sur la sagesse ou l'opportunité d'une loi constituée « *a token bow* », puisque le droit ne peut être véritablement dissocié des considérations sociales, économiques et politiques⁴⁹.

On reconnaît ici les fondements de l'approche fonctionnelle et le rejet du formalisme, propres à l'école de la *sociological jurisprudence*. Comme le souligne Denise Réaume, cette approche, à laquelle a été associé le juge Laskin, se caractérise par une méfiance envers les principes universels desquels on déduit une conclusion juridique, et par la croyance selon laquelle « les décisions judiciaires sont une question de choix basée sur la fonction sociale du droit »⁵⁰ [notre traduction]. Cette école, dont font partie, aux États-Unis, Wendell Holmes, Roscoe Pound, Benjamin N Cardozo et Felix Frankfurter, a été une source d'inspiration pour Bora Laskin. La méthodologie de ce dernier, dans l'interprétation constitutionnelle, reconnaît l'importance des faits sociaux, lesquels permettent d'illustrer les problèmes « du vrai monde »⁵¹ [notre traduction]. Selon Laskin, en somme, l'impact d'une politique législative sur la condition économique, sociale ou politique détermine sa validité, laquelle ne procède donc pas d'une analyse conceptuelle ou exégétique⁵².

La détermination de la validité d'une loi et le processus de qualification ne se résument alors pas à répondre simplement oui ou non à la question de savoir si le Parlement fédéral ou une législature provinciale détient le pouvoir législatif à l'étude. Au contraire, la réponse à cette question dépend de « jugements professionnels » découlant de la conception qu'un juge peut avoir du fédéralisme⁵³, laquelle est basée sur des considérations sociales et économiques. On est loin de

49. Laskin, « What's the "Matter"?, » *supra* note 12 à la p 119. Il est intéressant de noter que dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, *supra* note 21, le juge Laskin fait exactement ce qu'il abhorre, en soulignant que « la sagesse, l'opportunité ou les chances de succès d'une politique exprimée dans une loi ne sont pas sujets à examen judiciaire » (aux pp 424–25). Laskin répondait ici à l'argument dérivé des conclusions d'une étude selon laquelle la *Loi anti-inflation*, *supra* note 43, ne parviendrait pas à réaliser l'objectif de réduction de l'inflation.

50. Réaume, *supra* note 48 aux pp 440–41.

51. *Ibid* à la p 445. Voir aussi Monahan, *supra* note 26.

52. Par le fait même, Laskin s'oppose à ce que l'équilibre établi par le partage des compétences soit figé dans le temps : voir Bora Laskin, « Reflections on the Canadian Constitution » [1967] R du B can 395 à la p 395 [Laskin, « Reflections »].

53. Laskin, « What's the "Matter"?, » *supra* note 12 à la p 123.

l'établissement d'un contenu ontologique distinct, de la détermination objective de la finalité législative d'une compétence donnée⁵⁴.

1. La recherche de l'efficacité législative

L'approche fonctionnelle illustrée plus tôt permet d'expliquer pourquoi le juge Laskin rejette l'approche dualiste classique et embrasse plutôt la doctrine de l'aspect, reconnaissant par le fait même que certains sujets peuvent être régis à la fois par les paliers fédéraux et provinciaux, même si ces sujets ne sont pas dérivés de compétences concurrentes reconnues par la Constitution.

Qui plus est, sa conception de l'interprétation constitutionnelle rejette l'attribution, et la reconnaissance par voie de précédents, d'un contenu statique à une compétence donnée. Cette approche est évolutive, dans le sens que des problèmes qui, auparavant, étaient caractérisés par leurs aspects locaux peuvent devenir, avec le temps, d'envergure et d'intérêt nationaux, rendant ainsi le palier fédéral plus apte à mettre en œuvre la législation nécessaire. Les opinions majoritaires et dissidentes du juge en matière de compétence fédérale sur les échanges et le commerce témoignent de ce souci de la quête de l'efficacité législative⁵⁵.

Si l'on regarde de plus près les jugements de Laskin en matière d'échanges et de commerce, on s'aperçoit que celui-ci a, de façon générale, adopté une approche fonctionnelle plutôt que territoriale, préférant éviter de « diviser les aspects nationaux et locaux de chaque aspect de la réglementation du commerce »⁵⁶ [notre traduction]. Par exemple, en examinant une décision rendue en 1925⁵⁷, le juge se

54. Voir, sur la distinction entre l'approche analytique et l'approche matérielle dans la détermination du contenu des « finalités législatives », 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) 24 RJT 661.

55. Voir, entre autres, *Multiple Access Ltd c McCutcheon*, [1982] 2 RCS 161 à la p 180, 1982 CanLII 55 (CSC) [*Multiple Access*], où le juge Laskin estime que la disposition législative fédérale sur les opérations de dirigeants relève du pouvoir fédéral de *constituer* une compagnie à charte fédérale. Il dit ceci : « Il est vrai que le filet déployé par l'art 100.4 de la *Loi sur les corporations canadiennes* [SRC 1970, c C-32.] est large, mais il doit l'être pour être efficace ». Voir la revue des opinions du juge Laskin, en matière de partage des compétences, dans Philip Girard, *Bora Laskin: Bringing Law to Life*, Toronto, University of Toronto Press, 2005 aux pp 463–68.

56. Swinton, *supra* note 23 à la p 226.

57. *The King v Eastern Terminal Elevator Co*, [1925] RCS 434, 1925 CanLII 82 (CSC).

montre très critique envers l'«*economic provincialism in which the physical side of regulation of trade govern(s) the functional side*»⁵⁸.

Or, l'efficacité législative et l'uniformité que celle-ci peut exiger⁵⁹ ne permettent pas à Bora Laskin de reconnaître d'autres valeurs, incluant la diversité régionale et la complexité de la mosaïque formée par les provinces et le gouvernement central. Selon Réaume, le juge Laskin tient pour acquis que la société canadienne est en réalité une communauté unie et homogène, «*with a same set of ends for all*»⁶⁰, lorsqu'il avance que le rôle du droit, c'est de servir les fins qui expriment l'essence de la société canadienne. Selon Réaume, Laskin «*denies [...] [the possibility of various] groups [with] each [...], [its own] self-interest*»⁶¹. Il présume un certain consensus social, sans s'interroger sur les multiples besoins et particularités qu'une union fédérale peut créer. En bref, la vision fédérale de Laskin ne reconnaît qu'une seule grande nation canadienne⁶² et évince les considérations locales au profit d'un marché canadien uni, solide, efficace et compétitif⁶³. Cette observation s'appuie sur le fait que, selon le juge Laskin, l'une des façons de contrôler la discrétion judiciaire est de s'assurer que le juge est toujours à la recherche d'un consensus social, de ce que Réaume qualifie de «*shared moral values among the community*»⁶⁴.

Comme on le verra maintenant, le juge Laskin reconnaît d'ailleurs aux tribunaux un rôle actif, en tant qu'«agents d'ajustement» de l'équilibre

58. Laskin, «What's the "Matter"?, *supra* note 12 à la p 119.

59. Albert Breton et Anthony Scott dans *The Economic Constitution of Federal States*, Toronto, University of Toronto Press, 1978 aux pp 5–6, décrivent les justifications classiques du système fédéral sur le plan économique; l'une d'entre elles consiste en la capacité de générer des économies d'échelle en conférant au palier central le pouvoir de réglementer les biens qui sont consommés à travers le pays, quoique à des degrés différents. Voir aussi Jean Leclair, «The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity» (2003) 28 *Queen's LJ* 411.

60. Réaume, *supra* note 48 aux pp 461–62.

61. *Ibid* à la p 462. Réaume fait ici le lien entre la critique de Llewellyn sur l'absence d'une société unique et l'inévitable «*clashing of interests*».

62. La thèse des «deux nations fondatrices» n'est pas entièrement rejetée, mais elle est vidée de tout contenu: Laskin, «Reflections», *supra* note 52 aux pp 399–400. La nation québécoise n'est pas une entité politique rivale de la nation canadienne. En cela, on peut dire que, si le juge Laskin rejette l'épistémologie territoriale, en même temps, il en promeut un aspect fondamental, soit celui du nationalisme méthodologique et territorial.

63. Philip Girard, *supra* note 55, écrit d'ailleurs à la p 217 que «*[f]or Laskin, only the federal government had the resources, the vision, and the power to implement a modernist agenda for Canada, to get beyond local prejudices and local magnates*».

64. Réaume, *supra* note 48.

délicat du partage des compétences, lequel est appelé à être régulièrement modifié dans une société qui n'est pas figée dans le temps⁶⁵.

2. Une vision optimiste du fédéralisme coopératif

Dans un texte qu'il publie en 1967, Laskin laisse entendre que le fédéralisme coopératif (ce qu'il nomme le fédéralisme politique) est inévitable, compte tenu du fait que le partage des compétences octroie, entre autres, de vastes pouvoirs de taxation au palier fédéral, alors que les provinces sont responsables de la majorité des services sociaux (on pense à la santé et à l'éducation) et de la réglementation économique⁶⁶. Les programmes interprovinciaux et intergouvernementaux, créés par un processus reposant sur l'interdélégation, permettent de rectifier ce déséquilibre. Cependant, selon Laskin, cette coopération ne doit pas laisser croire à l'immuabilité du partage établi aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶⁷, partage qui doit demeurer assujéti aux « ajustements » occasionnels de la Cour suprême du Canada⁶⁸. Autrement dit, le besoin de coopérer peut être le point de départ d'une rectification, judiciaire, de la ligne de démarcation entre les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶⁹.

Si Laskin est assez favorable au fédéralisme dit coopératif, il ne va pas jusqu'à attribuer à celui-ci le pouvoir d'écarter une compétence fédérale exclusive. Ainsi, dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, le juge considère la coopération souhaitable, mais l'absence de celle-ci ne peut en aucun cas rendre vulnérable une initiative fédérale par ailleurs valide. En d'autres termes, « le fédéralisme coopératif peut résulter d'une absence de pouvoir législatif fédéral, mais il ne peut être invoqué pour le contester »⁷⁰.

3. Un fondement factuel minimal

L'appui de Bora Laskin à l'école réaliste l'amène naturellement à accepter la preuve empirique afin d'étoffer ce qu'il nomme le

65. Laskin, « Reflections », *supra* note 52 à la p 398.

66. *Ibid.*

67. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 6, arts 91–92.

68. Laskin, « Reflections », *supra* note 52 à la p 398.

69. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 6, arts 91–92.

70. *Renvoi: Loi anti-inflation*, *supra* note 21 à la p 421.

« fondement rationnel »⁷¹ d'une loi. Cela dit, dans son opinion majoritaire dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, le juge a, au soutien de la compétence fédérale, exigé une preuve empirique relativement faible : seul un fondement rationnel minimal suffit afin d'asseoir la compétence fédérale. Ce fondement a en fait servi à vérifier si le Parlement « a [...] agi rationnellement en considérant la *Loi [anti-inflation]* comme une mesure, qui, selon lui, s'avérait temporairement nécessaire pour faire face à une situation de crise économique »⁷² [notre souligné]. Ainsi, le « fondement » qu'il recherche est celui de la croyance raisonnable du Parlement que la mesure législative est temporairement nécessaire, et non la démonstration que la situation au Canada à l'époque en était une d'urgence réelle.

En bref, laisser une grande place à l'effectivité de la loi, à l'évolution des précédents, à la discrétion et même à l'intuition du juge, toujours chargé d'ajuster le partage des compétences, caractérise la vision du fonctionnalisme du juge Laskin; même si les forces de cette vision ne sont pas que centrifuges⁷³, elles le sont la plupart du temps.

II. LE FÉDÉRALISME COOPÉRATIF AU CANADA

A. Un portrait

Le fédéralisme coopératif, tel qu'on l'entend aujourd'hui, correspond-il à la vision pessimiste entretenue par le juge Beetz ou s'inscrit-il plutôt dans la foulée des effets anticipés par le juge Laskin? Comme nous le verrons dans cette section, les lentilles avec lesquelles la Cour suprême du Canada perçoit le fédéralisme coopératif sont à la fois territoriales et fonctionnelles.

Dans le Renvoi de 2011⁷⁴, la Cour retrace l'évolution du fédéralisme en général et du fédéralisme coopératif, en particulier, et en décrit trois étapes chronologiques. Cette description constitue donc notre point de départ.

71. *Ibid* à la p 375.

72. *Ibid*.

73. Voir, par exemple, son opinion dans *Vapor*, *supra* note 14 aux pp 164–67.

74. Renvoi de 2011, *supra* note 1.

Selon la Cour, le Conseil privé aurait conceptualisé, jusqu'en 1949, les compétences comme des « compartiments étanches »⁷⁵, favorisant une vision dualiste du partage de celles-ci et privilégiant leur exclusivité⁷⁶. Puis, après l'abolition des appels au Conseil privé, la Cour suprême, devenue tribunal de dernière instance, aurait, pour sa part, privilégié une vision « plus souple »⁷⁷ du partage, en permettant certains chevauchements. La Cour donne quelques exemples, tel l'arrêt *PEI Potato Marketing Board v Willis*⁷⁸ sur lequel nous reviendrons plus loin. Finalement, toujours selon la Cour, dans les dernières années, elle aurait dissipé tous les doutes subsistant en avalisant des régimes coopératifs et en rejetant « l'approche formaliste rigide pour favoriser les efforts d'accommodement et de coopération entre les gouvernements »⁷⁹. La Cour cite l'affaire *Fédération des producteurs de volailles du Québec c Pelland* dans laquelle la « créativité constitutionnelle et la souplesse coopérative du fédéralisme canadien »⁸⁰ ont été louées.

Ainsi, le fédéralisme coopératif, par ce portrait teinté de souplesse et d'antiformalisme, semble se réclamer de l'analyse fonctionnelle. Toutefois, c'est non seulement un portrait partiel, mais un trompe-l'œil. En effet, malgré ce qu'il peut sembler de la description mentionnée ci-dessus, le fédéralisme coopératif n'est pas du tout une tendance nouvelle au Canada, et ce, même s'il bénéficie d'une grande popularité doctrinale récente⁸¹. Selon certains, le fédéralisme coopératif remonterait aussi

75. *Ibid* au para 56. Outre l'interprétation des articles 91(2) et 92(13), dont j'ai traité dans la partie I A, ajoutons l'arrêt *Attorney-General for Canada c Attorney General for Ontario*, [1937] AC 326 (UK PC) (affaire des conventions de travail), où la thèse des compartiments étanches avait été élaborée afin d'empêcher que le gouvernement fédéral n'empiète sur les compétences provinciales par le truchement de son *jus tractatus*. Ainsi, les traités internationaux, dont la matière relève des compétences provinciales, doivent être mis en œuvre, par voie législative, par les législatures provinciales.

76. Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 54. Comme nous l'avons vu plus haut, c'est surtout au profit d'une interprétation restrictive des compétences fédérales que cette théorie des compartiments étanches s'est déployée.

77. *Ibid* au para 57.

78. *PEI Potato Marketing Board v Willis*, [1952] 2 RCS 392, 1952 CanLII 26 (CSC) [*Willis*].

79. Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 58.

80. *Fédération des producteurs de volailles du Québec c Pelland*, 2005 CSC 20 au para 15, [2005] 1 RCS 292 [*Pelland*].

81. Voir, entre autres, Johanne Poirier, « Souveraineté parlementaire et armes à feu : le fédéralisme coopératif dans la ligne de mire? » (2015) 45 RDUS 47 [Poirier, « Souveraineté parlementaire »]; Ian Peach, « The Supreme Court of Canada Long-Gun Registry Decision: The Constitutional Question Behind an Intergovernmental Failure » (2015) 24:1 Forum constitutionnel 1; Eugénie Brouillet, « Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box? » (2011) 54 SCLR 601; Bruce Ryder, « Equal Autonomy in Canada's Federalism: The Continuing Search for

loin qu'à l'élaboration de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸². Le Conseil privé n'était pas du tout opposé à ce type de fédéralisme. D'ailleurs, en 1952, quand la Cour suprême a avalisé le régime intégré de commercialisation de la pomme de terre⁸³ et confirmé la constitutionnalité de la délégation oblique entre le législateur fédéral et l'office provincial, le juge en chef Rinfret a souligné qu'en procédant ainsi, le Parlement :

*was following the advice of the Judicial Committee in the several judgments which it rendered on similar Acts and, more particularly, on the Reference concerning the Natural Products Marketing Act, adopted by Parliament in 1934 (S of C 24 and 25 George V, c 57) (1937), that the proper way to carry out legislation of that character in Canada, in view of the distribution of legislative powers under the British North America Act, was for Parliament and the Legislatures to act by co-operation*⁸⁴.

C'est également en se référant aux motifs du vicomte Haldane, dans une affaire datant de 1914, que les juges majoritaires dans *Multiple Access* ont reconnu que la ligne de démarcation n'est pas tellement étanche : « le langage [des arts 91 et 92] et des divers paragraphes qu'ils comportent ne peut évidemment être interprété comme conçu de manière à tracer les contours précis d'un système logique parfait (*John Deere Plow Co v Wharton*, précité, à la p 338, motifs du vicomte Haldane) »⁸⁵, ce qui signifie qu'une loi peut relever de plus d'un des

Balance in the Interpretation of the Division of Powers» (2011) 54 SCLR 565; Wade K Wright, «Facilitating Intergovernmental Dialogue: Judicial Review of the Division of Powers in the Supreme Court of Canada» (2010) 51 SCLR 625; Marie-France Chartier et Peter Oliver, «La juge Charron et le fédéralisme coopératif» dans Graham Mayeda et Peter Oliver, dir, *Principles and Pragmatism. Essays in the Honour of Louise Charron*, Markham, LexisNexis Canada, 2014, 189; Hugo Cyr, «Autonomy, Subsidiarity, Solidarity: Foundations of Cooperative Federalism» (2014) 23:4 Forum constitutionnel 20; Paul Daly, «L'abolition du registre des armes d'épaule: le rôle potentiel des principes non écrits» (2014) 23:4 Forum constitutionnel 41; Jean-François Gaudreault-DesBiens, «Cooperative Federalism in Search of a Normative Justification: Considering the Principle of Federal Loyalty» (2014) 23:4 Forum constitutionnel 1.

82. *R c Wetmore*, [1983] 2 RCS 284 à la p 307, juge Dickson, 1983 CanLII 29 (CSC) : «L'équilibre atteint entre les paragraphes 91(27) et 92(14) de la Loi constitutionnelle est une manifestation de la confiance que les rédacteurs de la Constitution ont placée dans le fédéralisme coopératif comme moyen de résoudre une question qui est à la fois de dimension nationale et d'intérêt local»; *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 6.

83. *Willis*, supra note 78.

84. *Ibid* aux pp 396–97.

85. *Multiple Access*, supra note 55 à la p 180. Voir aussi l'affaire *Re Board of Commerce Act, 1919*, supra note 10, où le vicomte Haldane adopte la thèse du fédéralisme coopératif.

chefs de compétence établis aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁶.

Il y a donc longtemps que le glas a sonné pour la doctrine des compartiments étanches, et l'on annonçait déjà (en 1958!) la montée du fédéralisme coopératif, ce « nouveau » paradigme de l'exercice du partage des compétences dans la Constitution canadienne⁸⁷.

Par ailleurs, pour être complet, le portrait doit rendre justice au fait que, malgré la souplesse qu'il semble insuffler au partage des compétences, le fédéralisme coopératif ne peut pas déplacer la frontière constitutionnelle qui sépare les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁸. Ce *caveat* est important, car il fait directement écho aux appréhensions du juge Beetz et oppose une fin de non-recevoir au rôle « d'ajustement », anticipé par le juge Laskin⁸⁹. Nous nous permettons de reproduire intégralement la formulation de cette mise en garde, par une Cour unanime, dans le Renvoi de 2011 :

Bien que les principes de flexibilité et de coopération soient importants pour le bon fonctionnement d'un État fédéral, ils ne peuvent l'emporter sur le partage des compétences ou le modifier. Le *Renvoi relatif à la sécession* a confirmé que le fédéralisme est un principe constitutionnel sous-jacent qui exige le respect du partage constitutionnel des compétences et le maintien d'un équilibre constitutionnel entre les pouvoirs du fédéral et ceux des provinces⁹⁰.

En somme, même si la Cour préconise un fédéralisme coopératif et souple, les frontières constitutionnelles qui sous-tendent le partage des compétences doivent être respectées. 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 canadien⁹¹.

Bref, la coopération n'est pas une fin en soi, mais un instrument au service d'une meilleure coordination des entités fédérées. On se

86. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 6, arts 91–92.

87. James Alexander Corry, *Evolving Canadian Federalism*, Durham, NC, Duke University Press, 1958 à la p 96 (cité dans *Multiple Access*, *supra* note 55 à la p 191).

88. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 6, arts 91–92.

89. Voir la partie I A) et B), *supra*.

90. Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 61.

91. *Ibid* au para 62.

souviendra, en effet, que la définition classique du fédéralisme suppose un partage des compétences entre deux entités *coordonnées, mais non subordonnées*⁹². La coopération est alors vue comme favorisant un exercice harmonieux des compétences *respectives* de chaque ordre législatif, une façon de s'assurer que chaque ordre législatif s'acquitte adéquatement « de ses responsabilités envers le public, et ce, de façon coordonnée »⁹³ [nos italiques].

Le lecteur avisé pourra se demander ce qu'il reste du fédéralisme coopératif si ce dernier ne peut déplacer la frontière du partage des compétences et s'il ne fait qu'augmenter le degré d'harmonie dans l'exercice des compétences *respectives* de chacun. Afin de répondre à cette question, il est utile d'esquisser les deux grandes fonctions que le fédéralisme coopératif remplit dans la jurisprudence constitutionnelle canadienne, lesquelles démontrent que son rôle n'est pas purement accessoire. C'est, dans un premier temps (A), un principe constitutionnel permettant aux juges d'assouplir les doctrines classiques du fédéralisme canadien, comme celles de l'immunité interjuridictionnelle et de la prépondérance fédérale, et d'interpréter de manière large les doctrines modernes du fédéralisme canadien, comme celles du caractère véritable, du double aspect et des pouvoirs accessoires. Cet usage, purement judiciaire, ne repose pas sur la présence d'une coopération intergouvernementale ou interparlementaire, même si celle-ci semble être souhaitée par les tribunaux. C'est un fédéralisme coopératif judiciaire, axé sur un *potentiel* de coopération future. Et c'est, dans un deuxième temps (B), un outil qui justifie la retenue judiciaire en présence d'un accord intergouvernemental ou d'un partenariat, envisageant l'exercice des compétences législatives de manière intégrée, et qui prend acte de la présence d'une réelle coopération gouvernementale. Il s'agit d'un fédéralisme coopératif exécutif, reposant sur une coopération *actualisée*.

B. Le fédéralisme coopératif judiciaire : une coopération *potentielle*

Le fédéralisme suppose une branche judiciaire impartiale, capable de trancher les litiges entre l'entité centrale et les entités fédérées. Une

92. Kenneth Clinton Wheare, *Federal Government*, 4^e éd, Londres, New York et Toronto, Oxford University Press, 1963 à la p 10.

93. Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 9.

grande part de ce travail consiste, pour l'interprète du droit constitutionnel canadien, à établir le caractère véritable d'une loi, à en assurer le rattachement à un champ de compétence valide; en cas de validité de la loi, l'interprète examine aussi la question de son applicabilité (doctrine des immunités interjuridictionnelles) et celle de son opérabilité, en cas de conflit avec une autre loi valide (doctrine de la prépondérance). En cas d'invalidité, le juge vérifie si l'article, *a priori* invalide, peut néanmoins être sauvegardé en raison de son rattachement nécessaire ou rationnel à un régime législatif qui est, lui, valide (doctrine des pouvoirs accessoires). Bref, l'interprète judiciaire aura, tôt ou tard, à appliquer l'une ou l'autre de ces doctrines dans la réponse qu'il donnera à une question portant soit sur la validité, soit sur l'applicabilité, ou encore sur l'opérabilité d'une loi, et l'outil pour assouplir les effets restrictifs des doctrines interprétatives est le fédéralisme coopératif. Celles-ci, une fois assouplies, permettent d'envisager avec moins d'étanchéité la ligne de démarcation entre les compétences fédérales et provinciales. C'est donc « par les chevauchements de compétences qu'il accepte en vertu de l'application [de ces doctrines interprétatives] que le fédéralisme coopératif sait répondre [aux] besoins [d'une société de plus en plus complexe] et, en ce sens, permet de réaliser les buts du fédéralisme »⁹⁴. On voit le fédéralisme coopératif à l'œuvre dans les quatre doctrines suivantes.

1. La doctrine du caractère véritable

On a vu plus haut que la conception moderne du fédéralisme, selon la Cour suprême du Canada, repose sur la reconnaissance de chevauchements législatifs. Dans *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, la Cour suprême déclare que « [l]a nature souple de l'analyse du caractère véritable la rend parfaitement adaptée aux conceptions modernes du fédéralisme canadien qui ressortent de notre jurisprudence en matière constitutionnelle »⁹⁵.

Cette souplesse vient, entre autres, de l'application de la théorie du double aspect, qui « assure le respect des politiques mises en œuvre

94. *Québec (PG) c Canada (PG)* (abolition du registre des armes d'épaule), 2015 CSC 14 au para 148, [2015] 1 RCS 693 (juge LeBel, dissident) [*Qc (PG) c Can (PG)* (abolition du registre des armes d'épaule)].

95. *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22 au para 31, [2007] 2 RCS 3 [*Banque canadienne de l'Ouest*].

par les législateurs élus des deux ordres de gouvernement»⁹⁶. Ainsi, en cas de doute, la Cour favorisera une interprétation reconnaissant la validité constitutionnelle d'une loi contestée, soit sur le fondement du double aspect⁹⁷, soit sur celui des effets accessoires⁹⁸, et évitera de prononcer l'inconstitutionnalité de la loi, sauf « lorsqu'il est plus juste d'affirmer qu'elle porte sur une matière qui échappe à la compétence de cette législature »⁹⁹.

À la jurisprudence portant sur le double aspect ou sur l'empiètement, laquelle ne renvoie, en fait, qu'assez rarement au fédéralisme coopératif, on peut ajouter le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*¹⁰⁰, qui donne un exemple un peu plus direct, mais quand même hypothétique, du rôle que pourrait jouer le fédéralisme coopératif, au moment de l'analyse du caractère véritable. D'emblée, je précise que l'argument proposé, fondé sur le fédéralisme coopératif, n'a pas été retenu par la majorité des juges.

Dans cette affaire, aucune coopération n'était à l'œuvre ni sur le plan législatif¹⁰¹ ni sur le plan exécutif. La contestation de la *Loi sur la procréation assistée*¹⁰² portait, entre autres, sur l'article 10 de celle-ci, lequel régit les traitements pour l'infertilité et le recours à la procréation assistée. Pour la juge McLachlin, à l'opinion de laquelle souscrivent trois juges, le caractère véritable de l'article 10 se rattache à la compétence fédérale en droit criminel et il est donc, *a priori*, valide. Selon cette opinion, l'article 10 de la Loi doit être interprété à la lumière de l'article 68 de la même Loi qui, lui, favorise la coopération, en établissant une législation dite pragmatique¹⁰³. Les quatre juges encouragent

96. *Ibid* au para 30.

97. Par exemple, *Law society of British Columbia c Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 RCS 113.

98. Par exemple, *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 RCS 698.

99. *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 95 au para 26.

100. *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 RCS 457 [*Renvoi Loi procréation assistée*].

101. La Commission Baird, qui a précédé l'adoption de la Loi, avait quand même adressé certaines de ses recommandations aux provinces: Guy Tremblay, « La compétence fédérale et le projet de loi sur la procréation assistée » (2003) 44:3 C de D 519 à la p 535. Tremblay relate qu'un autre rapport, déposé avant l'adoption de la Loi, proposait d'inclure une disposition de législation par équivalence et plaidait en faveur d'un fédéralisme coopératif (*ibid* à la p 526).

102. *Loi sur la procréation assistée*, LC 2004, c 2.

103. *Renvoi Loi procréation assistée*, *supra* note 100 au para 152:

L'article 68 de la Loi permet au gouverneur en conseil de déclarer certaines dispositions de la Loi inapplicables dans une province dotée de dispositions équivalentes, moyennant

donc ce type de législation, même si, en l'espèce, cela revient à qualifier de disposition portant sur le droit criminel l'article 10 de la Loi proposée, qui régleme surtout les procédures médicales, telles l'insémination artificielle et la fécondation *in vitro*.

Au fond, le recours à ce type de disposition présuppose que, si les provinces disposent déjà d'un cadre législatif équivalent (et, on s'en doute, convenable), la loi fédérale ne leur sera pas applicable. Ce recours « à un cadre souple adapté au fédéralisme moderne »¹⁰⁴ aurait donc pu permettre au palier fédéral de légiférer sur les traitements médicaux relatifs à la procréation assistée au détriment de la compétence provinciale en matière de santé, si le juge Cromwell avait donné raison à l'opinion de la juge McLachlin. C'est, croyons-nous, à bon droit qu'il a plutôt estimé que l'article 10 de la Loi est *ultra vires* du législateur fédéral parce que son caractère véritable ne se rattache pas au droit criminel¹⁰⁵. Ainsi, l'article 68, qui ne prévoyait la législation qu'en cas d'absence de loi provinciale, n'a pas réussi à valider l'article 10 de la Loi proposée. On retiendra de cet arrêt que la législation par équivalence sera « encouragée »¹⁰⁶ par les tribunaux comme étant une preuve de fédéralisme coopératif, mais qu'elle ne doit pas contrevenir au partage des compétences.

2. La doctrine des immunités interjuridictionnelles

La doctrine des immunités interjuridictionnelles est l'emblème du fédéralisme dualiste, classique ou territorial. L'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* a effectué un profond revirement dans l'application de cette doctrine, en établissant qu'à l'avenir, celle-ci n'entrera en jeu que lorsqu'une loi (le plus souvent) provinciale entravera le cœur d'un

un accord avec la province. Le Parlement reconnaît que la procréation assistée est un domaine où les compétences se chevauchent. L'article 68 assure l'harmonisation et évite le double emploi lorsqu'une loi provinciale s'applique à une même matière. Il favorise la coopération entre le fédéral et les provinces à l'intérieur d'un cadre souple adapté au fédéralisme moderne, puisque, de nos jours, une même matière relève souvent d'autorités législatives concurrentes [nos soulignés].

104. *Ibid.*

105. Cette attitude tranche avec celle qui caractérise les juridictions allemande ou suisse qui jouissent d'un fédéralisme intégré ou exécutif, dans lequel « les entités fédérées sont en principe responsables de la mise en œuvre de leur propre législation et de la législation fédérale »: Johanne Poirier, « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales » [2008] RQC Dr constitutionnel 1 à la p 13 [Poirier, « Une source paradoxale »].

106. *Renvoi Loi procréation assistée*, *supra* note 100 au para 139.

champ de compétence (le plus souvent) fédéral, péremptoirement établi par la jurisprudence¹⁰⁷.

L'amenuisement jurisprudentiel de cette doctrine, qui entraîna la substitution de l'action d'*entraver un cœur* à celle d'*affecter un cœur*, et le rejet de la reconnaissance de nouveaux « cœurs » de compétence fédérale, est retracé dans l'excellent texte de Robin Elliot¹⁰⁸. Ainsi, selon le nouveau cadre analytique proposé par la Cour suprême, il ne sera nécessaire de procéder à l'analyse de la question de l'immunité interjuridictionnelle que si l'on n'est pas en présence d'une compétence fédérale dont le « cœur » aura été reconnu préalablement par la jurisprudence. Dans ces cas, l'interprète passe directement à la question de la prépondérance fédérale, sans s'interroger sur celle de l'applicabilité de la loi provinciale.

En quoi l'amenuisement de cette doctrine est-il lié au fédéralisme coopératif? Dans *Québec (PG) c Lacombe*¹⁰⁹, la juge Deschamps, dissidente, signale que ce rétrécissement de la doctrine de l'exclusivité des compétences est causé à la fois par la nécessité de reconnaître le fédéralisme coopératif, mais aussi de corriger l'asymétrie que la reconnaissance judiciaire de cette doctrine, presque exclusivement en faveur de l'autorité centrale, a entraînée. Pourtant, aucune coopération intergouvernementale ou interparlementaire n'a été rapportée dans ce litige opposant les banques au gouvernement. Il est donc possible de déduire qu'en refusant de déclarer la loi provinciale inapplicable aux banques, la Cour incite à une coopération future, quasi obligée, entre les législatures et le Parlement, afin d'éviter les dissonances législatives¹¹⁰.

3. La doctrine de la prépondérance fédérale

La prépondérance entre en jeu lorsque deux lois valides, l'une provinciale, l'autre fédérale, s'appliquent à un même acteur et que celui-ci se trouve dans l'impossibilité de se conformer aux deux lois en même temps, soit en raison d'un conflit d'observance, soit en raison d'un

107. *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 95 aux para 77–78. Voir aussi, sur l'application asymétrique de la doctrine, le para 35.

108. Robin Elliot, « Interjurisdictional Immunity After *Canadian Western Bank* and *Lafarge Canada Inc*: The Supreme Court Muddies the Doctrinal Waters Again » (2008) 43 SCLR (2d) 433.

109. *Québec (PG) c Lacombe*, 2010 CSC 38 au para 110, [2010] 2 RCS 453 [*Lacombe*].

110. C'est, du moins, une hypothèse soulevée par Wright, *supra* note 81 au para 44.

conflit d'objectifs¹¹¹. L'interprétation restrictive de la doctrine de la prépondérance fédérale est le corollaire du chevauchement inévitable (et de l'empiètement inévitable) des compétences législatives et de la tendance à envisager de manière souple la doctrine du caractère véritable. Le rôle du fédéralisme coopératif est précisément d'élever le seuil du conflit d'observance ou d'objectifs entre les deux lois, en rendant plus onéreuse la détermination de la présence d'un tel conflit¹¹². Même si les raisons qui justifient cette réserve ne peuvent être associées qu'au fédéralisme coopératif, il est, à tout le moins, difficile de nier qu'un fédéralisme coopératif, doublé d'une doctrine de prépondérance agressive, mènerait à l'annihilation des pouvoirs provinciaux. C'est pour cela que la Cour suprême réitère, dans le Renvoi de 2011, une affirmation formulée dans *Banque canadienne de l'Ouest*, selon laquelle, dans l'application de cette doctrine, il est nécessaire de mettre en équilibre la diversité des expériences régionales, d'une part, et la nécessité de maintenir l'unité nationale, d'autre part¹¹³. On essaiera donc de favoriser, autant que possible, la cohabitation de deux régimes législatifs parallèles, pour autant que l'un ne dise pas oui et l'autre, non.

Des arrêts récents de la Cour suprême du Canada en matière de faillite et d'insolvabilité¹¹⁴, entre autres, jettent un nouveau regard sur le rôle du fédéralisme coopératif dans l'interprétation judiciaire de la doctrine de prépondérance fédérale. En effet, selon la majorité dans *Saskatchewan (PG) c Lemare Lake Logging Ltd*, l'objectif de la loi fédérale, lorsqu'on analyse la proportionnalité, ne doit pas être interprété de manière large, mais bien restreinte, au nom du fédéralisme coopératif¹¹⁵. Pour la juge dissidente, cependant, à force d'interpréter l'objectif fédéral de façon tellement restrictive, afin d'éviter les conflits d'objectifs, on risque de dénaturer complètement le sens du test de prépondérance fédérale et de passer sous silence la présence de réels conflits¹¹⁶.

111. C'est, par exemple, un conflit d'objectifs qui justifie l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale dans *Québec (PG) c Canada (Ressources humaines et Développement social)*, [2011] 3 RCS 635, 2010 CanLII 20529 (CSC).

112. Voir, par exemple, *Multiple Access*, *supra* note 55 à la p 190.

113. Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 60, citant *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 95 au para 24.

114. *Saskatchewan (PG) c Lemare Lake Logging Ltd*, [2015] 3 RCS 419, 2014 CanLII 56693 (CSC) [*Lemare Lake*]; *407 ETR Concession Co c Canada (Surintendant des faillites)*, 2015 CSC 52, [2015] 3 RCS 397 et *Alberta (PG) c Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 RCS 327 [*Moloney*].

115. *Lemare Lake*, *supra* note 114 au para 23.

116. *Ibid* au para 78.

4. La doctrine des pouvoirs accessoires

L'arrêt concernant l'abolition du registre d'armes d'épaule nous offre une illustration claire de ce que le fédéralisme coopératif peut accomplir lorsqu'il est juxtaposé à la théorie des pouvoirs accessoires. Rappelons que la majorité de la Cour a conclu à la validité constitutionnelle de l'article 29 de la *Loi sur l'abolition du registre des armes d'épaule*¹¹⁷. Par contre, pour les juges dissidents, cet article est *a priori ultra vires* du Parlement puisqu'il se rattache principalement à la compétence provinciale relative à la propriété et aux droits civils, d'où l'application de la théorie des pouvoirs accessoires (qui nécessite une évaluation de l'étendue du débordement sur la compétence provinciale et du lien de rattachement au régime législatif valide). C'est, plus particulièrement, dans la mesure du débordement causé que le fédéralisme coopératif entre en jeu, lorsque les juges dissidents examinent l'impact, sur le Québec, de l'abolition du registre et du refus de transférer les données au Québec.

En effet, les juges dissidents remarquent que, dans le contexte d'un partenariat qui prend fin, le législateur peut, tout en mettant fin à un débordement causé par une disposition législative *a priori* invalide, mais intégrée à un régime législatif valide, causer un débordement encore plus grand que celui auquel on remédie¹¹⁸. Dans ce cas, le refus de communiquer les données au Québec cause à ce dernier un préjudice important, puisqu'il lui est pratiquement impossible de reconstituer la chaîne de propriété de plus d'un million d'armes d'épaule dont l'enregistrement cesse d'être obligatoire¹¹⁹. Le Québec, pendant plusieurs années, s'est fié au régime fédéral, tout en déployant des efforts pour faciliter l'application du programme fédéral sur les armes à feu dans la province¹²⁰. Le Québec, autrement dit, n'a pas jugé nécessaire d'établir son propre registre, puisque le registre fédéral lui permettait d'accéder aux données relatives à la délivrance de permis au sein du même régime et d'intégrer celles-ci. Le débordement étant substantiel, il doit y avoir un lien de nécessité entre l'article invalide et le régime législatif valide. Or, en l'espèce, le critère de nécessité n'est pas rempli. La destruction des données, sans transfert préalable au Québec, n'est pas, selon les juges dissidents, nécessaire à l'efficacité de la Loi qui

117. *Loi sur l'abolition du registre des armes d'épaule*, LC 2012, c 6.

118. *Qc (PG) c Can (PG)* (abolition du registre des armes d'épaule), *supra* note 94 au para 159.

119. *Ibid* au para 181.

120. *Ibid* au para 180.

abolit l'obligation d'enregistrer les armes d'épaule¹²¹. C'est uniquement pour nuire au législateur provincial que le législateur fédéral a adopté cet article, et cette intention de nuire est, toujours selon eux, contraire à l'esprit du fédéralisme coopératif¹²². Cela dit, cette conclusion d'invalidité ne fait que soulever les obstacles légaux à la destruction des données, mais ne conduit pas à la reconnaissance d'un quelconque droit à celles-ci. Il s'agit d'un cas où la solution est politique; il revient plutôt aux parties de négocier la fin de leur collaboration¹²³.

Pour les juges majoritaires, même si l'effet de l'article 29 est de rendre « excessivement coûteux et difficile pour [le Québec] de créer son propre registre »¹²⁴, ces répercussions financières n'ont pas pour impact de modifier l'analyse de la validité de la Loi. Une fois le pouvoir législatif reconnu, le fédéralisme coopératif ne peut, selon eux, restreindre l'exercice d'une compétence législative valide.

C. Un fédéralisme coopératif exécutif : une coopération *actualisée*

Ce volet du fédéralisme coopératif est parfois appelé fédéralisme exécutif¹²⁵ et suppose une entente entre au moins deux législatures, ce que, dans d'autres juridictions, on qualifie de « partage du pouvoir » ou *power sharing*¹²⁶. Il y a de nos jours, selon la Cour suprême, une « tendance marquée » vers la « recherche coopérative de solutions »¹²⁷. Dans cette section, nous nous interrogeons sur les éléments qui mettent en évidence cette coopération, d'une part, et sur la force normative de celle-ci, d'autre part.

Tout d'abord, la détermination de la présence d'une coopération n'est pas dénuée d'ambiguïté. Il existe un registre, au Québec, recensant les ententes fédérales-provinciales et interprovinciales que le Québec signe, lequel est disponible sur Internet depuis 2005¹²⁸. À titre

121. *Ibid* au para 185.

122. *Ibid* au para 189.

123. *Ibid* aux para 199 et 200.

124. *Ibid* au para 34 (c'est la prétention du procureur général du Québec).

125. Dans *Qc (PG) c Can (PG)* (abolition du registre des armes d'épaule), la Cour qualifie le fédéralisme coopératif d'essentiellement « exécutif » en précisant qu'il décrit les rapports entre l'exécutif fédéral et les exécutifs provinciaux (*supra* note 94 au para 17).

126. Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 48.

127. *Ibid* au para 132.

128. Voir, sur ce registre, Poirier, « Une source paradoxale », *supra* note 105.

d'exemple, l'entente fédérale-provinciale sur la santé ou celle sur le régime d'assurance parentale permettent au Québec de rapatrier les fonds qui financent ses programmes sociaux¹²⁹. Souvent, ces ententes se doublent de la création d'un organe administratif chargé d'appliquer la loi provinciale, la loi fédérale, ou les deux. C'est le cas dans les grands systèmes de délégation permettant la commercialisation des pommes de terre¹³⁰, des œufs¹³¹, du lait¹³² et de la volaille¹³³.

Mais les ententes intergouvernementales ne sont pas les seules manières d'organiser un partenariat. Selon Johanne Poirier, un accord peut même résulter d'un échange de lettres ou de communications signées par les représentants des gouvernements concernés. La qualification d'entente intergouvernementale « dépendra d'un faisceau d'indices, dont l'appellation et le mode de conclusion font partie »¹³⁴. Ce « faisceau d'indices »¹³⁵ donne lieu à des interprétations divergentes, parfois même contradictoires, au sein d'un même jugement. Ainsi dans *Québec (PG) c Canada (PG)* (abolition du registre des armes d'épaule), les cinq juges majoritaires sont d'avis qu'il n'y a pas de partenariat ou de régime intégré entre le Québec et le Canada, entre autres, parce que les éléments de preuve soumis (comme l'*Accord financier Canada-Québec relatif à l'administration de la Loi sur les armes à feu*, les déclarations, etc.) ne suffisent pas pour étayer la preuve d'un partenariat. Il semble que l'absence d'un régime législatif fédéral-provincial intégré ait été déterminante. Les juges majoritaires remarquent en effet que le registre canadien des armes à feu « découle directement d'une loi fédérale et ne dépend d'aucun texte législatif provincial »¹³⁶ et refusent de spéculer sur l'impact qu'aurait eu, sur leur opinion, la présence d'un régime réellement intégré. De leur côté, les quatre juges dissidents ont été convaincus qu'un tel partenariat existe, entre autres en raison des efforts faits par le Québec pour la mise en application de la loi

129. *Ibid* aux pp 10–12.

130. *Willis*, *supra* note 78.

131. *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 RCS 1198, 1978 CanLII 10 (CSC).

132. *Colombie-Britannique (Milk Board) c Grisnich*, [1995] 2 RCS 895, 1995 CanLII 106 (CSC) [*Grisnich*].

133. *Pelland*, *supra* note 80.

134. Poirier, « Une source paradoxale », *supra* note 105 à la p 12, n 47.

135. *Ibid*.

136. *Qc (PG) c Can (PG)* (abolition du registre des armes d'épaule), *supra* note 94 au para 4.

fédérale, y compris le rôle de la police provinciale. Les juges dissidents soutiennent que ce partenariat s'inscrit dans l'esprit du fédéralisme coopératif¹³⁷, tout en allant au-delà d'un simple arrangement financier.

Il semble aussi y avoir débat sur la nécessité de mettre sur pied un organisme administratif exerçant des pouvoirs délégués afin de démontrer la présence de la coopération intergouvernementale. Dans *Québec (PG) c Moses*¹³⁸, la Cour suprême a eu à interpréter la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*¹³⁹, une entente entre le gouvernement fédéral, le gouvernement québécois et les représentants des Cris et des Inuits du Nord-du-Québec, prévoyant les modalités des évaluations environnementales en cas de projets d'exploitation de ressources naturelles. Il y est entre autres prévu qu'une seule évaluation (provinciale) serait effectuée par projet, à moins que les compétences des deux paliers de gouvernement ne soient concernées¹⁴⁰.

Pour les juges LeBel et Deschamps, dissidents, la Convention de la Baie James est une entente intergouvernementale, qui incarne le fédéralisme coopératif¹⁴¹ et constitue de même un traité au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴², ce qui lui confère un statut constitutionnel. Le juge Binnie, qui rédige les motifs de la majorité, est en désaccord avec les juges LeBel et Deschamps, qui « voient dans la Convention une manifestation de fédéralisme coopératif, mais à [notre] humble avis, leur interprétation fait de la Convention un instrument voué à la prédominance du pouvoir provincial »¹⁴³. En fait, les juges majoritaires et dissidents ne s'entendent pas sur la présence d'un régime coopératif ni sur le statut à accorder à cette Convention. Les juges majoritaires considèrent en effet que la Convention de la Baie James ne peut écarter la compétence fédérale d'effectuer une évaluation environnementale, lorsque le projet envisagé touche les pêcheries¹⁴⁴, une matière de compétence fédérale. Si le Québec et le Canada

137. *Ibid* aux para 134 et 149.

138. *Québec (PG) c Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 RCS 557 [*Moses*].

139. *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, LRQ, c C-67 [Convention de la Baie-James].

140. *Ibid* aux para 9 et 63.

141. *Ibid* au para 84.

142. *Loi constitutionnelle de 1982*, art 35, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

143. *Moses*, *supra* note 138 au para 13.

144. *Ibid* (juge Binnie, motifs majoritaires).

avaient convenu d'harmoniser leurs processus d'évaluation, les juges majoritaires laissent entendre qu'il y aurait eu fédéralisme coopératif¹⁴⁵. Ceux-ci ajoutent que : « Pour les besoins du présent pourvoi, il suffit de signaler qu'aucun organisme conjoint n'a été mis sur pied, par le ministre fédéral ou par voie de délégation à l'organisme créé par la Convention »¹⁴⁶.

On peut donc déduire que, selon les juges majoritaires, une entente intergouvernementale, à elle seule, n'est pas suffisante pour constituer du fédéralisme coopératif; il faudrait qu'il y ait, en outre, la création d'un organisme conjoint ou la délégation de pouvoirs à un organisme.

Cette opinion a été approuvée, dans *NIL/TU,O Child and Family Services Society c BC Government and Service Employees' Union*, lorsque la Cour suprême, en présence d'une délégation à un organisme, reconnaît l'existence d'un régime coopératif fondé sur une entente de délégation tripartite entre la Colombie-Britannique, le gouvernement fédéral et le regroupement des Premières Nations¹⁴⁷.

Ces quelques exemples démontrent que la délégation à un organisme administratif et l'existence d'un régime législatif intégré sont des éléments, ou des indices, permettant de conclure à la présence de réelle coopération.

Quelle est alors la force normative de cette coopération? Les ententes intergouvernementales, doublées de régimes législatifs intégrés et chapeautées par des organismes administratifs, inciteront les tribunaux à une plus grande retenue, lorsqu'un tiers les contestera (ce qui fut le cas des éleveurs de volaille dans *Pelland* et des producteurs laitiers dans *Grisnich*)¹⁴⁸. On invoquera alors l'importance de recourir à ces systèmes intégrés afin de pallier le fait qu'aucune branche législative n'est entièrement compétente sur un sujet donné, comme sur celui de la commercialisation intérieure et extérieure d'un produit agricole¹⁴⁹. Les

145. *Ibid* au para 29.

146. *Ibid*.

147. *NIL/TU,O Child and Family Services Society c BC Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45 aux para 42-43, [2010] 2 RCS 696.

148. Cette attitude de retenue est qualifiée par un auteur de « *benevolent constitutional scrutiny* »: Jean-François Gaudreault-DesBiens, « The "Principle" of Federalism and the Legacy of the Patriation and Quebec Veto References » (2011) 54 SCLR 77 aux pp 96 et 97. Voir aussi, sur la « tolérance » judiciaire en présence de coopération, Poirier, « Une source paradoxale », *supra* note 105 aux pp 29-30.

149. *Grisnich*, *supra* note 132 au para 26.

tribunaux auront aussi tendance à applaudir à la créativité et à la souplesse de ces arrangements propres au fédéralisme canadien.

Par contre, si l'une des parties «coopérantes» dénonce le partenariat ou souhaite revenir sur l'arrangement initial ou en restreindre la portée, la Cour ne fera pas autant usage de retenue et tendra à recourir au sacro-saint principe de la souveraineté parlementaire ou à la doctrine des compétences exclusives, pour éviter de prolonger les effets d'une collaboration dont l'une des parties ne veut plus¹⁵⁰.

Dans tous les cas, et c'est le principal, pour qu'ils exercent cette retenue, les tribunaux doivent d'abord être convaincus que chacun des éléments de la structure intégrée respecte le partage des compétences. Lorsqu'une portion du régime est contraire au partage des compétences, elle sera invalidée, même si les parties n'en semblent pas incommodées, puisque procéder autrement reviendrait à modifier indirectement la Constitution. C'est ce qui arriva dans le *Renvoi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, dans lequel l'article 2(2)b) de la loi fédérale¹⁵¹ a été jugé *ultra vires*, puisqu'il traitait des redevances sur les produits faisant l'objet d'un commerce intraprovincial, ce qui revenait à une délégation illicite, la législature fédérale ne pouvant déléguer à l'office provincial des pouvoirs relevant de la province¹⁵². Le reste du régime coopératif a, quant à lui, été avalisé par la Cour.

En somme, en présence d'un régime coopératif intégré, doté de lois fédérale et provinciale, et chapeauté par un organisme coopératif auquel des pouvoirs sont délégués, les tribunaux exerceront une retenue judiciaire si les parties gouvernementales ne dénoncent pas, elles-mêmes, le régime.

150. Voir, par exemple, le *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 RCS 525 à la p 548, 1991 CanLII 74 (CSC) (« On reconnaît que le gouvernement ne pouvait prendre un engagement qui empêcherait le Parlement d'exercer ses pouvoirs de légiférer pour modifier le Régime. Affirmer le contraire reviendrait à nier la souveraineté du Parlement. ») et *Moses*, *supra* note 138, où la Cour réfère au pouvoir législatif fédéral en matière de pêcheries, qui ne serait pas limité par les dispositions de la Convention de la Baie James. Voir aussi *Qc (PG) c Can (PG)* (abolition du registre des armes d'épaule), *supra* note 94 au para 20 (juges Cromwell et Karakatsanis, sur la primauté de la souveraineté parlementaire).

151. *Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, SRC 1970, c A-7, art 2(2)b).

152. *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, *supra* note 131.

III. LE CAS DES VALEURS MOBILIÈRES : DEUX ÉPISTÉMOLOGIES CONTRASTÉES

Le dossier des valeurs mobilières représente, du point de vue du pouvoir fédéral, l'aboutissement de plusieurs décennies de tergiversations¹⁵³. Il est également, du point de vue de l'autonomie provinciale en matière économique, chargé de symboles¹⁵⁴. Ce dossier permet finalement d'observer à la loupe les tours et détours du fédéralisme coopératif.

En guise de rappel, en 2009, le législateur fédéral tablait sur une proposition concernant une loi canadienne intitulée *Loi sur les valeurs mobilières*, qui suggérait la création d'un régime unique de réglementation des valeurs mobilières à travers le Canada. La constitutionnalité du projet de loi fut débattue devant la Cour d'appel du Québec, la Cour d'appel de l'Alberta et la Cour suprême du Canada¹⁵⁵. C'est à l'unanimité que cette dernière déclara le projet de loi inconstitutionnel puisque, par son caractère véritable, il visait à réglementer tous les aspects du commerce des valeurs mobilières et ne se rattachait pas, dans son ensemble, à la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce¹⁵⁶.

Cinq ans plus tard, le dossier est de retour devant les tribunaux¹⁵⁷. Lors du Renvoi de 2011, le fédéralisme coopératif a joué un rôle peu subtil, la Cour suprême du Canada lançant, en termes peu voilés, dès les premières lignes de son opinion, une invitation aux parties afin qu'elles coopèrent dans la mise sur pied d'un régime qui respecterait les compétences constitutionnelles de chaque palier législatif : « [!] pourrait être utile d'envisager une approche coopérative, si nos législateurs choisissaient de le faire, pour garantir que chaque ordre de

153. Pour un retour sur l'évolution du débat entourant une commission unique des valeurs mobilières, depuis la Commission Porter en 1964 jusqu'au Rapport Hockin en 2009, voir Noura Karazivan et Jean-François Gaudeault-DesBiens, « On Polyphony and Paradoxes in the Regulation of Securities » (2010) 49:1 Can Bus LJ 1 aux pp 2–4.

154. *Ibid* à la p 26.

155. Renvoi de 2011, *supra* note 1.

156. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 6, art 91(2).

157. Voir le décret gouvernemental autorisant la procureure générale du Québec à soumettre, par renvoi, deux questions à la Cour d'appel du Québec, portant sur : (1) la mise en place d'une réglementation pancanadienne conformément au Protocole d'accord; et (2) la constitutionnalité de la nouvelle Loi fédérale proposée, D 642-2015, (2015) GOQ II, 2466, en ligne : <www.saic.gouv.qc.ca/affaires-intergouvernementales/institutions-constitution/dossiers-judiciaires/documents/decret-642-2015.pdf>.

gouvernement s'acquitte adéquatement de ses responsabilités envers le public, et ce, de façon coordonnée »¹⁵⁸. Puis, à la toute fin du jugement, la Cour ajoute :

Il n'appartient pas à la Cour de suggérer aux gouvernements du Canada et des provinces comment procéder, en jugeant à l'avance, dans les faits, tel ou tel autre régime valide sur le plan constitutionnel. Nous pouvons toutefois à bon droit noter l'existence d'une tendance de plus en plus marquée à envisager les problèmes complexes de gouvernance susceptibles de se présenter dans une fédération, non pas comme une simple alternative entre les deux ordres de gouvernement, mais comme une recherche coopérative de solutions qui satisfont les besoins tant de l'ensemble du pays que de ses composantes¹⁵⁹.

Avant d'analyser les principaux éléments de la nouvelle loi fédérale proposée (nous ne nous pencherons pas directement sur la question de la délégation administrative)¹⁶⁰, un bref retour sur le Renvoi de 2011¹⁶¹ s'impose, afin de déterminer laquelle, de la conception territoriale ou de la conception fonctionnelle, a caractérisé le raisonnement de la Cour et d'évaluer le rôle du fédéralisme coopératif dans cette perspective.

A. Le Renvoi relatif à la validité de la *Loi sur les valeurs mobilières*

De la conception territoriale, ou dualiste, à l'analyse fonctionnelle, laquelle eut le plus d'influence sur l'avis donné par la Cour suprême du Canada quant à la validité de la loi proposée? Comme le montrera cette section, on assiste plutôt à une fusion de ces paradigmes et non au triomphe de l'une ou l'autre de ces visions.

1. Une approche (non) territorialiste

Afin de décider de la validité de la *Loi sur les valeurs mobilières*, proposée en 2011, au regard de l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle*

158. Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 9.

159. *Ibid* au para 132.

160. C'est la première question du décret, *supra* note 157.

161. Renvoi de 2011, *supra* note 1.

de 1867¹⁶², la Cour suprême a procédé à la première étape de l'analyse, soit à la détermination du caractère véritable de la Loi. Elle a ainsi examiné à la fois le préambule de la Loi, son objet immédiat et ses objets plus larges, pour conclure que ces éléments « transmettent un message contradictoire »¹⁶³. En effet, d'un côté, les objectifs de protection des investisseurs semblent relever de la responsabilité provinciale traditionnelle en vertu de l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁶⁴. De l'autre, le souci de veiller à ce que les marchés des capitaux soient efficaces et équitables, de même que la contribution au maintien de l'intégrité du système comportent « aussi un aspect fédéral »¹⁶⁵.

Cette introduction laisse présager une approche qui, si elle semble aboutir à l'exclusivité des compétences et au dualisme classique, relève, en réalité, d'une vision non territorialiste reconnaissant l'existence d'une approche concurrente *de facto*.

En effet, la Cour suprême reconnaît l'existence de *deux* caractères véritables distincts, l'un réel, l'autre hypothétique. Après avoir examiné les effets directs et anticipés de la Loi, effets qui consistent, selon elle, à « supplanter » ou à « dédoubler » les régimes provinciaux¹⁶⁶ relevant de la propriété et des droits civils, la Cour fait quelques remarques sur le contrôle des risques systémiques et la collecte des données. Selon la Cour, la preuve d'expert *confirme* que « la réalité émergente que constituent les risques systémiques se prête mal à une législation locale »¹⁶⁷. La Cour va plus loin : « [i]l se pourrait donc que la prévention des risques systémiques nécessite la création d'un régulateur national »¹⁶⁸. Et la Cour d'ajouter que le pouvoir de collecter les données pourrait, lui aussi, servir l'intérêt national « comme *ne peuvent* le faire les provinces »¹⁶⁹ [nos italiques]. Cela, nous le soulignons, au sein même de l'analyse du caractère véritable de la Loi, c'est-à-dire avant que l'étape du rattachement ne soit formellement entamée, et ce, même si la Loi à l'étude ne fait nullement référence aux risques systémiques.

162. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 6, art 91(2).

163. Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 97.

164. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 6, art 92(13).

165. Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 97.

166. *Ibid* au para 102.

167. *Ibid* au para 104.

168. *Ibid*.

169. *Ibid* au para 105.

Après toutes ces observations faites en passant, la Cour suprême revient à la question du caractère véritable et conclut que celui-ci « consiste à réglementer, à titre exclusif, tous les aspects du commerce des valeurs mobilières au Canada »¹⁷⁰.

Si tel est le caractère véritable de la Loi, il aurait été possible, pour la Cour suprême, de conclure assez rapidement à l'échec du rattachement à la compétence fédérale sur le commerce et les échanges. Après tout, la jurisprudence reconnaît depuis longtemps qu'une loi qui porte sur tous les aspects des valeurs mobilières est de compétence provinciale et se rattache à l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁷¹. Cependant, une telle conclusion n'aurait pas donné à la Cour l'occasion d'élaborer une analyse hybride, reconnaissant, *de facto*, un aspect fédéral à la réglementation des valeurs mobilières.

2. Une approche (non) fonctionnelle

L'arrêt *General Motors of Canada Ltd c City National Leasing*¹⁷² est la principale autorité jurisprudentielle définissant la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce. Dans cet arrêt, le juge Dickson élabore une série d'indices permettant de conclure qu'une loi fédérale se rattache à cette compétence¹⁷³. C'est au terme de cette analyse en cinq étapes que la Cour conclut à la constitutionnalité d'une disposition créant un recours civil au sein de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*¹⁷⁴.

Une des critiques soulevées à l'endroit du précédent *General Motors* tient à la faiblesse de la preuve sur laquelle la Cour suprême s'est appuyée pour juger que la concurrence est une matière de compétence

170. *Ibid* au para 106.

171. Voir *Lymburn c Mayland*, [1932] AC 318 à la p 326 (UK PC); *Multiple Access*, *supra* note 55 à la p 183; *Global Securities Corp c Colombie Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21 au para 40, [2000] 1 RCS 494.

172. *General Motors of Canada Ltd c City National Leasing*, [1989] 1 RCS 641, 1989 CanLII 133 (CSC) [*General Motors*].

173. Nous reprenons ici la reformulation de ces critères par la Cour suprême : « (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? » (Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 80).

174. *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, SRC 1970, c C-23.

fédérale en vertu de l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁷⁵. Entre autres, en se fondant sommairement sur une étude de l'économiste Albert Edward Safarian et sur un article du professeur Peter Hogg, la Cour a indiqué que la concurrence, pour être réglementée de manière efficace, devait l'être sur le plan national¹⁷⁶.

Dans le Renvoi de 2011, la Cour suprême répond à ces critiques en soulignant que les considérations d'efficacité et de caractère optimal d'une loi sont non pertinentes dans l'analyse du partage des compétences¹⁷⁷. Qui plus est, les « observations judiciaires »¹⁷⁸ (on peut croire que la Cour réfère ici à *General Motors*) ayant prôné l'efficacité du commerce étaient, rétrospectivement, en lien avec les pouvoirs constitutionnels qui « revêtent une importance et une portée véritablement nationales »¹⁷⁹. Ainsi, dans *General Motors*, de même que dans toute la jurisprudence relative à l'article 91(2), on décèlerait un « trait commun » : la matière réglementée doit « revêtir véritablement une importance et une portée nationale », c'est-à-dire que, si le Parlement fédéral ne peut légiférer, il en résulterait une *lacune constitutionnelle*. En bref, dans cette relecture de *General Motors*, le législateur fédéral réglemente la concurrence d'un point de vue différent et d'une manière qualitativement distincte de la réglementation provinciale, ce qui est appuyé par la constatation selon laquelle, en l'absence de réglementation uniforme ou en présence de règles provinciales laxistes en matière de concurrence, tout le marché canadien serait fragilisé. C'est donc là le sens nouvellement éclairci des propos de la Cour suprême dans *General Motors*.

Il semble que, par cette mise au point, la Cour prépare le lecteur à un fondement factuel plus exigeant que le simple fondement rationnel auquel le juge Laskin faisait référence dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*¹⁸⁰, qui a été explicité plus haut¹⁸¹, et à celui qu'elle a requis dans *General Motors*¹⁸², que nous venons de décrire. La Cour s'attèle à la tâche qui lui revient, soit celle d'examiner les éléments de preuve, tout en étant

175. Voir, par exemple, Karazivan et Gaudreault-DesBiens, *supra* note 153 à la p 17; *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 6, art 91(2).

176. *General Motors*, *supra* note 172 à la p 680.

177. Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 90.

178. *Ibid.*

179. *Ibid.*

180. *Renvoi : Loi anti-inflation*, *supra* note 21.

181. Voir la discussion accompagnant la note 70 du présent texte.

182. *General Motors*, *supra* note 172.

à la recherche d'une différence qualitative entre la législation fédérale et « les enjeux provinciaux »¹⁸³.

Afin de déterminer si la Loi se rattache à la compétence fédérale alléguée, la Cour entreprend d'examiner les cinq volets du test de l'arrêt *General Motors*¹⁸⁴. Elle passe rapidement sur les deux premiers critères, dont l'application n'a pas fait l'objet de grands débats devant la Cour.

Le troisième critère exige que la Loi vise à réglementer le commerce en général, et non un secteur en particulier. Ici, la Cour considère que les dispositions législatives générales, entre autres celles visant l'inscription et la conduite des courtiers en matière d'investissement, ne réglementent pas le commerce dans son ensemble, échouant ainsi à cette étape du test.

Pendant, la Cour ajoute que les questions relatives au « maintien des marchés des capitaux, pour nourrir l'économie canadienne et assurer la stabilité financière »¹⁸⁵ vont, pour leur part, au-delà d'un secteur en particulier et mettent en jeu le commerce dans son ensemble.

Voilà qui crée une ambiguïté : bien que le caractère véritable de la Loi soit la réglementation de toutes les facettes du commerce des valeurs mobilières au Canada, lorsqu'elle procède à la troisième étape du test de *General Motors*, la Cour scinde ce caractère véritable en deux, comme si, de la main droite, elle reconnaissait l'exclusivité de la compétence provinciale, et de la main gauche, la présence d'un autre aspect ou, plus largement, d'une compétence partagée.

Cela dit, la Cour suprême conclut finalement que la Loi ne satisfait pas à ce troisième critère, puisqu'il n'y a pas de *fondement factuel* appuyant la prétention d'une évolution significative de ce « domaine d'activité économique »¹⁸⁶, de telle sorte que *chaque* aspect du commerce « ne constitue plus [...] un seul secteur, mais se rattache [...] au commerce dans son ensemble »¹⁸⁷. Ici, la Cour va au-delà des simples conjectures (ou de la conviction ou croyance rationnelle du Parlement fédéral) et exige un fondement factuel solide. En l'absence d'éléments de preuve convaincants, « la réglementation des valeurs mobilières

183. Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 46.

184. Ils sont énumérés à la note 173 du présent texte.

185. Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 114.

186. *Ibid* au para 116.

187. *Ibid* au para 115.

demeure essentiellement une question intéressant la propriété et les droits civils dans les provinces»¹⁸⁸.

La quatrième étape du test de *General Motors* amène la Cour sur le terrain de l'incapacité des provinces à légiférer en la matière. La Loi, dans son ensemble, ne satisfait pas au critère de l'incapacité provinciale, puisqu'elle se préoccupe de tous les aspects de la réglementation des valeurs mobilières, et non pas seulement de ceux qui visent des enjeux nationaux. Or, depuis une centaine d'années, les provinces légifèrent en la matière et leur incapacité d'assumer la réglementation courante des valeurs mobilières n'a pas été démontrée.

Par contre, lorsqu'il s'agit d'objectifs véritablement nationaux, il semble que les provinces soient constitutionnellement incapables de légiférer en la matière. En effet, même si celles-ci sont compétentes quant aux risques systémiques « sur leur propre territoire », elles n'ont pas, selon la Cour, la capacité constitutionnelle de maintenir un régime viable visant à atteindre les objectifs nationaux que sont le contrôle du risque systémique et la collecte des données¹⁸⁹. En effet, aucune province ne peut en obliger une autre à demeurer partie à une entente visant à créer un organisme pancanadien harmonisé : les provinces peuvent toutes exercer leur droit de se retirer d'un régime interprovincial voué à la protection des risques systémiques. La souveraineté parlementaire des provinces est, paradoxalement, la source de cette incapacité. Là encore, c'est un verdict hybride que rend la Cour en ce qui concerne le quatrième critère.

Finalement, dans son examen du cinquième critère, la Cour estime que la non-adhésion de l'une ou de l'autre des provinces n'entraverait pas le fonctionnement du marché des valeurs mobilières, du moins pour ce qui est des « questions réglementaires de moindre importance »¹⁹⁰. Le fait que la Loi prévoit une adhésion facultative milite d'ailleurs en faveur de cette conclusion¹⁹¹. Par contre, si l'on s'en tenait uniquement aux « enjeux nationaux » que sont le contrôle des risques systémiques et la collecte des données, la réponse serait différente¹⁹². Toutefois, comme aux deux étapes précédentes, puisque la Loi vise le

188. *Ibid* au para 116.

189. *Ibid* au para 120.

190. *Ibid* au para 23.

191. *Ibid*.

192. *Ibid*.

commerce des valeurs mobilières dans son ensemble, ou la réglementation « courante » du commerce des valeurs mobilières, la Cour conclut que le dernier critère du test de *General Motors* n'a pas été rempli.

Même dans cette conclusion qui consacre la compétence provinciale en matière de réglementation courante des valeurs mobilières, la Cour nuance son propos en ajoutant que la partie qui chapeaute les enjeux provinciaux (le contrôle des risques systémiques et la collecte des données) serait valide isolément, mais ne peut assurer la constitutionnalité de toute la Loi¹⁹³. Selon la Cour, cette prétention est appuyée par la « preuve d'expert »¹⁹⁴ qui démontre que « les risques systémiques constituent une réalité émergente qui se prête mal à une législation locale »¹⁹⁵.

En filigrane, il s'agit donc d'une analyse qui ne s'inscrit ni dans une approche territorialiste, ni dans une approche fonctionnelle. On est plutôt en présence d'une analyse qui semble reconnaître un aspect nettement fédéral à une matière qui, pourtant, relève de la compétence exclusive des provinces, ce que confirme la jurisprudence antérieure¹⁹⁶.

3. Une fusion des paradigmes

Il semble que le Renvoi de 2011¹⁹⁷ réussit un tour de force, celui de réunir les deux paradigmes classiques de l'interprétation constitutionnelle.

Si l'on reprend l'analyse du paradigme territorial, explicité plus haut, un juge appliquant la méthode analytique, s'il avait été saisi de l'affaire et avait conclu que le caractère véritable de la Loi est la réglementation de toutes les facettes du commerce des valeurs mobilières, aurait probablement rattaché ce caractère véritable à la compétence provinciale, se fondant sur le principe de l'exclusivité des compétences, et aurait alors simplement déclaré la Loi *ultra vires*. Cependant, la Cour n'a pas fait cela, mais a plutôt divisé le caractère véritable en deux, reprenant une analyse fonctionnelle axée sur les effets potentiels de la Loi, et a

193. *Ibid* au para 125.

194. *Ibid* au para 104. La Cour ne précise toutefois pas quelle est cette preuve.

195. *Ibid*.

196. *Supra* note 171.

197. Renvoi de 2011, *supra* note 1.

ouvert une brèche que le législateur fédéral, comme nous le verrons, n'a pas manqué d'exploiter.

Par contre, quant au rattachement à la compétence fédérale, la Cour suprême a délaissé le critère du lien rationnel proposé par le juge Laskin dans le *Renvoi: Loi anti-inflation* et la quête d'un modèle réglementaire efficace qui a caractérisé ses motifs succincts dans *General Motors*, pour se concentrer sur la preuve factuelle soumise. La Cour n'a pas été convaincue par celle-ci, ce qui s'est répercuté sur son analyse des trois derniers critères. La Cour a également relu l'arrêt *General Motors* de façon à ce que ses conclusions puissent se justifier aujourd'hui, c'est-à-dire en reliant ses observations à la question de la distinction qualitative entre la réglementation fédérale et « un régime interprovincial à participation volontaire »¹⁹⁸.

Ainsi, la Cour entreprend une réelle analyse de la Loi dans le but d'en extraire le caractère véritable, mais la recherche de celui-ci ne se fait pas au moyen d'une conception dualiste : la Cour préfère reconnaître une pluralité d'enjeux, dont la majorité, clairement provinciaux, rendent la loi *ultra vires*, mais dont certains, clairement nationaux, pourraient fonder une compétence circonscrite du législateur fédéral.

4. Le rôle du fédéralisme coopératif dans le Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières

La proposition de 2011 émanait du Parlement fédéral uniquement. Il n'y avait pas, à proprement parler, de régime intergouvernemental intégré en vertu duquel chaque législature délègue certains de ses pouvoirs à un organisme administratif, qu'il soit provincial ou fédéral. Même si quelques provinces souhaitaient participer à ce projet fédéral et étaient prêtes à abroger leur loi respective sur les valeurs mobilières, et même si d'autres étaient d'accord avec l'objectif du législateur fédéral (c'était le cas de la Saskatchewan et de la Colombie-Britannique, qui proposaient toutefois d'atteindre cet objectif au moyen d'une délégation de pouvoirs et non de manière unilatérale), cette coopération gouvernementale n'a pas suffi à faire valider la Loi.

Le fédéralisme coopératif, dans le Renvoi de 2011¹⁹⁹, n'a pas non plus permis d'atténuer la ligne de démarcation entre les articles 91 et

198. *Ibid* au para 123.

199. *Ibid*.

92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁰⁰. Bien au contraire, la Loi fut déclarée *ultra vires*. Même si le fédéralisme moderne est flexible et accepte les empiètements et les chevauchements, c'est plutôt derrière l'exclusivité des compétences que la Cour suprême s'est retranchée.

Par contre, le fédéralisme coopératif a servi à faire miroiter la validité constitutionnelle d'un futur régime intégré dans lequel chaque palier respecterait ses propres compétences.

En effet, dès les premières lignes de sa décision, la Cour suprême semble inviter les paliers concernés à exercer « harmonieusement » leurs pouvoirs législatifs « dans l'esprit du fédéralisme coopératif ». Cette initiative serait en effet utile afin d'atteindre les objectifs recherchés, tout en garantissant « que chaque ordre de gouvernement s'acquitte adéquatement de ses responsabilités envers le public »²⁰¹.

La coopération joue alors le rôle ultime de mirage d'une oasis de validité. Selon la Cour, un régime fédéral pourrait être valide²⁰² s'il est fondé sur la préservation des marchés et le maintien de la stabilité financière, des enjeux qu'elle qualifie de nationaux. Ainsi, sa conclusion que chaque palier est compétent à l'égard de certains aspects l'amène à reconnaître à la fois l'exclusivité de la compétence provinciale sur la réglementation courante des valeurs mobilières et *la possibilité* que chaque palier collabore avec l'autre, dans un esprit de fédéralisme coopératif, en exerçant *ses pouvoirs respectifs* et en *s'acquittant de ses responsabilités*²⁰³.

À ce chapitre, d'ailleurs, on note que la Cour suprême ne donne pas raison aux prédictions pessimistes du juge Beetz, qui voyait surtout, dans le fédéralisme coopératif, une occasion pour que le fédéral étende sa compétence et, dans l'efficacité, un prétexte pour lui donner légitimité. Par contre, la Cour ne propose pas non plus, comme l'aurait peut-être fait le juge Laskin²⁰⁴, que le fédéralisme coopératif ou des enjeux généraux d'efficacité autorisent la Cour à « ajuster » le partage des compétences. Il s'avère plutôt que le fédéralisme coopératif présuppose toujours l'exercice d'un pouvoir législatif valide, en vertu du partage constitutionnel des compétences.

200. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 6.

201. Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 9.

202. *Ibid* aux para 104, 125 et 128.

203. *Ibid* au para 9.

204. Voir ses commentaires sur le fédéralisme coopératif dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, *supra* note 21.

En somme, dans le Renvoi de 2011, la Cour critique à la fois la méthode par laquelle le législateur fédéral entendait s'emparer d'un domaine de compétence provinciale (en utilisant, par exemple, à plusieurs reprises le terme « supplantation »)²⁰⁵, et la *matière* trop vaste que couvrirait la Loi (visant « tous les aspects » de la réglementation des valeurs mobilières, une expression qu'elle emploie à au moins six reprises). Cette opinion confirme donc le rôle du fédéralisme coopératif explicité plus haut : celui-ci ne peut permettre de passer outre au partage des compétences, et la retenue qu'il inspire dépend d'un régime réellement intégré.

Compte tenu de la reconnaissance quasi explicite du pouvoir fédéral sur le contrôle des risques systémiques et la collecte des données, et peut-être de façon plus générale, sur le maintien d'un marché des capitaux compétitif et efficace, il n'est guère étonnant que le législateur fédéral et les législatures provinciales participantes soient retournés à leur planche à dessin, ce qui nous amène à la nouvelle proposition législative.

B. Le nouveau régime proposé

À la suite du Renvoi de 2011, le législateur fédéral est revenu à la charge en concevant, cette fois, un régime constitué de législations fédérale et provinciale, toutes deux administrées par la future Autorité de réglementation des marchés des capitaux. Ce régime comporte trois composantes principales :

- 1) une loi fédérale intitulée *Loi sur la stabilité des marchés des capitaux*, s'appliquant à tout le Canada et visant les crimes financiers, les risques systémiques et la collecte des données;
- 2) une loi provinciale plateforme, la *Loi sur les marchés des capitaux*, provinciale-territoriale, qui remplace les législations provinciales existantes et qui, au moment d'écrire ces lignes, reçoit l'assentiment de cinq provinces et un territoire : l'Ontario, le Nouveau-Brunswick, la Colombie-Britannique, l'Île-du-Prince-Édouard, la Saskatchewan et le Yukon;
- 3) un organisme de réglementation, appelé l'Autorité de réglementation des marchés des capitaux, qui sera chargé d'administrer la réglementation fédérale et, dans les provinces participantes, la

205. Renvoi de 2011, *supra* note 1 aux para 72, 99, 117 et 128.

réglementation provinciale, ainsi « qu'un ensemble unique de règlements conformément au pouvoir délégué par les administrations participantes » (Protocole, art 3 (a) iii)).

Comme mentionné plus haut, le Québec a formulé deux questions, par renvoi, à la Cour d'appel du Québec, mais nous traiterons dans les prochaines lignes uniquement de la seconde question, qui porte sur la constitutionnalité de la Loi fédérale au regard de l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

1. Le caractère véritable de la Loi fédérale

L'objet de la Loi fédérale est de promouvoir et de protéger la stabilité et l'intégrité du système financier canadien. Le caractère véritable de la Loi, sans la partie 5 portant sur les crimes économiques, serait sûrement de réglementer les produits et les pratiques qui présentent des risques systémiques *et qui pourraient avoir un effet sur l'économie dans son ensemble*. C'est, du moins, ce qui semble ressortir de la définition de « risques systémiques », proposée dans la Loi : « une menace à la stabilité ou à l'intégrité du système financier canadien qui émane des marchés des capitaux, est propagée par leur entremise ou les entrave et qui est susceptible d'avoir des conséquences négatives importantes sur l'économie canadienne »²⁰⁶.

Dans une version précédente de la Loi, l'Autorité pouvait désigner un organisme de notation (art 23(1)), un système de négociation (art 18(1)), une chambre de compensation (art 20(1)), un indice de référence (art 25(1)) ou un intermédiaire (art 27(1)) comme « étant d'importance systémique » si leurs activités pouvaient poser un risque systémique. Ce pouvoir de désignation, de même que le pouvoir de faire des règlements et de prononcer des ordonnances à l'égard de presque toutes ces entités (à l'exception des indices de référence), ont été retirés de la plus récente mouture de la Loi²⁰⁷. Ce pouvoir est toutefois conservé pour tous les produits et dérivés, et pour toutes les pratiques comportant des risques systémiques (arts 30 et 32). En fait, si elles sont appliquées de manière généreuse, ces dispositions pourraient permettre de réglementer, ultimement, un *grand nombre d'aspects* du

206. *Loi sur la stabilité des marchés des capitaux — ébauche aux fins de consultation*, art 3, en ligne : <www.fin.gc.ca/drleg-apl/2014/cmsa-lsmc-l-fra.pdf>.

207. Rendue publique le 5 mai 2016.

secteur des valeurs mobilières. Néanmoins, je ne crois pas que s'ensuivrait une réglementation de tous les aspects des valeurs mobilières ou la supplantation totale de la législation provinciale, cette dernière, bien que squelettique, existant néanmoins; de plus, les législations des provinces récalcitrantes continueront de régir les détails du commerce des valeurs mobilières.

En supposant qu'il n'y ait là aucun objet déguisé, la question qui se pose est donc celle du rattachement avec la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce (art 91(2) *Loi constitutionnelle de 1867*)²⁰⁸.

2. Le rattachement

On peut passer rapidement sur les deux premiers volets du test de l'arrêt *General Motors*²⁰⁹. La nouvelle *Loi sur la stabilité des marchés des capitaux* confie l'exécution de la Loi à l'Autorité de réglementation des marchés des capitaux, établie conformément au Protocole d'accord. Cela comprend la tâche de surveiller les activités sur les marchés des capitaux, d'adopter des règlements, de faire des désignations et de prononcer des ordonnances afin de faire respecter la Loi.

Le troisième critère exige de la Loi proposée qu'elle aille au-delà d'un secteur de l'économie ou qu'elle mette en jeu le commerce dans son ensemble. Il y a, dans le Renvoi de 2011, une certaine ambiguïté au sujet de la qualification des valeurs mobilières en tant que secteur de l'économie, sur laquelle il convient maintenant de s'arrêter.

En effet, selon la Cour, « [l]a conclusion raisonnable qui ressort de ces rapports [d'experts] veut que la réglementation courante des valeurs mobilières intéresse surtout ce *secteur en particulier* »²¹⁰ [nos italiques]. Ainsi, la Cour est d'avis que le procureur général du Canada n'a pas réussi à prouver que « la réglementation de chaque aspect du commerce des valeurs mobilières ne constitue plus une matière intéressant un seul secteur, mais se rattache désormais intégralement au commerce dans son ensemble »²¹¹. Cependant, la Cour écrit aussi, au paragraphe précédent, que :

208. *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 6, art 91(2).

209. En guise de rappel, le lecteur trouvera la liste de ces critères à la note 173 du présent texte.

210. Renvoi de 2011, supra note 1 au para 127.

211. *Ibid* au para 115.

Nous reconnaissons que le maintien des marchés des capitaux pour nourrir l'économie canadienne et assurer la stabilité financière du pays est une question qui va au-delà d'un « secteur » en particulier et met en jeu « le commerce dans son ensemble » visé par le pouvoir général en matière de trafic et de commerce au sens où il faut l'entendre selon le test formulé dans *General Motors*²¹².

Alors que les premiers extraits laissent entendre que la Cour considère le commerce des valeurs mobilières comme une matière visant « un seul secteur » de l'économie, le paragraphe cité laisse plutôt croire qu'elle estime que « le maintien des marchés des capitaux » est une question qui va au-delà d'un tel secteur. En effet, la Cour reconnaît d'emblée que « le Canada a démontré que certains aspects du marché des valeurs mobilières ont une portée nationale et touchent l'ensemble du pays »²¹³ et, plus loin, elle précise quels sont ces aspects²¹⁴.

On peut donc dire qu'au regard du troisième critère du test de *General Motors*, la Loi de 2011 était invalide parce qu'elle visait *tous* les aspects d'un seul secteur de l'économie. *A contrario*, la validité constitutionnelle de la nouvelle Loi pourrait donc émaner de deux sources : la conclusion selon laquelle la Loi actuellement proposée vise le commerce dans son ensemble ou encore la conclusion selon laquelle la Loi proposée vise seulement les aspects touchant les « risques systémiques et [la] collecte des données » du commerce des valeurs mobilières. Voyons maintenant ces deux éventualités.

La *Loi sur la stabilité des marchés des capitaux* vise-t-elle le commerce dans son ensemble? La Loi énonce qu'elle vise la promotion et la protection de la stabilité du système financier canadien²¹⁵, ce qui comprend, entre autres, les banques, les marchés financiers et les systèmes de compensation et de règlement. Toutefois, la Loi ne propose pas de réglementer les risques systémiques dans l'économie canadienne dans son ensemble, mais vise plutôt la réglementation des seuls risques systémiques qui émanent du secteur des valeurs mobilières ou qui sont liés aux marchés des capitaux.

212. *Ibid* au para 114.

213. *Ibid* au para 6.

214. Ce sont la prévention des risques systémiques (*ibid* au para 104) et la collecte nationale de données (*ibid* au para 105).

215. *Loi sur la stabilité des marchés des capitaux — ébauche aux fins de consultation, supra* note 206, art 4a).

En réalité, la gestion des risques systémiques, dans le système financier canadien, est déjà partiellement assurée et comporte plusieurs volets : la régulation prudentielle des banques; la régulation macroéconomique, assurée, entre autres, par la Banque du Canada; et la régulation de la conduite des affaires, assurée par l'Agence de la consommation et par les régulateurs provinciaux²¹⁶. D'un point de vue macroéconomique, les indicateurs de risques systémiques sont diversifiés : le produit intérieur brut (PIB), l'inflation, la croissance du crédit bancaire et les taux de prêts sont autant de marqueurs de risques²¹⁷, mais ils ne font pas l'objet de la Loi. Ainsi, celle-ci ne vise que les risques systémiques qui *émanent* des marchés des capitaux, même s'il est indéniable que ces risques systémiques, s'ils se concrétisent, auraient des effets négatifs sur l'économie dans son ensemble.

Cela dit, même si le test de *General Motors* cherche à déterminer si la Loi proposée régleme le commerce dans son ensemble, le Renvoi de 2011 semble ouvertement reconnaître qu'une réglementation visant seulement certains aspects circonscrits de la « question »²¹⁸ des valeurs mobilières sera valide sur le plan constitutionnel²¹⁹. Ces aspects, soit principalement le contrôle des risques systémiques et la collecte des données, mettent en jeu, aux dires de la Cour, le commerce dans son ensemble²²⁰.

Il convient alors de se demander si la Loi proposée vise seulement ces aspects circonscrits ou si elle a plutôt pour effet de réglementer la totalité du secteur des valeurs mobilières.

L'Autorité peut désigner des indices de référence (art 18) comme étant d'importance systémique, si elle estime que l'atteinte à l'intégrité d'un tel indice de référence ou la perte de confiance du public dans celui-ci *pourrait* causer un risque systémique.

216. Marie-Annick Laurendeau, *Encadrement provincial des valeurs mobilières : à la recherche d'un modèle amélioré*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université de Montréal, 11 novembre 2015 à la p 145.

217. Gianni De Nicolò et Marcella Lucchetta, « Systemic Risks and the Macroeconomy » dans Joseph G Haubrich et Andrew W Lo, dir, *Quantifying Systemic Risk*, Chicago et Londres, University of Chicago Press, 2013, 113.

218. Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 114.

219. *Ibid* au para 125. La Cour écrit qu'« [u]n régime fédéral adopté en vertu de cette deuxième perspective, distinctement fédérale, relèverait de la portée circonscrite du pouvoir général relatif au trafic et au commerce ».

220. Voir aussi *ibid* aux para 104 et 105.

De même, l'Autorité peut désigner des produits et dérivés (art 20) comme étant d'*importance* systémique si leur utilisation peut poser des *risques* systémiques, tout comme les pratiques (art 22), si elle estime que celles-ci pourraient engendrer un risque systémique. En fait, comme il est mentionné plus haut dans l'évaluation du caractère véritable, si elles sont appliquées de manière généreuse, ces dispositions pourraient permettre de réglementer, ultimement, un *grand nombre d'aspects* du secteur des valeurs mobilières. Néanmoins, on ne peut présumer que ces dispositions seront administrées de manière à contrecarrer l'objectif pour lequel elles ont été adoptées.

Puisque la Cour suprême semble avoir avalisé un régime fédéral qui se limiterait à la prévention des risques systémiques et à la collecte nationale des données, *tout en étant restreint au secteur des valeurs mobilières*, il nous semble étonnant qu'une conclusion d'invalidité puisse être énoncée cinq ans plus tard, en supposant que la sécurité et la prévisibilité juridiques ont quelque valeur²²¹.

Pour ce qui est du quatrième volet du test de l'arrêt *General Motors*, la Cour a conclu, en 2011, que les provinces sont constitutionnellement incapables de légiférer sur les risques systémiques à l'échelle nationale et la collecte nationale des données en raison de leur souveraineté parlementaire²²², même si elles sont compétentes pour réglementer les risques systémiques « sur leur propre territoire ». La Cour avait aussi trouvé que la preuve d'expert révélait que la réglementation des risques systémiques est une « réalité émergente qui se prête mal »²²³ à la législation provinciale. Cinq ans plus tard, cette situation aurait-elle changé?

D'un côté, depuis 2011, les autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM) ont eu l'occasion de bonifier leurs efforts réglementaires conjoints en matière de risques systémiques, en adoptant des normes

221. Dans *Canada (PG) c Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 RCS 1101, la Cour suprême du Canada écrivait que « la juridiction inférieure ne peut faire abstraction d'un précédent [le *Renvoi sur la prostitution*] qui fait autorité, et la barre est haute lorsqu'il s'agit de justifier le réexamen d'un précédent (*ibid* au para 44). Les avis consultatifs ne sont pas "juridiquement contraignants", mais ils sont, en pratique, suivis » (*ibid* au para 40).

222. Renvoi de 2011, *supra* note 1 aux para 119–20. Au para 120: « En fait, il s'agit simplement de reconnaître que comme les provinces peuvent toujours se retirer d'une entente interprovinciale, rien ne pourrait, à long terme, prévenir les risques systémiques à l'échelle nationale et favoriser des marchés des capitaux compétitifs ».

223. *Ibid* au para 104.

multilatérales et des protocoles d'entente²²⁴. Par ailleurs, il est utile de rappeler que 12 des 13 ACVM ont aussi adopté un protocole d'accord et mis sur pied un régime de passeport afin de rendre plus facile l'accès au marché des capitaux (l'Ontario n'en fait pas partie).

D'un autre côté, l'interdépendance des provinces signifie que l'exercice, par l'une, de sa souveraineté parlementaire, créerait une incapacité généralisée de maintenir un niveau de protection contre les risques systémiques à l'échelle nationale. Autrement dit, souveraineté + interdépendance = incapacité. Évidemment, les conséquences anticipées du refus de l'une des ACVM de participer à un régime interprovincial volontaire ou à une mesure spécifique portant sur la prévention des risques systémiques devraient être étudiées, afin d'éviter de tomber dans les mêmes écueils que ceux du Renvoi de 2011. Une preuve d'expert qui appuierait la proposition selon laquelle le fait qu'une province refuse de réglementer les risques systémiques sur son territoire porte atteinte au niveau de protection contre ces risques systémiques dans les autres provinces constituerait alors un fondement factuel nécessaire pour conclure à l'incapacité provinciale et ainsi satisfaire au quatrième critère. Pour prendre un exemple précis, les normes multilatérales récemment acceptées par les régulateurs provinciaux portant sur les nouvelles règles de déclaration des produits dérivés²²⁵ ne sont pas à l'abri du retrait d'une ou de plusieurs provinces. Les provinces, à cet égard, sont à la fois souveraines et interdépendantes.

Au final, même si les provinces ne sont pas incapables de légiférer sur les risques systémiques à l'intérieur de leur territoire, elles ne peuvent imposer l'adhésion des autres provinces à un éventuel régime

224. Ainsi, le 22 janvier 2016, 10 régulateurs provinciaux et territoriaux ont accepté les *Normes multilatérales 91-101 sur la détermination des dérivés* et *96-101 sur les répertoires des opérations et la déclaration de données sur les dérivés*, qui « établissent un régime encadrant la déclaration et la collecte de données sur les dérivés de gré à gré, qui aura pour effet d'améliorer la supervision réglementaire du marché des dérivés de gré à gré, notamment la capacité de repérer et de contrôler le risque systémique et le risque d'abus de marché ». Ces normes forment un ensemble « essentiellement harmonisé » avec celles en vigueur en Ontario, au Québec et au Manitoba, en ligne : <www.autorites-valeurs-mobilieres.ca/presentation_des_ACVM.aspx?id=1413>. Le 3 décembre 2015, huit régulateurs provinciaux (excluant l'Île-du-Prince-Édouard, Terre-Neuve-et-Labrador et les territoires) ont accepté de signer le *Protocole d'entente concernant la surveillance des chambres de compensation, des référentiels centraux et des fournisseurs de services d'appariement*, lequel a pour but de « favoriser l'exploitation sécuritaire et efficiente de ces entités et de contribuer à la gestion du risque systémique », en ligne : <www.autorites-valeurs-mobilieres.ca/presentation_des_ACVM.aspx?id=94>.

225. *Ibid.*

interprovincial à participation volontaire, en raison de leur souveraineté parlementaire, principe fondamental qu'il est difficile de contrecarrer²²⁶.

Quant au cinquième critère, pertinent en cas d'adhésion volontaire, il ne semble pas utile dans le contexte où la Loi fédérale proposée, qui comporte aussi un important volet de droit criminel, est d'application obligatoire à travers le Canada, ce qui est normalement le cas²²⁷.

3. Le rôle du fédéralisme coopératif dans le second renvoi

Si l'on revient au sujet principal de cet article, quel pourrait être le rôle joué par le principe du fédéralisme coopératif dans cette nouvelle contestation judiciaire de la réglementation fédérale proposée? Je crois qu'il pourra jouer un quadruple rôle.

Premièrement, le fédéralisme coopératif pourra être invoqué au moment de l'analyse du caractère véritable, un peu à la manière qui avait été évoquée, quoique sans succès, par la juge Beverley McLachlin dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*²²⁸. Dans la plus récente mouture de la *Loi sur la stabilité des marchés des capitaux*, le législateur fédéral ajoute, à la liste des facteurs dont l'Autorité doit tenir compte avant d'effectuer la désignation, la question de savoir si les valeurs mobilières ou les instruments dérivés «sont déjà réglementés et, le cas échéant, la façon dont ils le sont»²²⁹; de même, avant de désigner les indices de référence, le législateur ajoute que l'Autorité doit tenir compte «de la question de savoir si l'indice est déjà réglementé et, le cas échéant, la façon dont il l'est»²³⁰. Il ne s'agit pas, à proprement parler, de législation par équivalence ou pragmatique, c'est-à-dire qui ne peut que combler un vide dans la réglementation existante, mais ces ajouts démontrent une volonté de coordonner les

226. Un argument similaire avait convaincu les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada*, *supra* note 150 à la p 548, et dans *Qc (PG) c Can (PG)* (abolition du registre des armes d'épaule), *supra* note 94 au para 20. Voir aussi, sur l'impact de la souveraineté parlementaire, Poirier, «Souveraineté parlementaire», *supra* note 81.

227. *Loi d'interprétation*, LRC 1985, c I-21, art 8(1).

228. *Renvoi Loi procréation assistée*, *supra* note 100 et le texte référant aux notes 101 à 106.

229. *Loi sur la stabilité des marchés des capitaux — ébauche aux fins de consultation*, *supra* note 206, art 20(2)h).

230. *Ibid*, art 18(1)g).

efforts réglementaires, tout en évitant « l'imposition d'un fardeau réglementaire excessif »²³¹.

Deuxièmement, le fédéralisme coopératif pourra être invoqué au moment du rattachement, afin d'assouplir le troisième critère du test de *General Motors*, en permettant une définition de l'objet de la Loi qui conduise à sa validité en application de la doctrine du double aspect. Les risques systémiques ne sont pas exclusivement de compétence provinciale ou fédérale et, comme on l'a vu plus haut, une des fonctions principales du fédéralisme coopératif est d'assouplir les doctrines interprétatives comme celles du caractère véritable et du double aspect.

Troisièmement, en présumant la Loi fédérale valide, si une ou des provinces adoptent une réglementation sur les risques systémiques qui recoupe la réglementation de l'Autorité de réglementation des marchés des capitaux, il est à prévoir que les lois provinciales portant sur les risques systémiques ne seront déclarées inopérantes qu'en présence de conflit avec la Loi fédérale portant sur ces mêmes risques. Or, comme nous l'avons vu, le fédéralisme coopératif rend plus onéreuse sur le plan analytique une démonstration de conflit d'observance ou d'objectifs. Il permettra alors de préserver le caractère opérant de réglementations potentiellement redondantes portant sur la gestion des risques systémiques.

Quatrièmement, puisque le régime coopératif repose, cette fois, sur une Loi fédérale et une loi provinciale uniforme, qu'il met sur pied un organisme conjoint chargé d'appliquer ces deux lois et qu'aucun des gouvernements liés par le Protocole ne le conteste, le fédéralisme coopératif pourra engendrer une retenue judiciaire dans l'examen du volet administratif de la délégation. En effet, comme nous l'avons vu plus haut²³², si aucune partie ne conteste l'entente gouvernementale, les tribunaux auront tendance à exercer une grande retenue, souvent en invoquant le fédéralisme coopératif, cette fois dans sa dimension plus fonctionnelle. Par exemple, la Cour suprême, dans *Grisnich*, a considéré qu'il n'est pas essentiel qu'un tribunal administratif précise la source à partir de laquelle il exerce son autorité réglementaire. Selon la Cour, le contribuable ne peut exiger, sous le prétexte de la responsabilité administrative, que l'organisme interprète sa propre loi et qu'il sache quel « chapeau » il porte au moment de poser une action. Le

231. *Ibid*, art 6(2).

232. Voir la partie IIC du présent texte.

juge LaForest écrivait alors qu'« [un]e certaine simplicité et, voire même, une certaine forme de responsabilité résultent du fait que le Parlement et les législatures provinciales aient doté un seul organisme spécialisé du pouvoir, émanant de deux sources, de réglementer un certain domaine technique et compliqué du droit »²³³.

Le Protocole d'accord établit qu'une Autorité sera créée (par voie législative), chargée d'appliquer la Loi fédérale et les lois provinciales en adoptant une série de règlements. Les provinces participantes seront assujetties à tous ces règlements; celles qui n'y participeront pas seront assujetties uniquement aux règlements élaborés en vertu de la Loi fédérale, encore une fois d'application uniforme à travers le Canada. Il n'en résultera peut-être pas autant de simplicité, mais, certainement, davantage de responsabilité, puisque le Parlement doit rendre des comptes à l'ensemble de la communauté canadienne, et non se plier aux revendications de l'une ou l'autre des provinces.

CONCLUSION

Le fédéralisme coopératif est l'héritier d'une conception à la fois territoriale et fonctionnelle du fédéralisme canadien. En effet, malgré sa souplesse souvent évoquée, le fédéralisme coopératif ne peut repousser les « frontières constitutionnelles qui sous-tendent le partage des compétences »²³⁴ ou le modifier²³⁵. Il semble donc respecter le paradigme territorial et s'inscrire en son sein.

Pendant, le fédéralisme coopératif ne peut se concevoir purement à l'intérieur du paradigme territorial. En effet, ses dimensions pragmatiques et fonctionnelles sont omniprésentes, ce qu'illustre bien le Renvoi de 2011, avec l'accent qu'il met sur l'interdépendance des provinces et leur incapacité fonctionnelle à maintenir une couverture interprovinciale suffisante pour parer aux risques systémiques. En ce sens, ce critère se rapproche de celui qui caractérise la doctrine des dimensions nationales, selon laquelle l'incapacité provinciale est démontrée lorsque « l'omission d'une province de s'occuper efficacement des aspects intraprovinciaux de la question pourrait avoir un

233. *Grisnich*, *supra* note 132 au para XXVII (motifs concordants).

234. Renvoi de 2011, *supra* note 1 au para 62.

235. Voir, par exemple, le *Qc (PG) c Can (PG)* (abolition du registre des armes d'épau), *supra* note 94 aux para 18–19.

effet préjudiciable sur des intérêts extraprovinciaux»²³⁶. Ce critère sert donc, en réalité, à parer au risque de non-coopération, plutôt qu'à pallier une quelconque incapacité. Au fond, le paradoxe du fédéralisme coopératif est que sa limite inhérente réside dans le risque de non-coopération.

Si le fédéralisme coopératif n'est ni territorial ni fonctionnel, s'il ne profite exclusivement ni aux entités fédérées ni au pouvoir central, s'il n'a pas la capacité (officiellement du moins) de modifier le partage des compétences ni celle de forcer une partie à agir de manière à prolonger une coopération dont elle ne voudrait plus, alors il est permis de se demander ce qu'il reste du fédéralisme coopératif ou comment faire pour lui conférer une certaine normativité au-delà des limites déjà explicitées?

La réponse à cette question peut se trouver, encore une fois, dans le dossier des valeurs mobilières. Rappelons à ce titre que les termes «risques systémiques» ne figuraient nulle part dans la Loi proposée en 2011. Ainsi, la reconnaissance d'un aspect fédéral lié à l'incapacité des provinces relève d'une véritable construction judiciaire, laquelle a été habilement reprise par le législateur fédéral dans la seconde mouture du projet de loi. Si le fédéralisme coopératif était sans force normative, il n'aurait certainement pas été le tremplin à partir duquel la Cour extrapole sur la validité potentielle d'une loi qui porterait principalement sur le contrôle des risques systémiques et la collecte de données, tout en invitant les parties, en termes peu voilés, à coopérer pour réaliser ces objectifs.

236. *R c Crown Zellerbach Canada Ltd*, [1988] 1 RCS 401 au para 39, 1988 CanLII 63 (CSC).