

Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien: les ententes intergouvernementales

Johanne Poirier *

RÉSUMÉ

Les ententes intergouvernementales (EIG) conclues entre partenaires d'une fédération font partie intégrante du destin fédéral. Ces accords se comptent par centaines et couvrent la quasi-totalité des domaines de politiques publiques. Rarement sources directes de droit constitutionnel formel, de nombreuses EIG ont néanmoins pour effet (voire, comme objectif) de transformer le paysage constitutionnel et les rapports tant politiques que juridiques au sein d'une fédération. Dans une première partie, l'auteure explore plusieurs facettes de ce rôle « para-constitutionnel » rempli par de nombreuses EIG au Canada.

Une seconde partie est consacrée à l'approche jurisprudentielle souvent paradoxale – voire erratique – réservée aux EIG. D'une part, la Cour suprême du Canada défend une vision dualiste classique du fédéralisme et de la souveraineté parlementaire, qui cadre mal avec la réalité de l'enchevêtrement de l'exercice des compétences. Dans ce contexte, les EIG se retrouvent tout au bas de la hiérarchie des normes formelles (voire en sont exclues). Ce statut est contredit par leur effectivité incontestable dans la vie de la fédération. D'autre part, lorsque le statut juridique des EIG ne fait pas l'objet d'une contestation directe, les tribunaux leur accordent – souvent implicitement - une force normative extrêmement élevée, ce qui peut avoir des conséquences inquiétantes en termes d'imputabilité, de transparence et de clarté des voies de recours, notamment pour les tiers. Quoique bienveillant, ce type d'aveuglement volontaire de la part du pouvoir judiciaire contribue également à transformer, de manière indirecte et implicite, le paysage constitutionnel canadien.

* Professeure, Faculté de droit, Co-directrice du Centre de droit public, Université Libre de Bruxelles (jpoirier@ulb.ac.be). Je remercie vivement Marc-Antoine Adam et Pierre Klein pour leur relecture attentive, de même que Linda Cardinal et Jean Leclair pour leurs éclaircissements au sujet de certaines sections de ce texte. Toute erreur qui subsisterait m'est, comme il se doit, imputable !

INTRODUCTION

La figure du contrat nourrit l'imaginaire dans les États démocratiques. L'image clé est sans doute celle du « contrat social » liant les citoyens à leur État ou à leurs gouvernants. On peut également voir la démocratie représentative comme une forme de contrat entre les électeurs et leurs représentants.

Par ailleurs, l'État contemporain a de plus en plus recours à des modes consensuels de gestion des affaires publiques¹. On pense, par exemple, aux codes volontaires négociés avec les entreprises en matière environnementale ou à divers « contrats de gestion » conclus entre organes de l'État et organismes para-publics. Le paradigme du droit unilatéral, imposé, fait partiellement place à un droit négocié, avec divers pans de la société². Cela dit, dans ses rapports avec les citoyens et les entreprises privées ou publiques, l'État conserve le monopole du choix des armes. Il peut décider - pour des motifs d'efficacité ou de promotion de la « participation citoyenne » - de recourir à des instruments de type « contractuel », sans perdre, toutefois, son privilège de recourir à l'action unilatérale.

Si la figure du contrat fait partie intégrante de l'État démocratique contemporain, elle est également indissociable du phénomène fédéral. D'une part, l'acte de naissance d'un État fédéral est marqué du sceau contractuel, que la fédération résulte d'un processus d'union d'entités relativement autonomes ou de la dissociation au sein d'un État antérieurement unitaire. Les contrats fondateurs que sont les constitutions fédérales identifient ce que les « partenaires fédéraux » souhaitent mettre en commun, de même que les matières sur lesquelles ils exigent l'exclusivité des compétences. Le « contrat » désigne généralement un arbitre pour régler leurs différends : une Cour suprême ou une Cour constitutionnelle sera chargée de l'interpréter et d'en assurer le respect. Évidemment, la genèse contractuelle des régimes fédéraux reflète (comme toute relation contractuelle) les rapports de force existant au sein du système.

D'autre part, la figure du contrat et des normes négociées est inhérente à la gouvernance fédérale, et ce, dans tous les domaines de la sphère publique. Ainsi, les centaines d'ententes intergouvernementales (EIG) conclues chaque année entre le gouvernement fédéral et les provinces, ou entre ces dernières, sont la manifestation la plus marquante de l'ubiquité des rapports de type contractuel, dans la vie d'une fédération.

En effet, le « choix des armes » dont l'État dispose dans ses relations avec les citoyens et les entreprises, est singulièrement réduit dans le contexte des relations intergouvernementales. Ceci est particulièrement vrai dans le cas des régimes fédéraux fondés sur un principe d'égalité entre autorité centrale et entités fédérées³. Dans un tel cas, un ordre de

¹ La littérature relative à cette évolution est extrêmement riche. Voir, Peter Vincent-Jones, *The New Public Contracting: Regulation, Responsiveness, Relationality*, Oxford, O.U.P., 2006; Michelle Cumyn « La contractualisation de l'action publique : contrat juridique ou contrat social ? », (2006) 47 *C. de D* 677 [ci-après « Cumyn »] et Pierre Noreau, « Mutation de la gestion de l'État et mutation du droit public : tendances et perspectives », Site interactif et interdisciplinaire de recherche sur le droit public du Centre de droit public de l'ULB : « Le droit public existe-t-il ? » : <http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=14> (consulté 10 avril 2008).

² Philippe Gérard, François Ost et Michel Van De Kerchove (éd.), *Droit négocié, droit imposé?*, Facultés Universitaires St-Louis, Bruxelles, 1996.

³ Francis Delpérée et Marc Verdussen, « L'égalité, mesure du fédéralisme », dans Jean-François Gaudreault-Desbiens et Fabien Gélinas (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états: Gouvernance, identité et méthodologie /*

gouvernement ne peut en principe imposer des normes à un autre ordre de gouvernement. Il est donc contraint de négocier.

Autrement dit, le principe du fédéralisme ne balise pas uniquement ce que chaque « parcelle de l'État » (autorité fédérale ou fédérée) peut faire (les compétences *matérielles*) ou l'espace sur lequel elle peut agir (les compétences *territoriales*). Il modifie également la *manière* dont les partenaires fédéraux peuvent agir dans la gestion des affaires publiques. Le principe du fédéralisme induit ainsi un mode particulier de production normative, foncièrement consensuel, et qui se distingue dès lors du paradigme classique de la normativité étatique conçue traditionnellement comme étant unilatérale, hiérarchique, voire autoritaire.

S'inscrivant dans une réflexion collective sur les sources du droit constitutionnel canadien, la présente contribution vise à examiner dans quelle mesure les EIG, ces instruments de facture consensuelle, peuvent générer des normes constitutionnelles, ou du moins, altérer le « paysage » constitutionnel.

Une première partie proposera une brève photographie de la pratique des EIG (1.1), de même qu'un survol des multiples fonctions (para)constitutionnelles que ces dernières sont appelées à remplir dans la vie d'un État fédéral (1.2). Une seconde partie abordera l'ambivalence avec laquelle le droit public canadien – et plus particulièrement la jurisprudence tant constitutionnelle qu'administrative – traite ces instruments incontournables de la gouvernance fédérale. En effet, la jurisprudence, notamment celle de la Cour suprême du Canada, propose une lecture réductrice du statut de ces ententes, consolidant ainsi une vision du fédéralisme dualiste et classique (2.1). Cependant, un autre courant se dégage, en parallèle, et de manière paradoxale. Il s'agit d'une tendance à « sublimer » la coopération et à conférer – la plupart du temps avec une carence d'analyse étonnante – une force normative particulièrement élevée à ces instruments de gestion des affaires publiques (2.2)⁴.

1. Les ententes intergouvernementales comme agents de transformation du paysage constitutionnel canadien

Les sources du droit constitutionnel canadien sont variées : la richesse des contributions au présent numéro spécial en témoigne. Le droit constitutionnel puise ses sources dans les lois constitutionnelles formelles, une série d'autres documents à caractère constitutionnel, des

The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology, Carswell/Bruylant, Montréal/Bruxelles, 2005, p. 193-208.

⁴ Pour une analyse plus détaillée de divers aspects de la pratique et de la théorie des ententes intergouvernementales, je me permets de renvoyer les lecteurs à certains autres textes : Johanne Poirier, *Keeping Promises in Federal Systems ; The Legal Status of Intergovernmental Agreements ; A comparative study of cooperative federalism in Belgium and Canada*, à paraître chez Peter Lang, 2008 [ci-après : « Poirier, « Keeping Promises »]; « Quand le non-droit fait la loi : les ententes entre partenaires fédéraux et l'hypothèse du pluralisme juridique », Site collaboratif de recherches sur l'avenir du droit public :

[http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=14&tx_ttnews\[pointer\]=1&cHash=bf631284b0](http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=14&tx_ttnews[pointer]=1&cHash=bf631284b0) (21 pp., mai 2007) [ci-après « Poirier, 2007 »]; « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ? Le cas des accords de coopération dans le système fédéral belge », *Numéro spécial de la Revue de droit de l'ULB*, vol. 33, 2006-1, p. 261-314 [ci-après « Poirier, 2006 »] ; « Les ententes intergouvernementales dans les régimes fédéraux : aux confins du droit et du non-droit », dans Gaudreault-Desbiens et Gélinas, *supra* note 3, p. 441-474 [ci-après « Poirier, 2005 »]; « Intergovernmental Agreements in Canada : at the Cross-roads Between Law and Politics », dans Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University : *The State of the Federation 2001-2002*, McGill-Queen's University Press, Kingston/Montréal, 2003, p. 425-462 [ci-après, « Poirier, 2003 »]; « Les accords de coopération belges au regard du droit comparé », Recherche réalisée pour le compte de la Région de Bruxelles-Capitale, décembre 2001.

principes non-écrits, des conventions, une jurisprudence riche et souvent contrastée. L'hypothèse avancée ici est qu'une part de la pratique des EIG contribue également à un processus d'ingénierie constitutionnelle.

1.1 Une pratique riche, diversifiée ... et souvent opaque

Il est impossible d'évaluer avec précision l'ampleur de la pratique des ententes intergouvernementales. Ces accords se comptent par centaines, voire par milliers. Ils couvrent la quasi-totalité des domaines de politiques publiques : de la gestion des routes à la protection des minorités linguistiques, en passant par le financement des soins de santé et les modalités de la présence des provinces dans les ambassades canadiennes à l'étranger.

Les ententes intergouvernementales sont affublées d'une multitude de dénominations⁵. Ceci ne facilite évidemment pas la recension de ces accords, ni la recherche jurisprudentielle à leur endroit. Il convient de noter, toutefois, qu'en principe, l'intitulé d'une entente n'influe aucunement sur son statut juridique⁶.

Traditionnellement, la pratique canadienne s'inscrit davantage dans un schéma fédéral-provincial qu'interprovincial, en raison notamment du rôle que remplissent les EIG dans la mise en œuvre du pouvoir fédéral de dépenser⁷. L'on constate cependant un phénomène notable et croissant d'horizontalité – c'est-à-dire un approfondissement des relations interprovinciales « conventionnelles ».

Jusqu'au début des années 2000, les ententes étaient rarement publiées : en obtenir copie, voire en connaître l'existence, relevait parfois du défi. Cela peut sembler paradoxal étant donné la densité de la pratique et l'importance du rôle dévolu aux EIG dans le fonctionnement du fédéralisme canadien depuis des décennies. Toutefois, la révolution internet a eu un impact dans ce contexte-ci également, et plusieurs ententes qui étaient auparavant difficilement accessibles, sont dorénavant disponibles sur des sites gouvernementaux, selon les domaines d'activités. Ces publications ne sont toutefois ni officielles, ni complètes, ni systématiques. Le même accord peut se retrouver sur plusieurs sites, et rien n'assure que le document téléchargé soit le plus récent ou qu'il soit toujours en vigueur. Certaines ententes, pourtant fort publicisées, sont reproduites en texte intégral, mais ne sont pas datées⁸. Cette multiplication de stratégies de communication est peut-être davantage dictée par des impératifs politiques que par un souci de transparence et d'imputabilité administrative⁹. On oscille donc entre opacité et une certaine forme d'anarchie.

⁵ A titre d'exemples, les appellations suivantes désignent les ententes répertoriées en 2007 et 2008 dans le registre du Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes du Québec : « entente », « entente de coopération », « accord de coopération », « accord de mise en œuvre », « convention », « protocole », « protocole de coopération », « accord-cadre », « entente administrative », « entente de contribution », « convention d'exploitation », « accord-cadre de coopération », « accord sous forme de lettres ». Cette liste n'est pas exhaustive. (http://www.saic.gouv.qc.ca/ententes_intergouvernementales/ententes_intergouvernementales.htm; consultation 10 avril 2008) ([ci-après « site SAIC »]).

⁶ A l'exception probable de « Gentlemen's agreement » ou « Entente sur l'honneur » qui signale le choix des signataires de maintenir leur entente « hors du droit ».

⁷ Voir *infra*, section 1.2.2.

⁸ Voir Accord pancanadien sur l'harmonisation environnementale, janvier 1998 : http://www.cmec.ca/assets/pdf/accord_harmonization_f.pdf (consulté 12 avril 2008). Cet accord date de janvier 1998 (information dérivée d'autres sections du site).

⁹ À noter que plusieurs projets d'ententes en matière de protection de l'environnement font l'objet de consultations publiques, ce qui était impensable il y a encore quelques années. L'impact du New Public

Il convient néanmoins de souligner que le gouvernement du Québec conserve un registre détaillé des ententes fédérales-provinciales et interprovinciales auxquelles il souscrit¹⁰. L'archivage est efficace et permet l'accès – sur demande – à la quasi totalité des accords auxquels le Québec est partie. Le système est intégré à une conception très structurée et stratégique des relations intergouvernementales qu'entretient le Québec avec le « reste du Canada ». En 2005, le Parti libéral du Québec a placé la liste de toutes ces ententes sur le site internet du SAIC. Cette initiative doit être applaudie sur le plan de la transparence administrative. Cette décision traduit peut-être un enjeu politique, dans la mesure où cette liste suggère que le fédéralisme canadien peut fonctionner au-delà des importantes controverses constitutionnelles qui le traversent. Le nombre d'EIG conclues par le gouvernement du Québec n'était pas nécessairement inférieur sous l'égide du Parti québécois, mais ce dernier n'étalait pas la pratique de manière aussi manifeste¹¹.

La situation est beaucoup plus confuse au niveau fédéral. Depuis des décennies, les ministères fédéraux, tant à Ottawa que dans les bureaux dits « régionaux », ont conclu quelques milliers d'ententes avec les provinces. Ces accords n'ont pas fait l'objet d'un archivage systématique. Des versions non-officielles circulent fréquemment. Des textes non-signés sont parfois mis en œuvre, ce qui peut engendrer une certaine perplexité de la part des juges confrontés à ce type d'instruments¹². Dans la majorité des cas, il est impossible de savoir si une entente est toujours en vigueur ou non. Jusqu'à la fin des années 1990, il n'existait aucun registre centralisé.

Dans le sillon de la stratégie fédérale qui a suivi le référendum sur la souveraineté du Québec en 1995, le Bureau du Conseil Privé à Ottawa avait lancé un ambitieux projet de répertoire – en texte intégral - des ententes¹³. Le but était notamment de prendre acte de la profusion d'exemples du fédéralisme « fonctionnel ». Le projet avait permis d'identifier plus de 1500 ententes, en principe en vigueur¹⁴, auxquelles le gouvernement fédéral était partie. Ce répertoire était pour « usage interne » via un site intranet protégé. La tenue de ce registre a apparemment été abandonnée par le gouvernement conservateur de Stephen Harper en 2006. Retour, donc, à la gestion largement opaque, et *a priori*, peu structurée, de départ. Cela dit, tel que mentionné, certains ministères mettent en ligne des ententes particulièrement significatives sur leurs sites respectifs. L'information circule mieux qu'avant, mais elle est parcellaire, et peu systématisée.

En somme, une pratique abondante et, comme nous le verrons, essentielle aux rouages des relations fédérales-provinciales, reste largement d'une « discrétion » remarquable en ce qui a trait à la publicité des normes.

Management, et du droit international de l'environnement, est tangible : Aude Tremblay, « Participation publique et évaluation environnementale transfrontières au Canada : transcender les frontières par le droit ? », Mémoire de maîtrise (LL.M.), Université Laval, 2006.

¹⁰ L'obligation légale de tenir le registre a été introduite en 1988, mais en pratique, ce dernier était déjà en place depuis de nombreuses années. L'entente la plus ancienne qui y est répertoriée date de 1922.

¹¹ Cela dit, il est possible que la mise en ligne en 2005 résulte essentiellement de l'évolution de la technologie et des mécanismes de communication avec le public... Un hasard de calendrier...

¹² *Commissaire aux langues officielles c. Canada (Ministère de la Justice)*, C.F. 1ere inst., T-2170-98, 23.03.2001 (2001) CFPI 239 [Affaire des contraventions]. Sans trancher quant au statut de ce document non signé, mais qui dictait un transfert de l'exercice de compétences fédérales vers l'Ontario, le juge a néanmoins enjoint aux parties de l'amender afin de corriger l'impact négatif sur les droits linguistiques.

¹³ Pour une description de ce registre, voir Poirier, 2003, *supra* note 4, p. 427 et ss.

¹⁴ Quoique dans bien des cas, il était impossible de déterminer si une entente avait été reconduite tacitement, remplacée par une autre ou était toujours d'application. Ce qui ajoute, évidemment, à l'opacité du système.

1.2 L'ingénierie constitutionnelle par la voie contractuelle

Les ententes intergouvernementales constituent des instruments pragmatiques de l'interface entre différents partenaires fédéraux. Elles permettent d'articuler l'action de divers intervenants publics dont les compétences matérielles et territoriales sont, en principe, cadencées par l'architecture fédérale.

L'objectif de tels accords est de coordonner l'exercice de compétences exclusives¹⁵ ou de répartir les responsabilités dans le cas de compétences concurrentes ou partagées¹⁶. Il peut également s'agir d'ententes de cofinancement ou d'une forme de contrat de prestation de services d'un ordre de gouvernement envers un autre¹⁷. L'objectif général poursuivi par ce type d'ententes est de réduire les risques de chevauchements, et, plus globalement, de rationaliser l'action publique des différents partenaires fédéraux.

De nombreuses ententes introduisent des processus de collaboration procédurale (échanges d'information ou de bonnes pratiques, fixation de rencontres périodiques entre responsables politiques ou gestionnaires, etc.). Des ententes « de principe » ou « cadre » peuvent mettre sur pied un processus d'élaboration d'accords plus spécifiques et contraignants¹⁸. Des clauses contractuelles peuvent prévoir des modalités de résolution de conflits¹⁹, mettre sur pied divers « comités de suivi » ou des organes de gestion conjoints. La coopération se veut alors davantage « organique ».

Nombre d'accords rempliront évidemment ces trois types de fonctions²⁰. Les EIG qui remplissent une panoplie de fonctions de coordination matérielle ou de collaboration procédurale ou organique sont souvent décrites comme des ententes « administratives ». Elles représentent l'huile dans la machinerie fédérale et visent à répondre aux questions « qui fait quoi ? », « qui paie pour quoi ? » et « comment s'organise-t-on ? ». À première vue, le rôle de ce type d'ententes n'est pas de modifier la normativité constitutionnelle en soi, mais de la rendre opérationnelle.

Mais au-delà de ces fonctions d'articulation des compétences et de structuration d'actions concertées, les EIG remplissent également une série de fonctions constitutionnelles (1.2.1) ou para-constitutionnelles (1.2.2). En effet, les EIG permettent parfois aux composantes d'une fédération d'aménager leurs rapports en marge – voire à l'encontre – des normes

¹⁵ Telle la reconnaissance réciproque par diverses provinces de permis d'exercer certains métiers : Entente Québec-Ontario sur la mobilité de la main d'œuvre et la reconnaissance de la qualification professionnelle, des compétences et des expériences de travail dans l'industrie de la construction (no. 2006-040, site SAIC, *supra* note 5).

¹⁶ Par exemple : Accord pancanadien sur l'harmonisation environnementale, *supra* note 8.

¹⁷ Entente sur le financement des mesures de sécurité requises pour la Conférence des Nations Unies sur les changements climatiques tenue à Montréal (no. 2001-028, site du SAIC, *supra* note 5). Les ententes en vertu desquelles la Gendarmerie royale du Canada remplit des fonctions de police provinciale dans huit des dix provinces, sont de ce type : voir discussion de l'arrêt *Société des Acadiennes et Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Canada*, 2008 CSC 15, *infra* section 2.2) [Paulin].

¹⁸ Par exemple : Entente-cadre sur l'infrastructure Canada-Colombie-Britannique, conclue en novembre 2007 : www.buildingcanada-chantierscanada.gc.ca/plandocs/agreements-ententes/ifa-eci-bc-fra.html (consulté 12 avril 2008).

¹⁹ Ceux-ci peuvent aller de la reconnaissance de la compétence de certains tribunaux judiciaires, à des engagements à simplement rechercher des solutions « négociées », en passant par l'arbitrage : voir Poirier, 2003, *supra* note 4, p. 446.

²⁰ Voir, par exemple, Accord sur le commerce intérieur, 1994 : <http://www.ait-aci.ca/fr/ait/AIT%20Original%20french%20with%20signatures.pdf> (consulté 10 avril 2008).

constitutionnelles formelles. Ce sont évidemment ces fonctions de « réingénierie constitutionnelle » qui interpellent dans le contexte d'une réflexion sur les sources du droit constitutionnel.

1.2.1 Les ententes comme sources officielles de normes constitutionnelles

Comme nous le verrons dans la deuxième partie de ce texte, les EIG ne peuvent en principe altérer l'ordre juridique fédéral ou provincial, si elles ne sont pas formellement intégrées à cet ordre juridique par le biais de normes unilatérales, ce qui est excessivement rare. Par conséquent, peu d'EIG sont officiellement sources de droit positif, *a fortiori* des normes de valeur constitutionnelle, c'est-à-dire des normes au statut supra-législatif, et qui sont dès lors immunisées contre les modifications ou répudiations unilatérales par l'un ou l'autre des signataires.

Les « Conditions d'adhésion » qui ont encadré l'adhésion de nouvelles provinces au Canada après 1867 ont introduit de telles normes. Au fil des ans, ces ententes ont suscité des interprétations très variées, voire irréconciliables. Ainsi, des ententes conclues entre Ottawa et la Colombie-Britannique en 1873 et 1883 ont été successivement qualifiées de « traités », de « compacts constitutionnels », d'ententes « essentiellement commerciales »²¹, et, en 1994, de « simples » ententes « politiques »²². Les « *Terms of Entry* » des provinces de l'Ouest sont aujourd'hui annexés à la *Loi constitutionnelle de 1982* et jouissent dès lors d'un statut constitutionnel²³. Il en va de même des ententes ayant transféré le contrôle des ressources naturelles aux provinces de l'Ouest et qui ont été constitutionnalisées en 1930²⁴. Toute modification requiert le consentement unanime des parties signataires, voire même (ce qui serait logique) le respect des procédures d'amendement formelles²⁵. Ce type d'EIG de facture constitutionnelle représente un artefact historique et est tout à fait exceptionnel dans l'ordre juridique canadien²⁶. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'instruments qui confirment la prégnance de la figure contractuelle dans la genèse et l'évolution du régime fédéral canadien.

L'Accord du Lac Meech prévoyait l'enchâssement de l'entente Ottawa-Québec en matière d'immigration, ce qui lui aurait conféré un statut supra-législatif²⁷. L'Accord de Charlottetown envisageait quant à lui un processus de « constitutionnalisation à la carte » : des ententes auraient pu être dotées d'un statut supra-législatif valable pour une période de

²¹ *B.C. c. Canada*, [1889] 14 A.C. 295 (C.P.), renversant [1887] 14 R.C.S 345.

²² *Canada (P.G.) c. Colombie-Britannique (P.G.) (Re Acte concernant le chemin de fer de l'île de Vancouver)*, [1994] 2 R.C.S. 41 [Affaire du chemin de fer de C.-B., 1994]; Nigel Bankes, « *Constitutionalized Intergovernmental Agreements and Third Parties: Canada and Australia* », (1992) 30 *Alta L.R.* 524; Sur ces questions, voir Poirier, « *Keeping Promises* », *supra* note 4, ch. 4, section 4.1.3; ch. 5, section 5.1.1; et ch. 6, section 6.2.1.

²³ Art. 52(2)(b) et Annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, app. II, no. 44.

²⁴ *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, no. 26.

²⁵ Généralement en vertu de la procédure prévue à l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 23. Voir aussi : *Hogan c. A.G. Newfoundland*, (2000) 183 D.L.R. (4th) 225 (C.A. T.-N.); Bankes, *supra* note 22, p. 529 (note 19) et p. 533. Par contre, certains éléments n'affectant que la constitution des provinces, pourraient être modifiés en vertu de l'art. 45.

²⁶ Dans les processus de fédéralisation par « dissociation », le transfert de compétences peut être assujéti à une condition suspensive, soit celle de l'adoption d'ententes intergouvernementales visant à assurer une transition harmonieuse dans des domaines de politiques publiques devant être divisés : sur la Belgique, voir Poirier, 2006, *supra* note 4.

²⁷ De tels accords devaient par contre être compatibles avec certaines lois en matière d'immigration, voir projet d'insertion d'un nouvel article 95B (2) dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, no. 5 dans l'Accord du Lac Meech du 3 juin 1987 : (<http://pages.infinit.net/histoire/lacmeech.html>; consulté 10 avril 2008).

cinq ans (en principe, renouvelable)²⁸. Ces ententes auraient ainsi également eu une valeur constitutionnelle. Ces projets de « constitutionnalisation » ont évidemment subi le même sort que les accords politiques qui les échafaudaient.

1.2.2 Les ententes intergouvernementales comme sources « officieuses » de normativité constitutionnelle

Il découle de l'analyse qui précède que la très vaste majorité des EIG ne sont pas dotées d'une valeur constitutionnelle, et qu'elles ne peuvent - officiellement - être source de normes supra-législatives en droit positif. Il est néanmoins indéniable que bon nombre d'EIG ont pour effet (et parfois comme objectif, avoué ou non) de moduler l'ordre juridique constitutionnel formel. Les prochaines sous-sections mettent en évidence certaines de ces fonctions « para-constitutionnelles ».

La répartition des compétences au sein d'une fédération peut représenter un obstacle encombrant pour la mise en œuvre de certaines politiques publiques. Au moins deux options s'offrent alors aux acteurs fédéraux. La première consiste en une clarification des rôles, des responsabilités, des compétences formelles, couplée à une adaptation des mécanismes de financement, afin de les mettre en meilleure adéquation avec la réalité contemporaine des services publics devant être fournis à la population. C'est la voie que vient de choisir la Suisse, après quinze ans d'efforts soutenus²⁹.

La seconde est de recourir à des mécanismes coopératifs, notamment les ententes intergouvernementales, pour contourner la répartition formelle des compétences exclusives³⁰. C'est la voie pour laquelle les acteurs canadiens ont opté, notamment en raison d'une croyance, de plus en plus ancrée, selon laquelle toute réforme significative de la Constitution canadienne est inatteignable, sans intérêt, voire périlleuse. À une époque de glorification de la « gouvernance à niveaux multiples », les démarcations normatives et administratives qu'impose en partie une constitution fédérale sont souvent considérées comme inopportunes, inefficaces, ou obsolète. Pour certains, mieux vaudrait dès lors ne pas sacraliser la répartition formelle des compétences, surtout lorsqu'elle a été opérée essentiellement au 19^e siècle. La solution serait alors d'élaborer des arrangements désignés comme « non-constitutionnels » pour éluder ce cloisonnement formel.

❖ Les EIG comme pivots du pouvoir de dépenser : la *realpolitik* à l'œuvre

L'une des principales fonctions des EIG est de concrétiser le « pouvoir de dépenser ». Point n'est besoin de démontrer que dans certains cas, le gouvernement fédéral fait une offre aux

²⁸ Accord de Charlottetown, 1993, art. 26, qui aurait inséré un nouvel article 126A dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. À noter que seules les ententes fédérales-provinciales étaient envisagées. Mais on ne voit pas pourquoi un tel processus de « constitutionnalisation temporaire » ne pourrait être mis à la disposition des provinces qui le souhaitent pour régir leurs relations conventionnelles.

²⁹ Département fédéral des finances et conférences des gouvernements cantonaux, *Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT)*, Berne, sept. 2007 : <http://www.nfa.ch/fr/dokumente/broschuere/> (consulté 8 avril 2008).

³⁰ Dans le cas de compétences concurrentes ou partagées, les EIG peuvent servir à clarifier « qui fait quoi ». L'impact sur la gestion des affaires publiques est significatif, mais ne pose pas le même type de difficulté sur le plan constitutionnel : on maintient un « flou artistique » autour de la répartition formelle, mais on ne la contourne pas aussi directement...

provinces que celles-ci peuvent difficilement refuser. Pour les défenseurs de ce pouvoir partenaire fédéral qui finance une initiative ne relevant pas de ses compétences constitutionnelles ne légifère pas en la matière La doctrine québécoise (et une certaine doctrine canadienne-anglophone) a de longue date souligné à quel point cette condition jurisprudentielle était artificielle³¹. Celui qui tient la bourse a une influence sur les priorités du récipiendaire et parvient parfois à faire indirectement ce qui ne peut être effectué directement. La conditionnalité des contributions effectuées par le biais du pouvoir de dépenser, inscrite la plupart du temps dans des EIG, a un impact normatif important, même si formellement, en droit positif, ces conditions ne sont pas nécessairement justiciables

Classiquement, la figure du contrat est fondée sur une prémisse d'égalité entre les parties. La réalité contractuelle, qu'il s'agisse de traités internationaux ou de contrats privés, peut évidemment être tout autre. Peu importe leur statut juridique formel (nous y reviendrons), les EIG sont négociées comme des contrats et elles reflètent les rapports de force au sein de la fédération : « Vous avez l'argent, nous avons la compétence législative, nous avons besoin de financement pour nos infrastructures ou notre système de santé, vous avez besoin de visibilité ou de légitimité politique..., on peut s'arranger »³². Perçu sous l'angle de la prestation de services, le résultat peut être satisfaisant. Mais on ne peut prétendre que les « ententes de contribution » qui mettent en œuvre le pouvoir de dépenser sont purement « administratives ». Par leur effet cumulatif, elles réaménagent l'architecture fédérale. Il ne s'agit pas de processus « non-constitutionnels » mais plutôt de « l'autrement constitutionnel »³³.

❖ Le renoncement à l'exercice de compétences ou de ressources propres (ou du moins à la clarification des règles du jeu...)

La *realpolitik* n'est pas nécessairement à sens unique. Ainsi, les ressources sous-marines au large de la Colombie-Britannique ou de Terre-Neuve relèvent de la compétence fédérale³⁴. La situation n'est pas aussi claire pour les eaux du Golfe St-Laurent. Ottawa a néanmoins accepté de négocier des ententes avec certaines provinces Atlantique relatives aux ressources se trouvant dans cette zone³⁵. Ces ententes permettent aux provinces de participer à l'exploitation des ressources et d'en conserver les bénéfices³⁶. Ce, sans attendre la clarification au sujet de la « titularité » sur ces ressources. Les parties expriment même le souhait que les termes de l'accord subsistent à tout jugement au sujet de la propriété des

³¹ Voir section 2 de la contribution de Marc-Antoine Adam dans le présent numéro spécial; David W.S. Yudin, « The Federal Spending Power in Canada, Australia and the United States », (2002) 13 *Revue nationale de droit constitutionnel* 437 et Andrée Lajoie, « The Federal Spending Power and Fiscal Imbalance in Canada », in Sujit Choudry, Jean-François Gaudreault-DesBiens, Lorne Sossin, dir., *Dilemmas of Solidarity: Rethinking Distribution in the Canadian Federation*, University of Toronto Press, Toronto, 2006, pp. 145-166

³² Les ententes en matière d'infrastructure s'inscrivent clairement dans ce schéma.

³³ À noter que dans de nombreux cas, les versements fédéraux à des tiers relevant de la compétence provinciale seront conditionnés par la conclusion d'une entente avec la province : voir, par exemple, art. 3.4.3 de l'Entente-cadre sur l'infrastructure Canada-Colombie-Britannique, conclue en novembre 2007 : www.buildingcanada-chantierscanada.gc.ca/plandocs/agreements-ententes/ifa-eci-bc-fra.html (consulté 12 avril 2008).

³⁴ Renvoi sur les droits miniers sous-marins de la Colombie-Britannique, [1967] R.C.S. 792; *Re Plateau continental de Terre-Neuve (Hibernia)*, [1984] 1 R.C.S. 86; Gérald-A. Beaudoin, *Le fédéralisme au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 909.

³⁵ Une entente similaire est intervenue en Australie en 1979: Marcus Haward, « The offshore » dans Brian Galligan et al. (dir.), *Intergovernmental Relations and Public Policy*, Sydney, Allen & Unwin, 1991, p. 109, p. 115 et ss.

³⁶ Voir Accord Canada-Nouvelle-Écosse sur les hydrocarbures extracôtiers, 1986 et Entente sur les ressources extracôtiers de 2005. Le texte de ce dernier accord se trouve à : www.fin.gc.ca/FEDPROV/PDF/nsaf.pdf (consulté 8 avril 2008).

ressources et de la répartition des compétences en la matière !³⁷ Si l'on tient compte du fait que les ressources énergétiques sous-terraines des provinces de l'Ouest (ou que l'énergie hydro-électrique du Québec) sont de compétence provinciale, l'on constate un hasard de la géographie, combiné à une interprétation jurisprudentielle, qui favorise certaines provinces au détriment de certaines autres. Dans un souci d'équité interrégionale³⁸, Ottawa a opté pour un compromis, qui met la Constitution largement entre parenthèses³⁹. Quant aux provinces, elles misent sur l'adage « un 'tiens' vaut mieux que deux 'tu l'auras' ». Surtout que dans ce contexte, elles auront en principe... ce qu'elles détiennent déjà par le biais de l'entente !.

Ces ententes ne modifient pas officiellement la répartition des compétences. Cette dernière est mise entre parenthèses par le biais de « contrats » qui sont relativement vulnérables sur le plan juridique. Ce processus transforme le paysage constitutionnel, en marge de la Constitution formelle. Cette absence de protection constitutionnelle fait en sorte que de tels arrangements restent susceptibles d'une dénonciation unilatérale⁴⁰. Il n'en demeure pas moins qu'en dépit de cette fragilité, les ententes jouissent d'une très grande effectivité, qui leur permet de remodeler les relations interfédérales, en marge du processus formel d'amendement constitutionnel.

❖ Les EIG comme *ersatz* à des réformes constitutionnelles

L'exemple qui précède illustre que des EIG peuvent servir de substituts à des réformes constitutionnelles. En effet, une solution plus « nette » à la disparité entre les provinces disposant de ressources sous-terraines et celles dont les côtes maritimes sont gorgées de ressources qui leur échappent en vertu du droit constitutionnel canadien, eût été de transférer les ressources côtières aux provinces. L'on peut imaginer l'ampleur des négociations multilatérales qu'un tel transfert nécessiterait... La solution contractuelle bilatérale est indéniablement plus simple.

Les EIG servent ainsi fréquemment à éviter les réformes constitutionnelles, que celles-ci soient jugées inopportunes (on peut vouloir « prêter » une compétence, ou la partager, mais non pas la « céder définitivement »), ou inaccessibles (selon les croyances véhiculées au Canada depuis plus d'une génération). À titre d'exemple, un certain nombre d'ententes fédérales-provinciales « sectorielles » ont été conclues vers la fin des années 1990. Ces accords portaient notamment sur la santé, les services à la petite enfance ou la formation de la main d'œuvre⁴¹. Elles visaient, entre autres, à démontrer que le fédéralisme canadien était « fonctionnel », « adaptable » et « souple ». De concert avec l'Entente-cadre sur

³⁷ Le préambule de l'entente de 1986 dispose que « [t]his political settlement of the issues [...] has been reached without prejudice to and notwithstanding their respective legal positions. It is the intention of the Parties that this settlement survive any decision of a court with respect to ownership or jurisdiction over the Offshore Area. ». Voir également l'art. 42 de l'entente.

³⁸ Et possiblement d'autres motifs politiques moins louables et plus partisans.

³⁹ L'entente finale Québec-Canada sur le régime québécois d'assurance parentale (no. 2005-001, site SAIC, *supra* note 5), négociée avant que la Cour suprême ne confirme la compétence (non-exclusive) fédérale en la matière, serait du même ordre (*Procureur général du Canada c. Procureur général du Québec*, [2005] 2 R.C.S. 669). Ottawa aurait pu refuser de conclure l'entente qui permet au Québec d'organiser son propre programme, en partie avec des fonds fédéraux (précédemment destinés à financer le programme fédéral lié à l'assurance-emploi). Pour des raisons politiques, Ottawa a maintenu l'entente.

⁴⁰ Soit par le biais d'une dénonciation respectant les termes de l'accord (préavis prévu dans celui-ci), soit par une simple décision qui en contredirait les termes, soit, ce qui est plus rare, par le biais d'une loi postérieure, dérogeant à l'accord. Sur cette dernière option, voir *infra* section 2.1.2.

⁴¹ Johanne Poirier, « Federalism, Social Policy and Competing Visions of the Canadian Social Union », (2002) 13 *Revue nationale de droit constitutionnel* (Canada) 355, p. 409-415.

l'harmonisation environnementale et celle sur le Commerce intérieur, intervenues à la même période, elles étaient présentées comme des alternatives « non-constitutionnelles » à des problèmes constitutionnels. Elles étaient décriées par d'autres analystes pour exactement les mêmes raisons : il s'agissait de pâles substituts à des réformes souhaitées, voire souhaitables.

En fait, l'on peut se demander si, paradoxalement, l'existence même des EIG ne renforce pas la croyance que les réformes constitutionnelles ne sont pas seulement impossibles, mais largement superflues. Dans cette optique, les ententes ne serviraient pas seulement de substituts aux réformes, mais de prétexte pour les éviter. Peu importe la position adoptée, il convient de reconnaître qu'un *ersatz* de réformes constitutionnelles n'est pas « non-constitutionnel ». C'est, encore une fois, de « l'autrement constitutionnel ».

❖ L'asymétrie... par la petite porte

Dans le même ordre d'idées, les ententes intergouvernementales sont la charpente d'arrangements asymétriques non-constitutionnalisés. Le phénomène n'est aucunement nouveau : les ententes en matière de développement régional des années 70 et 80 étaient – logiquement – adaptées aux conditions locales. Les ententes en matière de main d'œuvre des années 90 se divisaient en trois catégories, selon le degré de « décentralisation » choisi par les provinces signataires⁴². L'entente Ottawa-Québec en matière d'immigration est un prototype d'asymétrie⁴³. Ainsi, au fil des ans, de nombreuses ententes ont, sans drame mais sans panache, concrétisé la réalité d'un fédéralisme asymétrique, largement ignoré par la Constitution formelle⁴⁴.

Ici encore des solutions sont encensées par certains comme autant de solutions pragmatiques à la diversité régionale (et dans une moindre mesure culturelle, linguistique, voire nationale) du Canada. Des critiques sont également formulées à l'encontre de ces stratagèmes, qui ne constitueraient que des alternatives juridiquement précaires et politiquement inférieures à une consécration formelle de la différence⁴⁵.

La reconnaissance *explicite* de l'asymétrie réclamée par le Québec - et qui a si longtemps fait l'objet de résistance politique - a trouvé sa première incarnation officielle dans un instrument qu'il est difficile de qualifier. Cette reconnaissance d'un « fédéralisme asymétrique, c'est-à-dire d'un fédéralisme flexible qui permet notamment l'existence d'ententes et d'arrangements adaptés à la spécificité du Québec » est incluse dans un « communiqué », signé par les

⁴² Sur les différents modèles d'ententes en matière de main d'œuvre, voir Thomas R. Klassen, « The Federal-Provincial Labour Market Development Agreements » dans Tom McIntosh, *Federalism, Democracy and Labour Market Policy in Canada*, Montréal/Kingston, McGill-Queen's University Press, 2000, p. 158, p. 176 et ss.

⁴³ L'entente Ottawa-Québec de 1991 en matière d'immigration reconnaît une place beaucoup plus importante au Québec en ce qui a trait à la sélection des immigrants que ce n'est le cas dans les autres provinces. Selon José Woehrling, les ententes en matière d'immigration conclues avec d'autres provinces que le Québec le sont souvent à l'initiative d'Ottawa, qui souhaite ainsi minimiser la reconnaissance d'un statut spécial pour le Québec : José Woehrling, « Les droits et libertés dans la construction de la citoyenneté au Canada et au Québec », dans Michel Coutu, Pierre Bosset, Caroline Gendreau et Daniel Villeneuve (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté : une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire ?*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1999, p. 269, p. 277-279.

⁴⁴ Quoique celle-ci comporte certains aspects asymétriques : David Milne, « Asymetry in Canada : Past and Present », Institut des relations intergouvernementales, 2005, Table 2, p. 3 : www.queensu.ca/iigr/working/archive/Asymmetric/papers/1.pdf (consulté 3 avril 2008).

⁴⁵ Alain-G. Gagnon, « Le fédéralisme asymétrique au Canada », dans Alain-G. Gagnon (dir), *Le fédéralisme canadien contemporain : fondements, traditions, institutions*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 287, p. 290 et ss.

Premiers ministres du Canada et du Québec⁴⁶. Cette forme peu orthodoxe ne prive pas nécessairement ce document de son statut d'EIG⁴⁷.

Par le biais d'un autre « communiqué » signé le même jour, tous les Premiers ministres affirment ce qui suit :

« Reconnaissant qu'un fédéralisme asymétrique permet l'existence d'ententes particulières pour n'importe quelle province, les premiers ministres ont également convenu qu'un communiqué distinct soit émis pour faire état des arrangements intervenus entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Québec en ce qui a trait à l'interprétation et à la mise en œuvre du présent communiqué »⁴⁸.

On ne peut évidemment pas prétendre qu'une telle stratégie soit équivalente à une reconnaissance officielle et constitutionnelle du caractère « distinct » du Québec. Il est indéniable que la reconnaissance de la légitimité d'arrangements asymétriques dans une telle « entente » ne jouit pas de la protection constitutionnelle qu'un amendement à la Constitution formelle aurait entraînée. L'impact symbolique est également forcément moindre. Mais il n'est pas absent pour autant.

Les ententes permettent ainsi de réaliser indirectement, ce que l'on ne peut — ou l'on ne veut — instaurer directement. La Constitution aménage une répartition homogène des compétences, les EIG introduisent des asymétries à géométrie variable en aménageant l'exercice de ces mêmes compétences. On ne peut ignorer que cette forme d'accord entre partenaires fédéraux dépasse le bricolage administratif⁴⁹. Le moins que l'on puisse dire est qu'il ne s'agit pas d'ententes « simplement administratives » sans impact constitutionnel.

❖ La modification du type dominant de régime fédéral

Les EIG représentent des éléments cruciaux des processus d'inter-délégation administrative d'un ordre de gouvernement à l'autre⁵⁰. Ces arrangements, souvent fort complexes, ont été jugés constitutionnels par la Cour suprême du Canada⁵¹. Il n'en demeure pas moins que la

⁴⁶ Entente Canada-Québec sur la santé : Fédéralisme asymétrique qui respecte les compétences du Québec (2004-061, site du SAIC, *supra* note 5).

⁴⁷ Un accord peut résulter d'un échange de lettres. Ces modalités ne sont pas – en soi – déterminantes quant à leur statut juridique. Autrement dit, ce n'est pas parce que le document prend cette forme qu'il est nécessairement plus « fragile » sur le plan juridique qu'une EIG s'apparentant davantage à un contrat ou un traité. La qualification dépendra d'un faisceau d'indices, dont l'appellation et le mode de conclusion font partie (Poirier, « Keeping Promises », *supra* note 4, ch. 4).

⁴⁸ Les différences porteront essentiellement sur la spécification que les compétences du Québec seront pleinement respectées, que le Plan d'action du Québec en matière de santé (et qui était déjà adopté) continuera de s'appliquer et que les rapports à la population seront effectués par le gouvernement du Québec, et non pas par un organe conjoint.

⁴⁹ Il en va de même du Protocole d'entente entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Québec relatif aux modalités administratives pour l'établissement de la Représentation du Québec – Délégation permanente du Canada auprès de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture - UNESCO », no. 2008-10 (site du SAIC, *supra* note 5), bien que les modalités diffèrent peu, *in fine*, des ententes en vertu desquelles les provinces peuvent affecter des représentants provinciaux au sein de certaines ambassades canadiennes (e.g. : Entente entre le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada portant sur les modalités administratives et les conditions d'affectation d'un représentant du Québec dans la mission diplomatique du Canada à Beijing en République de Chine, no. 2007-003 (site du SAIC, *supra* note 5).

⁵⁰ Voir *infra* section 2.2.

⁵¹ *Re Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*, [1978] 2 R.C.S. 1198, et plus récemment *Fédération des producteurs de volaille c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292 (discuté *infra* section 2.2).

délégation de responsabilités de gestion – qui inclut parfois l’incorporation de normes élaborées par un autre partenaire fédéral - a pour effet d’altérer la structure fédérale officielle. En effet, la fédération canadienne est « classiquement » dualiste, c’est-à-dire que l’autorité fédérale, de même que les provinces, disposent toutes d’un pouvoir législatif, exécutif, et, en partie, d’un pouvoir judiciaire autonome. La législation fédérale est donc en principe mise en œuvre par une administration fédérale, alors que la législation provinciale est mise en œuvre par une administration provinciale. Ce système tranche avec les régimes fédéraux dits « administratifs », « intégrés » ou « exécutifs » au sein desquels les entités fédérées sont en principe responsables de la mise en œuvre de leur propre législation et de la législation fédérale⁵².

Les EIG ont donc pour effet de transformer, à la carte et selon les sujets, un système dualiste en système « intégré ». Cette transformation est en principe réversible, puisque les délégations peuvent être révoquées. Mais ces révocations sont rares, et, dans l’intervalle, la mutation du système est réelle. De plus, si officiellement, aucune règle constitutionnelle n’est enfreinte, il n’en demeure pas moins que ce type de « réaménagement » de la structure fédérale soulève de sérieuses interrogations en termes de responsabilité politique ou civile. Quel ministre, fédéral ou provincial, est responsable d’une erreur commise dans l’administration d’un tel régime? Quel partenaire fédéral est responsable d’un préjudice causé dans le contexte d’une telle délégation? Ces questions mériteraient un développement détaillé qui ne peut être proposé dans le cadre du présent article, dont le but est de souligner l’ingénierie constitutionnelle opérée par le truchement d’instruments considérés par la majorité des acteurs comme anodins.

❖ La reconfiguration des relations inter-provinciales

Au Canada, les relations intergouvernementales sont principalement envisagées sous l’angle fédéral-provincial. Cette dimension « verticale » a parfois pour effet de masquer la collaboration horizontale. En effet, les provinces recourent également aux EIG pour consolider des coopérations sectorielles, voire construire des « blocs régionaux » au sein de la fédération. Ainsi, les provinces de l’Atlantique ont institué un régime conjoint de passation de marchés : une sorte de marché intérieur régional⁵³. Au cours des dernières années, l’Alberta et la Colombie-Britannique ont fait de même⁵⁴. En 2006, année faste, le Québec et l’Ontario ont conclu pas moins de 11 ententes bilatérales, couvrant un très grand nombre de secteurs⁵⁵. La création d’un Conseil des Premiers ministres d’une région⁵⁶ ou du Conseil de la fédération⁵⁷, participe du même phénomène.

⁵² Voir, par exemple, art. 83 de la *Loi fondamentale allemande* ou art. 46(1) de la *Constitution suisse de 1999*.

⁵³ Entente sur les marchés publics entre les gouvernements de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de Terre-Neuve et Labrador et de l’Île-du-Prince-Édouard, 18 janvier 2008 : www.cap-cpma.ca/images/pdf/fre/Procurement%20Agreement%20French.pdf (consulté 12 avril 2008).

⁵⁴ Trade Investment and Labour Mobility Agreement (TILMA), avril 2006 : <http://www.tilma.ca/agreement> (consulté 3 avril 2008).

⁵⁵ Notamment, la sécurité civile, le transport, la culture, le tourisme, les affaires francophones, la mobilité de la main d’œuvre, les impacts environnementaux frontaliers, la santé, le développement durable, la protection des forêts (voir site du SAIC, *supra* ententes de 2007).

⁵⁶ Protocole d’Entente sur la coopération au Canada Atlantique, 15 mai 2000, www.cap-cpma.ca/images/pdf/fre/capmou.pdf (consulté 3 avril 2008).

⁵⁷ Conseil de la Fédération, Entente fondatrice, 5 décembre 2003 : http://www.conseildelafederation.ca/pdfsfrançais/850095003_f.pdf (consulté 3 avril 2008).

Dans le même ordre d'idées, les EIG peuvent également servir d'antidote à la centralisation, lorsqu'une matière nécessite sinon une réglementation uniforme, du moins une très grande harmonisation de régimes distincts. Ce pourrait être le cas du mécanisme de « passeports » en matière de valeurs mobilières instauré par la voie d'un protocole d'entente en 2004⁵⁸. Ce système prévoit la reconnaissance mutuelle des systèmes de réglementation et des décisions entre les provinces et territoires signataires⁵⁹. L'objectif est évidemment d'éviter les écueils d'une trop grande fragmentation normative et administrative. Cet appel à l'efficacité représente également une réponse aux appels à la « fédéralisation » de cette compétence. Ce type d'ententes consolide l'horizontalité des relations intergouvernementales.

A priori, ce type de coopération interprovinciale n'a rien d'alarmant⁶⁰. De plus, sur le plan juridique, les risques de transgression de la répartition des compétences sont moins élevés que dans le cas des ententes fédérales-provinciales. En effet, les provinces jouissant de compétences identiques, les collaborations visent davantage l'exercice conjoint de compétences propres que le « brouillage » de la répartition formelle des compétences.

Néanmoins, ce type de contractualisation instaure et consolide des alliances à géométrie variable au sein de la fédération et altère l'architecture cloisonnée et fortement « verticale » du fédéralisme canadien. Des chercheurs estiment par ailleurs que les provinces ont tendance à préférer une plus grande formalisation des relations intergouvernementales, y compris horizontales⁶¹. Il ne s'agit aucunement de déplorer ces évolutions, mais simplement de noter que les ententes interprovinciales remplissent – dans ce contexte également – des fonctions d'aménagements para-constitutionnels.

❖ Les EIG et la « Constitution organique » : le cas des minorités de langue officielle et des populations autochtones

Depuis plusieurs années, Ottawa conclut des ententes avec les « porte-paroles » des minorités de langue officielle⁶². Le statut juridique de ces ententes connues dans le domaine de la gouvernance linguistique comme les « ententes Canada-communautés » est peut-être encore moins clair que celui des ententes entre exécutifs. Cela dit, par le biais de ces rapports « contractuels », l'autorité fédérale procède à une reconnaissance à la fois concrète et

⁵⁸ Protocole d'entente provincial-territorial sur la réglementation des valeurs mobilières (2004-055 et 2005-095. sur le site du SAIC, *supra* note 5, ou sur www.valeursmobilières.org (consulté 12 avril 2008).

⁵⁹ Ou la délégation de pouvoirs d'une autorité provinciale vers une autre. Toutes les provinces et territoires, à l'exception de l'Ontario, en sont parties.

⁶⁰ Ce pourrait être le cas si une entente servait à conforter un rapport de force très inégal. En principe, au Canada, cette hypothèse peut être écartée. Dans certaines constitutions fédérales ou quasi-fédérales, les alliances entre entités fédérées nécessitent l'approbation du pouvoir central. La crainte était, à l'origine, que des regroupements régionaux ne viennent menacer la fédération elle-même. Voir l'art. 10 de la Constitution américaine, l'ancien art. 7 de la Constitution suisse de 1848 (maintenu en 1874, mais aboli lors de la refonte de la Constitution en 1999) ou l'art. 145 de la Constitution espagnole de 1978.

⁶¹ Le gouvernement fédéral défendrait, pour sa part, une approche moins formaliste (et qui lui procure sans doute une plus grande marge de manœuvre) : Carolyn M. Johns, Patricia O'Reilly et Gregory J. Inwood, « Formal and informal dimensions of intergovernmental administrative relations in Canada », (2007) 50 *Canadian Public Administration* 11.

⁶² Les premières datent du début des années 1980, mais la pratique ne s'est étendue à l'ensemble des communautés de langue officielle en situation minoritaire qu'à compter de 1994. De manière générale, voir Éric Forgues, « Du conflit au compromis linguistique : l'État et le développement des communautés francophones en situation minoritaire », Rapport de recherche préparé pour l'Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques, octobre 2007.

symbolique des communautés linguistiques minoritaires, et plus particulièrement des francophones hors Québec⁶³.

L'hypothèse que je ne peux qu'esquisser ici, est que cette pratique contractuelle *pourrait* avoir un impact para-constitutionnel. Il serait sans doute exagéré d'affirmer que le processus transforme ces communautés en réels partenaires de la fédération. On ne pourrait évidemment pas soutenir que le rapport est établi « d'égal à égal »⁶⁴. De plus, je n'oserais fermement soutenir que ces rapports contractuels sont qualitativement différents de ceux qu'entretiennent l'autorité fédérale et d'autres groupes (ou institutions, ou municipalités) recevant un soutien direct en vertu de pouvoir de dépenser. Mais mon intuition est qu'étant donné l'importance qu'ont prise ces ententes dans la « gouvernance linguistique » et le statut « quasi-constitutionnel » des droits linguistiques⁶⁵, l'on doit au moins admettre que les accords ont pour effet de moduler le paysage fédéral, formellement structuré autour d'une autorité fédérale et des entités fédérées⁶⁶. Encore une fois, on se situe bien en-deçà d'une reconnaissance par voie d'amendement constitutionnel, et qui conférerait un statut particulier aux minorités (au-delà des droits linguistiques qui leur sont actuellement reconnus). Mais la voie contractuelle consolide la place spécifique que la Constitution réserve aux minorités de langue officielle.

Par ailleurs, on peut également réfléchir à l'impact des ententes conclues par le Québec et les autres provinces dans le domaine des « affaires francophones », et qui participent, me semble-t-il, au projet politique du gouvernement Charest de réinsérer le Québec dans la « francophonie canadienne ». Les ententes contribuent à la restructuration des relations entre le Québec, les Acadiens et les minorités francophones des autres provinces, une restructuration allant bien au-delà de la simple collaboration administrative⁶⁷. Les ponts ainsi créés entre le « coeur francophone » de l'Amérique du Nord et les minorités dans les autres provinces ont une portée symbolique importante. Ils jouent sans doute un rôle dans la stratégie « para-diplomatique » du Québec, et reconfigurent les rapports de force entre francophones et anglophones au Canada, au-delà du paradigme Québec-ROC ou de l'ancienne nation « canadienne-française » qui a largement trépassé avec la Révolution tranquille. Il s'agit d'une variation sur le thème de la restructuration « horizontale » de la fédération, évoquée dans la sous-section précédente.

L'hypothèse avancée est peut-être un peu moins hasardeuse en ce qui a trait à la contractualisation des rapports qu'entretiennent les autorités fédérale et provinciales d'une part, et les populations autochtones, d'autre part. En effet, outre les grandes ententes de

⁶³ Ou du moins de certaines associations de défense des intérêts des minorités linguistiques, dont la représentativité a parfois été contestée : voir Linda Cardinal et Anne-Andrée Denault, « Empowering Linguistic Minorities : Neo-Liberal Governance and Language Policies in Canada and Wales », (2007) 17 *Regional and Federal Studies* 437, p. 447-448.

⁶⁴ Linda Cardinal, « New Approaches for the Empowerment of Linguistic Minorities : A Study in Language Policy Innovations in Canada since the 1980s », dans Colin Williams (dir.), *Language and Governance in Comparative Perspective*, Cardiff, Wales University Press, 2007, p. 434-459.

⁶⁵ R. c. *Beaulac*. [1999] 1 R.C.S. 768, p. 788-789.

⁶⁶ Ces ententes instituent une forme de « partenariat » qui promeut l'autonomie des communautés mais engendrent une dépendance financière face aux autorités fédérales (Forgues, *supra* note 64, p. 63 et ss; 129 et ss.). Il y a là, à une autre échelle, il est vrai, un parallèle avec le phénomène de dépendance des provinces bénéficiaires de la péréquation ou du pouvoir de dépenser fédéral. La dépendance n'exclut pas – en soi – la possibilité que les « partenaires » s'inscrivent dans une reconfiguration des acteurs constitutionnels.

⁶⁷ Pour Linda Cardinal, ce projet québécois peut être qualifié de « post-nationaliste » : Présentation à la Table-ronde « Canada-Québec : nouveaux enjeux politiques en francophonie », Colloque « Vues d'ici et d'ailleurs : minorités linguistiques et francophonies en perspective », 6 mai 2008, notes manuscrites, p. 1.

reconnaissance de l'autonomie gouvernementale ou celles visant à répondre aux revendications territoriales, les autorités publiques et les autochtones concluent un très grand nombre d'ententes de type « administratif ». Ces accords visent notamment à transférer l'exercice de compétences « étatiques » (police, services sociaux) aux autorités autochtones. D'autres ont des visées institutionnelles plus marquantes⁶⁸. Certaines de ces ententes sont bilatérales (Québec-communauté autochtone), d'autres trilatérales (*idem*, plus le gouvernement fédéral).

La valeur juridique de ces ententes est, encore une fois, nébuleuse⁶⁹. Néanmoins, par leur nombre important et croissant, de même que par l'étendue et la nature des domaines couverts, ces EIG illustrent une prise en compte des communautés autochtones comme de réels acteurs politiques et *étatiques*, encore une fois, en marge de la Constitution formelle. Au Québec, certaines de ces ententes sont inscrites dans le même registre que toutes les ententes interprovinciales et fédérales-provinciales, même lorsqu'elles sont bilatérales (Québec-communauté). Mais la plupart le sont dans un registre « parallèle » à celui des EIG, et qui est tenu par le Secrétariat aux affaires autochtones⁷⁰. Ces ententes sont donc assujetties à des règles d'approbation et d'archivage similaires à celles gouvernant les EIG conclues avec les autres provinces ou le gouvernement fédéral. Sur le plan symbolique, ce parallélisme témoigne d'une « élévation » des rapports entre le gouvernement du Québec et les autochtones⁷¹.

Cette hypothèse, que je soumets à titre exploratoire, est que cette pratique contractuelle appuie, en marge des règles constitutionnelles formelles, la thèse de la « constitution organique », qui ne réserverait pas qu'aux seuls provinces ou nations officiellement reconnues dans les textes constitutionnels originaux, le statut « d'acteurs constituants »⁷².

La seconde partie de cet article porte sur l'épineuse question du statut juridique des EIG en droit positif canadien. Dans ce domaine, les paradoxes et les contradictions abondent. À ce stade, ce qu'il importe de noter est que peu importe leur valeur juridique officielle, les EIG jouissent d'un très haut degré d'effectivité. On les négocie, on les exécute, on les traite « comme si c'était du droit », tout en s'inscrivant fréquemment hors du droit positif, voire en contradiction avec celui-ci⁷³. Les EIG qui remplissent non seulement des fonctions de

⁶⁸ E.g. : « Entente de principe sur la fusion de certaines institutions publiques et la création du Gouvernement régional du Nunavik » (no. 2007-080, site du SAIC, *supra* note 5).

⁶⁹ De prime abord, elles ne constituent pas des « traités » au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* de 1982, *supra* note 23.

⁷⁰ V. *Loi sur le Ministère du Conseil exécutif*, L.R.Q., c. M-30, art. 3.48 ss.

⁷¹ Toutes ces ententes sont assujetties au processus d'approbation interne prévu dans la *Loi sur le Conseil exécutif*. Cet argument est potentiellement affaibli par le fait que le registre comporte également un nombre (très restreint) d'ententes conclues avec des organismes « non-étatiques » (e.g. : un protocole d'entente entre deux ministères québécois et le « Centre d'encadrement pour les jeunes filles immigrantes dans le cadre du Programme d'appui aux relations civiques et interculturelles » (no. 2006-074, site du SAIC, *supra* note 5). Cette inclusion découle de l'obligation faite aux « organismes publics » du Québec (définis comme ceux recevant au moins 50 % de leur financement du gouvernement du Québec ou dont la moitié du Conseil d'administration est nommé par le gouvernement du Québec) d'obtenir une autorisation de ce dernier, pour percevoir du financement fédéral : art. 3.12.

⁷² Jean Leclair, « Le constitutionnalisme fédéral : une nouvelle avenue de réconciliation ? », dans Andrée Lajoie (dir), *Gouvernance autochtone : aspects juridiques, économiques et sociaux*, Montréal, Thémis, 2005, p. 26-39 et Jean Leclair, « Federal Constitutionalism and Aboriginal Difference », (2006) 31 *Queen's Law Journal* 521.

⁷³ Voir Poirier, 2007, *supra* note 4.

coordination « administrative » entre partenaires fédéraux, mais également un grand nombre de fonctions d'ingénierie constitutionnelle, n'échappent pas à cette règle.

Même lorsque les EIG ne peuvent constituer des sources formelles de droit constitutionnel, les exemples qui précèdent illustrent qu'elles peuvent implicitement modifier la structure fédérale, les rapports entre les acteurs fédéraux (voire intégrer de nouveaux acteurs « étatiques »), moduler la répartition des compétences, et permettre de faire indirectement ce qui ne peut être fait directement, au regard notamment des règles constitutionnelles formelles. Le prétendu réaménagement du fédéralisme par voie « administrative » - en marge de réformes constitutionnelles - n'est aucunement neutre sur le plan constitutionnel.

2. L'ambivalence des tribunaux face au phénomène de la contractualisation des relations entre partenaires fédéraux

Le droit public et administratif canadien n'offre qu'un cadre juridique bien parcellaire à l'immense pratique des EIG⁷⁴. Elles ne font l'objet d'aucune disposition d'ordre constitutionnel. De nombreuses lois autorisent leur conclusion, mais ne régissent aucunement leur statut juridique. Certaines lois provinciales, dont la *Loi sur le Ministère du Conseil exécutif* du Québec, prévoient le mode d'approbation des ententes conclues (Conseil des ministres etc.)⁷⁵. Mais aucune norme législative ne détermine leur valeur juridique ou n'organise de manière systématique des modes de résolution des différends les concernant.

Par ailleurs, la jurisprudence concernant les ententes intergouvernementales est étonnamment réduite, étant donné la densité de la pratique. Elle a cependant permis d'établir certaines règles « officielles » soit de manière directe, soit par analogie. Cette seconde partie de l'étude vise notamment à rappeler quelques-unes de ces règles. Comme nous le verrons, de vastes zones d'ombre subsistent. Le pragmatisme anglo-saxon nous plonge dans un certain brouillard normatif. La quête de cohérence dans ce domaine relève souvent du défi.

L'analyse du statut juridique des EIG comporte trois dimensions distinctes, qui sont régulièrement confondues. En premier lieu, se pose la question de la force contraignante des EIG entre les exécutifs qui les concluent⁷⁶. Contrairement à une idée largement répandue au Canada, notamment chez les « praticiens du fédéralisme » et les politologues, les EIG n'ont pas uniquement une valeur « politique » ou « morale »⁷⁷. Certaines constituent des « contrats

⁷⁴ Malgré un certain nombre de lacunes, le droit public de plusieurs fédérations règle différents aspects de la coopération contractuelle : voir, e.a., les art. 15a et 138a de la *Constitution autrichienne*, l'art. 48 de la *Constitution suisse de 1999*. En Belgique, voir l'art. 92 bis de la *Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980*, M.B. 15 août 1980, telle qu'amendée en 1988-89. En Espagne, une loi de 1992 encadre la pratique des *convenios* dont seuls un aspect est prévu à l'art. 145(2) de la *Constitution de 1978* : *Ley 30/1992 de 26.11.1992 sobre el regimen juridico de las administraciones publicas y del procedimiento administrativo comun*, BOE no. 285 de 27.11.1992, am. 1993 et 1999.

⁷⁵ *Loi sur le Ministère du Conseil exécutif*, supra note 69, art. 3.6.1 à 3.7. Voir aussi *Intergovernmental Affairs Act*, R.S.NF, 1990, ch. I-13, art. 7 et 11, *Government Organization Act*, R.S.A., 2000, c. G-10, art. 11.

⁷⁶ Brian R. Opeskin, « Mechanisms for Intergovernmental Relations in Federations », (2001) 53 *International Social Science Journal* 129, p. 130 et ss.; Poirier, « Keeping Promises », ch. 4 et Poirier, 2003, supra note 4, p. 431-434

⁷⁷ Voir, par exemple : Richard Simeon et Ian Robinson, « The Dynamics of Canadian Federalism », dans James Bickerton et Alain-G. Gagnon, *Canadian Politics*, 4e éd., Peterborough, Broadview Press, 2004, p. 101, p. 122 ou George Anderson, *Federalism : an Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2008. Cette « présomption de non-juridicité » tranche avec la présomption inverse qui a cours dans les fédérations issues de la tradition civiliste et illustre une culture juridique imprégnée de la *common law*: Voir Poirier, 2005, supra note

justiciables », alors que d'autres ne peuvent – en droit positif – avoir force obligatoire. Tout dépend du contexte, de la volonté des parties, de la nature des engagements, de la terminologie utilisée, de la procédure suivie⁷⁸.

La deuxième dimension du problème est celle de la place qu'occupent les EIG dans la hiérarchie des normes de droit public. Nous avons vu que les EIG peuvent – officieusement, mais néanmoins réellement - moduler l'exercice de compétences, dans un processus d'ingénierie constitutionnelle. Elles ne peuvent pas altérer officiellement la répartition constitutionnelle des compétences législatives entre ordres de gouvernement : il s'agirait là d'un amendement détourné de la Constitution⁷⁹. Dans le même ordre d'idées, une entente ne peut contrevenir aux droits fondamentaux⁸⁰, ni aux droits linguistiques⁸¹. Autrement dit, les EIG sont – officiellement - subordonnées aux normes constitutionnelles et quasi-constitutionnelles.

Enfin, se pose la question du statut à l'égard des tiers. Dans ce contexte, la question est de savoir si – et à quelle condition – une entente peut modifier les droits et obligations des citoyens ou des personnes morales. L'on peut déduire de ce qui précède qu'une entente ne peut avoir pour effet de réduire les droits constitutionnels ou linguistiques des citoyens. Mais qu'en est-il de leurs droits et obligations découlant de normes législatives et réglementaires unilatérales ? Autrement dit : dans quelles conditions une EIG peut-elle avoir une portée législative ou réglementaire ? On verra que dans ce cas, les règles sont particulièrement embrouillées, et leur application – par les tribunaux qui les ont élaborées -sujettes à de nombreux soubresauts...

La réflexion qui suit porte essentiellement sur les deux dernières dimensions du statut juridique des EIG: celle de la place des EIG dans la hiérarchie des normes et celle de leur valeur juridique à l'endroit des tiers. Dans ce contexte, l'on verra que la jurisprudence oscille entre une vision d'un fédéralisme classique et cloisonné (2.1) et une sublimation du

4, p. 454 et ss. À noter que certaines EIG prévoient expressément que les engagements sont de nature juridique : voir art. 10.1 des différentes ententes-cadres conclues entre Ottawa et plusieurs provinces et territoire en matière d'infrastructure : ex : entente Canada-Saskatchewan : <http://www.buildingcanada-chantierscanada.gc.ca/plandocs/agreements-ententes/ifa-eci-fra.html>; consulté 3 avril 2008).

⁷⁸ Le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 R.C.S. 525 [RAP] est parfois cité à l'appui de la thèse de l'absence de force contraignante en droit des EIG. Or, le litige ne portait pas sur une violation directe d'une EIG, mais plutôt sur la modification d'une loi fédérale (par un processus forcé unilatéral) qui contrevenait, il est vrai, à la pratique antérieure relative à la mise en œuvre d'une entente fédérale-provinciale. De ce fait, l'affaire soulevait une question de hiérarchie des normes et de souveraineté parlementaire, davantage qu'un problème de force contraignante d'une entente en tant que telle. Voir *infra* section 2.1.2.

⁷⁹ La Cour fédérale a reconnu l'intérêt pour agir d'une association qui soutenait notamment qu'une EIG entraînait une abdication de ses responsabilités constitutionnelles par le gouvernement fédéral. *In fine*, la Cour a conclu que l'entente en question était formulée en des termes trop généraux pour opérer un réel transfert de compétences : *Association canadienne du droit de l'environnement c. Ministre de l'Environnement*, T-337-98, F.C.T.D., confirmée sans motifs par la Cour d'appel fédérale : 05.06.2000, A-446-99.

⁸⁰ *Pineview Poultry Products Ltd. c. Canada*, [1994] 3 C.F. 475 (C.F.). Voir aussi, par analogie : *Operation Dismantle c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441.

⁸¹ Ainsi, lorsque le gouvernement fédéral transfère l'exercice de certaines de ses propres compétences législatives à une province, cette dernière doit respecter les droits linguistiques qui étaient jusqu'alors protégés par le biais de la législation fédérale : *L'affaire des contraventions*, *supra* note 12. Par ailleurs, en acceptant par contrat de donner des « services » relevant constitutionnellement de l'autorité du Nouveau-Brunswick, la GRC est assujettie aux règles constitutionnelles applicables à cette province, qui sont plus exigeantes que les règles fédérales en matière de bilinguisme : *Paulin*, *supra* note 17. Ainsi, il semblerait que la jurisprudence actuelle garantisse le régime le plus favorable aux minorités linguistiques, lorsque les gouvernements fédéraux et provinciaux se « transfèrent » l'exercice de compétences constitutionnelles.

fédéralisme coopératif qui se préoccupe peu des règles formelles d'un droit public, souvent inadapté à la réalité de la gouvernance à multi-niveaux (2.2).

2.1. La défense d'un fédéralisme dualiste classique et d'une souveraineté parlementaire d'un autre âge

Deux règles de droit constitutionnel canadien retiendront notre attention dans la présente sous-section. D'une part, celle relative aux modalités d'intégration des normes « consensuelles » dans l'ordre juridique interne de l'autorité fédérale ou provinciale (2.1.1) et, d'autre part, celle en vertu de laquelle tout législateur peut dénoncer unilatéralement une entente dûment conclue par un exécutif (2.1.2).

2.1.1 La laborieuse (et rare) intégration des EIG dans l'ordre juridique des partenaires fédéraux

Le principe de la séparation des pouvoirs empêche le pouvoir exécutif de légiférer au sein de son propre ordre juridique. Il ne peut pas davantage jouer au législateur en agissant de concert avec d'autres exécutifs, par le truchement d'un contrat. Il en résulte qu'officiellement, une EIG ne peut modifier le droit « interne » de l'autorité fédérale ou des provinces que par le biais d'une loi la mettant en œuvre, c'est-à-dire d'une norme classique – et unilatérale – de droit public.

L'intégration du contenu d'une EIG dans les ordres juridiques respectifs des parties peut procéder selon deux schémas. En premier lieu, le contenu de l'entente peut servir d'inspiration pour l'adoption de nouvelles normes législatives, ou l'amendement de lois existantes⁸². La source normative, le droit positif, reste indéniablement le droit unilatéral qui résulte de l'opération. La seconde approche permet aux parlementaires d'incorporer l'entente telle quelle, en la plaçant en annexe d'une loi très brève lui donnant force de loi. Toutefois, la formule légistique qui permet d'intégrer formellement une entente dans l'ordre juridique provincial ou fédéral est étonnamment source de controverses.

Ainsi, il y a plus de trente ans, la Cour suprême du Canada a admis que les exécutifs peuvent se lier par le biais d'entente, sans autorisation législative spécifique, mais qu'ils ne peuvent modifier le droit positif, les droits et les obligations des tiers, sans intervention parlementaire⁸³. En l'occurrence, diverses assemblées législatives provinciales avaient approuvé des EIG visant notamment à rendre applicables à la fonction publique provinciale, des règles fédérales relatives au contrôle des salaires. Au moins quatre formulations distinctes avaient été utilisées pour ce faire, dont trois types de formules législatives. Une seule a été jugée apte à altérer l'ordre juridique interne provincial. Une simple autorisation par arrêté en conseil n'est certainement pas suffisante pour ce faire⁸⁴. De même, une autorisation *législative* préalable sert essentiellement à identifier le Ministre autorisé à conclure l'entente au nom du gouvernement et n'a pas non plus pour effet de rendre l'entente obligatoire pour les tiers. Sinon, une telle autorisation aurait l'effet d'une délégation de pouvoirs législatifs⁸⁵.

⁸² Pour un exemple de la complexité de ce type de mise en œuvre : voir *Trade, Investment and Mobility Agreement Implementing Statutes Amendment Act*, Bill 1, 1^{ère} session, 27^e législature, Assemblée législative de l'Alberta, (1^{ère} lecture, 15 avril 2008).

⁸³ *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 432 [*Re anti-inflation*].

⁸⁴ Pour la Cour, cela équivaudrait « à légiférer sous l'apparence d'un contrat » : *ibid.*, p. 433.

⁸⁵ *Re Association des Employés du Manitoba c. Manitoba*, [1978] 1 R.C.S. 1123, p. 1143.

Par ailleurs, une ratification parlementaire *postérieure* à la conclusion ne suffit généralement pas, même lorsque l'Entente est annexée à cette approbation⁸⁶. Il semblerait que seuls les termes « l'entente annexée est approuvée et a force de loi » puissent indéniablement conférer valeur législative à une entente⁸⁷. Le degré d'insécurité juridique découlant de cette incertitude terminologique est aberrant étant donné l'impact normatif que peut avoir une entente correctement incorporée.

En 2005, dans l'affaire *Unilever*, qui portait sur l'interdiction de vendre au Québec de la margarine colorée, la Cour suprême a statué que la simple approbation d'une EIG par l'Assemblée nationale du Québec ne constituait pas une réelle « incorporation » de celle-ci dans l'ordre juridique québécois⁸⁸. Par voie de conséquence, sur le territoire québécois, l'*Entente sur le commerce intérieur*, conclue entre Ottawa et toutes les entités fédérées canadiennes, ne peut avoir préséance sur le règlement québécois interdisant la coloration de la margarine. Les *Affaires anti-inflation* avaient pour effet que des EIG non formellement incorporées ne pouvaient imposer des obligations aux tiers. *Unilever* confirme que les tiers ne peuvent en principe pas tirer avantage d'une EIG non incorporée. En d'autres mots, un accord multilatéral structurant indéniablement les relations économiques au sein de la fédération, et approuvé par les parlementaires, n'a même pas, en droit public classique, valeur réglementaire.

Cette interprétation reflète la conception classique de la relation entre le droit interne et international, qui prévaut généralement au Canada⁸⁹. Les relations intergouvernementales sont alors largement calquées sur le modèle des relations internationales. L'approche « dualiste » - par opposition à l'approche moniste - du rapport entre droit international et droit interne est ainsi reprise pour qualifier les rapports entre composantes de la fédération⁹⁰.

⁸⁶ *Affaire du chemin de fer de C.-B.*, 1994, *supra* note 22. Dans cette affaire, la Cour suprême a insisté sur le contexte entourant une incorporation afin de déterminer l'intention des parties. Ce que l'approche gagne en souplesse, elle le perd certainement en prévisibilité. Par contre, dans *Leroux, Ricken Leroux inc. c. Ministre du revenu du Québec et al.*, 200-10-000242-961, REJB 1997-2262 (C.A.Q.) [*Leroux*], une majorité de la Cour d'appel semble suggérer qu'une autorisation législative permet une délégation de fonctions de l'autorité fédérale à l'administration provinciale (par. 69). Dans cette affaire, la délégation portait notamment sur des pouvoirs d'enquête en matière de perception de la taxe sur les produits et services, y compris le pouvoir de perquisition. Les tiers perquisitionnés par des fonctionnaires provinciaux en vertu d'une telle délégation (effectuée par l'annexe à une entente) étaient clairement affectés.... (voir par. 49 et 75)

⁸⁷ « *Is approved and has the force of law* ». C'était la technique utilisée dans ce contexte par la législature de l'Île-du-Prince-Édouard, et qui n'a pas donné lieu à une contestation judiciaire. La technique suivie par la Colombie-Britannique était plus controversée. Voir Poirier, « Keeping Promises », *supra* note 4, ch. 5, sections 5.2.2 et ss.

⁸⁸ *UL Canada Inc. c. Québec (Procureur-général)*, [2005] 1 R.C.S. 143 [*Unilever*], confirmant de manière sommaire, [2003] R.J.Q. 2729 (C.A.).

⁸⁹ Ne se situant pas dans le contexte des droits fondamentaux, la Cour ne reprend pas son analyse contextualisée développée dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, dans laquelle elle avait eu recours à des traités internationaux non-ratifiés par le Canada afin d'interpréter des normes de droit interne.

⁹⁰ À noter que l'adjectif « dualiste » n'a pas ici le même sens que lorsqu'il est opposé au fédéralisme « intégré » ou d'exécution (voir *supra* section 1.2.2). Dans le présent contexte, le terme renvoie à la doctrine selon laquelle le droit international ne trouvera applicable en droit interne que si les règles d'insertion du droit interne sont respectées... Dans un système moniste, le droit international est - en principe - d'application directe et a préséance sur le droit interne qui lui est contraire, dans l'ordre juridique interne : voir Quoc Dinh Nguyen et Patrick Dallier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 2003, p. 93-95.

Dans *Unilever*, la Cour était sans doute au courant du fait que le règlement controversé faisait également l'objet d'une procédure de règlement des différends en vertu de l'Accord sur le commerce intérieur. Le groupe spécial chargé de la plainte introduite par l'Alberta, a en effet tranché que le dispositif québécois était « incompatible » avec les articles 401 et 403 de l'ACI⁹¹. Le groupe spécial a relevé, au passage, la conclusion de la Cour suprême, selon laquelle le règlement ne contrevenait pas au droit constitutionnel canadien. Il s'agit là d'une excellente illustration de la confrontation de deux droits « parallèles » : le droit public classique et le droit « contractuel » dont les règles, *applicables aux mêmes acteurs publics*, peuvent différer!⁹²

La jurisprudence analysée dans cette sous-section incite à conclure qu'en l'absence de dispositions législatives formelles incorporant une entente dans les ordres juridiques respectifs des parties, celle-ci ne peut aucunement modifier les droits et obligations des tiers. En somme, une entente ne peut être source de normativité en l'absence d'une norme unilatérale classique qui doit répondre à une formule légistique bien particulière. Cette approche traduit une vision classique du fédéralisme canadien : relativement cloisonné, au sein duquel tant l'autorité fédérale que les provinces jouissent d'une égale souveraineté parlementaire, gage, notamment d'égalité entre celles-ci.

2.1.2 La souveraineté parlementaire à l'encontre du fédéralisme

Ainsi, seule une incorporation expresse d'une EIG dans l'ordre juridique fédéral ou provincial a pour effet de conférer à cette entente une valeur législative, voire supra-législative susceptible de l'immuniser contre une dénonciation unilatérale. De telles incorporations sont extrêmement rares. De toute manière, même lorsqu'une EIG est incorporée en droit « interne », en droit positif canadien un législateur peut toujours légiférer soit pour la dénoncer unilatéralement, soit pour adopter des normes législatives en contredisant le contenu.

Les conséquences d'un tel acte peuvent évidemment être malheureuses sur le plan de la diplomatie intergouvernementale. Toutefois, le principe de la souveraineté parlementaire, tel qu'interprété par la Cour suprême du Canada, fera en sorte qu'en cas de conflit, la loi postérieure – par définition, unilatérale – prévaudra sur l'accord, même dûment incorporé. En effet, en 1991, dans l'une de ses décisions les plus imperméables à la réalité du fédéralisme canadien, la Cour suprême du Canada a rejeté tout argument selon lequel un quelconque principe d'attente légitime ferait en sorte qu'un exécutif ne puisse déposer un projet de loi ayant pour effet de contrer une entente intergouvernementale⁹³. La Cour a expressément

⁹¹ *Rapport du groupe spécial concernant le différend entre l'Alberta et le Québec au sujet de la vente de margarine colorée*, 23 juin 2005 (www.ait-aci.ca/index_fr/dispute.htm) (consulté 10 avril 2008). Le groupe spécial a enjoint au Québec de se mettre en conformité avec sa décision (ce qui nécessite d'abroger ce règlement) d'ici le 1^{er} septembre 2005. Au moment de conclure cet article (avril 2008), le règlement contesté était toujours en vigueur.

⁹² Sur l'hypothèse du pluralisme juridique entre partenaires fédéraux (ordre étatique officiel et ordre étatique *bis*), voir Poirier, 2007, *supra* note 4.

⁹³ *Re RAP*, *supra* note 76. Afin de contourner l'objection de la souveraineté parlementaire, la Colombie-Britannique avait astucieusement plaidé que si le Parlement pouvait légiférer à l'encontre d'une EIG, l'exécutif qui avait conclu cette entente ne pouvait lui, déposer un projet de loi contrevenant à ses engagements ... V. ROCHETTE, Stéphane, « Les ententes intergouvernementales au Canada », in Jean-Philippe Colson et Denis Lemieux, dir., *Le droit supranational et les techniques contractuelles*, Institut ???, Université Laval, année ?, p. 269-278, aux pp. 272 ss.

refusé d'évaluer la compatibilité d'une loi fédérale ayant clairement pour effet de contrer un régime fédéral-provincial en place depuis de nombreuses années avec les principes du fédéralisme.

Dans le *Régime d'assistance publique*, la Cour suprême fait une lecture datée et très « britannique » du principe de souveraineté parlementaire. La conséquence en est le renforcement d'une conception encore une fois « cloisonnée » du fédéralisme canadien, en vertu duquel chaque partenaire est pleinement autonome, « souverain », et peu restreint par les interactions qu'implique un régime fédéral. Cette vision correspond fort mal au fonctionnement concret du fédéralisme canadien, qui repose sur une multitude d'arrangements intergouvernementaux. Elle a cependant l'avantage de protéger aussi bien les autorités provinciales que fédérales qui jouissent toutes également des privilèges d'une telle souveraineté parlementaire⁹⁴.

Quelques années plus tard, le principe constitutionnel non-écrit du fédéralisme a fait une (re)apparition remarquable dans le *Renvoi sur la Sécession*.⁹⁵ Il n'est pas exclu que ce principe, combiné à un approfondissement du principe du constitutionnalisme et de la primauté du droit, puisse conduire à un assouplissement de l'interprétation radicale de la souveraineté parlementaire faite par la Cour suprême dans le *Renvoi sur le Régime d'assistance publique*. En fait, dans le *Renvoi sur la Sécession*, la Cour n'a même pas inclus la souveraineté parlementaire parmi les principes non-écrits et structurants de la Constitution. Les limites de la présente contribution ne permettent pas d'approfondir cette controverse. L'on peut cependant soulever l'hypothèse selon laquelle si un législateur ne peut être empêché de légiférer « dans l'intérêt général » des citoyens (de la province ou de la fédération, c'est selon...), il n'en découle pas pour autant qu'un acte législatif contrevenant à des engagements contractuels antérieurs, surtout ceux autorisés par la loi, puisse donner lieu à des dédommagements⁹⁶. Ce serait là un compromis entre, d'une part, le respect du principe *pacta sunt servanda* (lequel constitue une dimension du principe de loyauté fédérale), et, d'autre part, la préoccupation de la « liberté démocratique », en vertu de laquelle, les organes législatifs doivent avoir la latitude de représenter les intérêts de leur électorat, y compris lorsque ces derniers impliquent un changement d'orientation⁹⁷.

Pour le moment, une telle évolution reste évasive. La jurisprudence analysée dans la présente section conforte une vision dualiste et cloisonnée. Sans doute mal adaptée à l'intense pratique de la coopération entre les composantes de la fédération, cette vision a au moins le bénéfice

⁹⁴ En principe, du moins, car l'impact de *Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd. c. Procureur général de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 297, rendu dix ans avant le *Renvoi sur le RAP*, *supra* note 76, pourrait avoir pour effet – sans doute imprévu – de rendre la dénonciation d'une entente interprovinciale par voie législative unilatérale plus difficile que la dénonciation d'une entente fédérale-provinciale. Voir Poirier, « Keeping Promises », *supra* note 4, ch. 6.2.2.2, discussion de *Churchill Falls*.

⁹⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 55.

⁹⁶ Voir, dans un autre contexte, l'obligation d'agir de bonne foi imposée au gouvernement de Terre-Neuve qui avait introduit un projet de loi visant à contrecarrer des obligations qu'il avait contractées : *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, p. 220. Par ailleurs, la Cour suprême des États-Unis a statué que malgré l'adoption d'une nouvelle loi par le Congrès, un organe gouvernemental était tenu par des engagements pris avec des institutions financières et qui garantissaient à ces derniers un régime réglementaire particulier. La nouvelle loi rendait caduque cette réglementation, ce qui entraîne la responsabilité contractuelle de l'exécutif. Constatant que le gouvernement fédéral avait pris le risque d'un changement législatif, la Cour le condamne à verser des dommages-intérêts : *United States c. Winstar Corp.*, 518 U.S. 839 (1996). Voir Cumyn, *supra* note 1.

⁹⁷ Sur ce débat entre deux valeurs : voir Poirier, 2006, *supra* note 4, et la réplique apportée à ce texte par Hugues Dumont, « L'État belge survivra-t-il à sa contractualisation ? Considérations critiques sur le mode belge des accords de coopération », *Numéro spécial de la Revue de droit de l'ULB*, vol. 33, 2006-1, p. 315-344.

de la clarté, ce qui n'est pas négligeable dans un État de droit. La prochaine sous-section illustre cependant le fait que les tribunaux empruntent simultanément un parcours peu conforme avec cette vision classique.

2.2 La sublimation du fédéralisme coopératif et la marginalisation des parlementaires

En parallèle de cette conception jurisprudentielle classique, un autre « courant » prend non seulement acte de la collaboration fédérale, mais la glorifie au point de réduire à sa plus simple expression toute velléité de contrôle judiciaire ou constitutionnel dès que les provinces et/ou l'autorité fédérale élaborent des processus de collaboration. En effet, les tribunaux, y compris la Cour suprême du Canada, font montre d'une déférence remarquable face aux échelons normatifs sur lesquels reposent un grand nombre d'arrangements coopératifs. Or, les EIG font inmanquablement partie de ces enchevêtrements normatifs : la plupart du temps, elles en sont le pivot. Dans ce contexte, et avec un degré d'analyse souvent remarquablement restreint, les juges passent implicitement du paradigme de la hiérarchie des normes, à celui du réseau normatif, réseau qu'ils tentent à peine de décoder⁹⁸.

Ainsi, on a vu qu'en 2005, dans l'Affaire *Unilever*, la Cour suprême avait refusé de reconnaître une valeur même réglementaire à l'Accord sur le commerce intérieur canadien, et lui a préféré un règlement provincial, bien que l'Accord eut été approuvé par les parlementaires québécois⁹⁹. Or, quelques mois plus tard, la même Cour a clairement appliqué à des tiers une EIG qui n'était aucunement incorporée en droit interne et qui donc, en principe, ne pouvait déroger au droit « unilatéral » des parties¹⁰⁰.

Les faits de l'affaire sont relativement simples. Une compagnie, Stelco, exerce ses activités industrielles à travers le Canada. En vertu d'un Accord interprovincial sur les régimes de retraite de 1968, c'est le surintendant des régimes de retraite de la province où se trouvent le plus grand nombre d'employés d'une entreprise de ce type qui est compétent pour gérer le système des pensions de retraite. Dans le cas de Stelco, il s'agit du surintendant des retraites de l'Ontario. Le but est notamment d'éviter la multiplication des contrôles administratifs distincts, pour les entreprises ayant des activités dans plusieurs provinces. Il s'agit donc, en principe, d'une fonction de rationalisation tout à fait légitime.

En 1990, Stelco ferme plusieurs usines, dont trois au Québec. Les syndicats demandent alors la liquidation des régimes de retraite. Le surintendant statue qu'en vertu du droit québécois, les employés des usines du Québec n'ont droit qu'à une retraite différée (à l'âge normal de la retraite), alors que les employés ontariens ont droit à une retraite anticipée. Puisque des lois différentes régissent les retraites complémentaires dans différentes provinces canadiennes, cette divergence n'a rien d'étonnant en soi.

Ce qui est frappant, toutefois, c'est qu'à l'unanimité, la Cour suprême rejette le recours des employés québécois, au motif *qu'en vertu de l'Entente conclue en 1968*, ils auraient dû contester la décision du surintendant devant les tribunaux *ontariens*, et non pas intenter leur

⁹⁸ François Ost et Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires St-Louis, 2002.

⁹⁹ *Unilever*, *supra* note 92.

¹⁰⁰ *Boucher c. Stelco*, [2005] 3 R.C.S. 279 [*Stelco*].

action fondée sur le droit des contrats de travail, au Québec¹⁰¹. Selon le juge Lebel, l'Entente de 1968 faisait en sorte que seul le Surintendant de l'Ontario pouvait rendre une décision en cette matière. Toute contestation de sa décision ne pouvait faire l'objet d'un recours – en contrôle judiciaire – que devant les tribunaux ontariens. L'accord (non-incorporé) prévoit que le surintendant peut exercer tous les pouvoirs conférés par la législature de l'Ontario. Par ce biais, le Québec aurait donc accepté que son droit interne (des contrats de travail) soit subordonné au droit ontarien.

La Cour prend soin de souligner l'importance de cet accord interprovincial et du rôle des ententes intergouvernementales dans la « vie du fédéralisme canadien »¹⁰². Elle note que cet « accord multilatéral de réciprocité » « s'appliquait toujours » au début du litige¹⁰³. Mais elle ne précise pas en vertu de quelle norme unilatérale cette entente trouverait à s'appliquer aux tiers. Bien que l'Assemblée nationale du Québec avait *autorisé* la conclusion de cette EIG (ce que souligne la Cour), l'entente n'avait pas été approuvée une fois conclue, et encore moins incorporée au droit québécois (élément sur lequel la Cour reste silencieuse). Or, nous avons vu que dans la décision *Unilever*, rendue la même année, une simple autorisation n'avait aucunement pour effet de conférer cette force normative à une EIG... Sans exprimer d'étonnement face à ce type de délégation, le juge Lebel, pour la Cour, note simplement que « [...] la validité des délégations de pouvoir découlant de l'Accord multilatéral de réciprocité n'a jamais été contestée »¹⁰⁴.

In fine, cette entente apparemment non-publiée, non-incorporée, conclue par des exécutifs provinciaux, a pour effet de priver des travailleurs d'un recours de droit civil – de droit commun - devant les tribunaux québécois. En fait, l'arrêt de la Cour ne comporte aucune référence précise pour cette entente dont elle cite pourtant des extraits¹⁰⁵. L'entente n'est pas reprise dans la liste des normes applicables par la Cour, en dépit du rôle déterminant qu'elle joue dans l'issue du litige, du moins sur le plan procédural¹⁰⁶. L'entente est un OJNI : un « objet juridique non-identifié ». Elle semble être traitée comme un simple élément de preuve, un « fait »¹⁰⁷.

Mon but n'est nullement de dénoncer un arrangement coopératif qui facilite la gestion coordonnée de pensions par les entreprises implantées dans plusieurs provinces. Mais de souligner à quel point la hiérarchie des normes, et le fédéralisme dualiste, qui semblaient si fondamentaux dans l'affaire *Unilever*, sont simplement, et en silence, écartés en l'espèce.

Quelques mois auparavant, toujours en 2005, la Cour suprême s'était également penchée sur un arrangement coopératif complexe comportant (au minimum) une loi fédérale, trois

¹⁰¹ L'argument des employés québécois était que leur contrat de travail avec Stelco leur permettait d'obtenir une retraite anticipée, en dérogation du droit commun du Québec. L'issue probable de cet argument (fondé sur l'entente) importe peu dans le présent contexte. Pour nos fins, ce qui compte, c'est que la Cour a jugé leur recours irrecevable *en raison de l'accord*.

¹⁰² *Stelco*, *supra* note 104, par. 20.

¹⁰³ *Ibid.* par. 4.

¹⁰⁴ *Ibid.* par. 26.

¹⁰⁵ *Ibid.* par. 25.

¹⁰⁶ Il en va de même dans la décision *Paulin*, *supra* note 17, dans laquelle la Cour suprême cite des extraits d'une entente fédérale-provinciale à l'appui de sa conclusion, sans donner de référence à l'entente et sans la lister dans les textes normatifs. Par contre, tel que mentionné précédemment, l'EIG en cause dans *Pelland* est reprise dans la liste des Lois et règlements cités par la Cour.

¹⁰⁷ Dans certaines affaires, les ententes sont en effet citées comme des éléments de preuve : *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Monette*, REJB 1997-02976 (C.S.Q.), par. 15.

règlements fédéraux, une série de lois et de règlements provinciaux¹⁰⁸. Par le biais de ce réseau entrelacé de normes – auquel un accord fédéral-provincial conclu en 1978 servait d’axe central – le gouvernement fédéral confère à des organes provinciaux le soin d’administrer, pour son compte, la commercialisation interprovinciale et internationale du poulet. Des quotas globalisés de production sont établis par le gouvernement fédéral, pour chaque province (peu importe la destination intra ou extra-provinciale des poulets). L’administration du système relève ensuite de chaque autorité provinciale. Le but du régime fédéral-provincial est de permettre une gestion cohérente, au sein de chaque province de la commercialisation intra et extra-provinciale. Il s’agit là d’un système relativement courant « d’interdélégation administrative » qui transforme, comme nous l’avons vu, un système fédéral « dualiste » en un système fédéral « intégré » ou « administratif ».

Un producteur québécois, M. Pelland, conteste une sanction imposée pour « sur-production » émise par l’organe québécois compétent en vertu de l’entente. Il prétend que sa production est destinée à l’exportation extra-provinciale et qu’à ce titre, l’organe « québécois » n’est aucunement compétent puisque la commercialisation extra-provinciale est de compétence exclusivement fédérale.

Pour une Cour encore une fois unanime, la juge Abella évoque une jurisprudence constante relative à la constitutionnalité de l’inter-délégation administrative. Elle note – avec une approbation certaine – les efforts de coordination dont font montre les partenaires fédéraux :

« Selon moi, l’accord fédéral-provincial de 1978 [...] reflète en les concrétisant la créativité constitutionnelle et la souplesse coopérative du fédéralisme canadien. [...] En toute déférence, je ne vois aucun fondement rationnel pour démanteler un système fédéral-provincial intégré qui a fait ses preuves » [...] Les deux ordres de gouvernement légifèrent dans leur champ de compétence respectif afin de créer un régime de réglementation unifié et cohérent »¹⁰⁹.

La Cour semble traiter l’entente comme une preuve extrinsèque permettant de mieux comprendre le régime coopératif en place. En principe, ce sont les lois et règlements de mise en œuvre – tant fédérales que provinciales – qui introduisent les normes contraignantes pour les tiers¹¹⁰. Pourtant, sans l’EIG sur laquelle repose tout le régime, ces législations parallèles ne pourraient avoir l’effet escompté. L’EIG est le fulcrum, le pivot, la charnière du mécanisme. Prétendre que les seules sources de normativité sont les législations respectives autorisant l’arrangement relève de la fiction juridique. Pour l’anecdote – mais de façon révélatrice – notons que l’Entente est reprise dans la liste des Lois et règlements cités par la Cour¹¹¹.

D’ailleurs, dans l’affaire *Pelland*, le juge Croteau de la Cour supérieure avait, candidement, reconnu la force normative de l’entente au cœur du régime :

¹⁰⁸ *Pelland*, supra note 53. *Pelland* a été rendu entre les affaires *Unilever*, supra note 92, et *Stelco*, supra note 104.

¹⁰⁹ *Pelland*, supra note 53, par. 15 et 38.

¹¹⁰ L’entente n’est pas incorporée comme telle, mais des législations « miroirs » sont sensées en traduire le contenu dans les ordres juridiques respectifs des parties.

¹¹¹ Sans référence, toutefois.

« [s]uivant l'accord fédéral et des provinces, le Québec a concédé certains pouvoirs dans un esprit de collaboration [...] Aux termes de l'Accord de 2001 [qui a succédé à celui de 1978] la Fédération requérante [l'office provincial] s'est engagée [...] de limiter la quantité totale de poulet à produire aux fins de respecter l'allocation du contingentement accordée au Québec »¹¹².

Dans *Pelland*, la Cour suprême trouve appui sur l'une de ses décisions rendue une dizaine d'années auparavant et qui témoigne encore une fois d'une déférence remarquable face à une construction multilatérale élaborée par les partenaires fédéraux¹¹³. Dans l'arrêt *Grisnich*, la question portait sur la nécessité qu'un organe provincial investi d'un pouvoir d'exercer des compétences provinciales et fédérales (par le biais d'une délégation administrative) identifie la base légale fondant sa décision.

S'il a ses défauts, le fédéralisme dualiste classique a pour effet de clarifier les responsabilités tant civiles que politiques. Le fédéralisme « intégré » ou « administratif » peut avoir pour effet de brouiller les cartes, lorsque ces questions ne sont pas expressément réglées. La Cour suprême ne s'émeut pas outre mesure de ces problèmes, soulignant encore une fois, les avantages découlant du fédéralisme coopératif. Ainsi, le juge Laforest relève que les régimes fédéraux-provinciaux sont essentiels en matière de commercialisation de divers produits, en raison de la répartition des compétences en la matière. Au bout du compte, ce sont des critères d'efficacité qui l'emportent sur l'impératif d'imputabilité :

« Dans la mesure où il peut être quelque peu difficile pour le citoyen de régler la question de compétence du fait que deux paliers de gouvernement soient responsables en fin de compte des actes de l'appelant, c'est là la nature même d'un programme national de commercialisation. [...] À mon avis, toute perte de responsabilité qui résulte de cette situation est plus que compensée par les avantages et les aspects pratiques de la délégation conjointe de pouvoirs »¹¹⁴.

Que l'on salue les efforts de rationalisation et de concertation des divers ordres de gouvernement, soit. L'une des grandes difficultés est que l'architecture fédérale canadienne reste foncièrement dualiste, en dépit de ces stratagèmes visant à en faire un système intégré. Cette confrontation est particulièrement visible dans le domaine judiciaire où les immunités inter-juridictionnelles sont telles que l'identification du tribunal compétent pour contrôler la décision prise par un organe dont les compétences sont attribuées par le biais d'un tissu de normes imbriquées pose un réel défi.

Ce problème est illustré par une décision de la Cour fédérale¹¹⁵. Une entreprise établie à travers le Canada se voit refuser à maintes reprises un permis d'importation de fromage par un organe de gestion et de mise en marché des produits du lait. Afin d'éviter la multiplication des procédures, l'entreprise conteste le refus devant la Cour fédérale. Les compétences de

¹¹² *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, REJB 2001-29399 (C.S.Q.), par. 67, 81 et 82. Pour le juge Croteau, le gouvernement ne peut déroger à l'entente qu'il a conclue : voir la citation, par. 90.

¹¹³ *Colombie-britannique (Milk Board) c. Grisnich*, [1995] 2 R.C.S. 895.

¹¹⁴ *Ibid.*, par. 26 et 30. Avec l'appui des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier. Le juge Iacobucci, avec l'appui des juges Lamer, Cory et Major rend des motifs concurrents axés uniquement sur le droit administratif, et non pas sur les impératifs du fédéralisme.

¹¹⁵ *Association canadienne des restaurateurs et des services alimentaires c. Canada (Commission du lait)*, [2001] 3 C.F. 20 (C.F.) [*Association canadienne des restaurateurs*].

l'organe ayant rendu la décision administrative contestée découlent d'une kyrielle de normes législatives et réglementaires, tant fédérales que provinciales, et d'environ six EIG. La Cour ne tente pas de démêler cet écheveau. Par contre, la Cour conclut ne pas avoir la compétence nécessaire pour trancher un recours judiciaire contre la décision administrative de cet organe au motif que le lien avec la loi fédérale n'était pas suffisamment établi¹¹⁶. Un tel lien constitue la condition *sine qua non* de la compétence de la Cour fédérale. Autrement dit, saisie d'un recours, la Cour fédérale recherche de toute évidence une norme unilatérale afin de fonder sa propre compétence, norme unilatérale qui ne peut être extirpée du labyrinthe normatif.

Que la Cour ne puisse démêler ce dédale inextricable est assez compréhensible. Toutefois, que la Cour conclue, comme elle le fait, ne pas être compétente pour rendre une décision en contrôle judiciaire *en raison de ce labyrinthe* est clairement source d'insécurité juridique pour les citoyens. Les tiers font largement les frais de cette dissonance entre les mécanismes du fédéralisme coopératif (dont les EIG sont le pivot) d'une part, et la structure fédérale formelle (largement dualiste), de l'autre¹¹⁷.

Dans le doute, les décisions d'organes coopératifs devraient de toute évidence être contestées devant les Cours supérieures des provinces, lesquelles jouissent d'une compétence générale : le lien avec une norme unilatérale n'est pas aussi essentiel. Mais, force est de constater que l'objectif d'élaborer un système intégré n'est pas renforcé par un système qui prévoit des recours judiciaires d'un seul organe devant dix juridictions distinctes!¹¹⁸

Toute tentative de rationalisation de cette jurisprudence pose un réel défi. Ces « courants » contradictoires, existent en parallèle, en vases clos, sans références les uns aux autres. De manière empirique, une classification provisoire se dessine. Il appert en effet que lorsqu'une partie gouvernementale à une EIG soutient que cette dernière ne peut faire obstacle à son droit unilatéral, ou ne peut restreindre sa « souveraineté parlementaire », les tribunaux auront tendance à reconcevoir le fédéralisme sous son angle classique, dualiste, et à n'accorder qu'une force normative très limitée à l'entente. Dans ce contexte, le droit interne, unilatéral, reprendra ses titres de noblesse (*Régime d'assistance publique, Unilever*).

Par contre, lorsque les partenaires de la fédération ne contestent pas la valeur contraignante d'une entente, les tribunaux font montre d'un très grand degré de déférence pour les arrangements coopératifs (*Pelland, Grisnich, Stelco*). Le rôle des parlementaires s'en trouve d'autant plus marginalisé, ce qui contrecarre évidemment l'importance accordée au principe de la souveraineté parlementaire¹¹⁹. Cette déférence croissante contredit les arrêts *Anti-inflation* des années 1970, mais elle pourrait être en phase avec l'évolution des doctrines d'interprétation de la répartition des compétences préconisée par la Cour suprême. Ainsi,

¹¹⁶ La Cour est d'avis que l'organe est créé « par contrat ». La Cour ne traite pas la question de savoir comment ce contrat non-incorporé peut lier les tiers ...

¹¹⁷ Dans une saga judiciaire ayant duré plus de vingt ans, M. Finlay, qui alléguait la violation par le Manitoba d'une entente fédérale-provinciale, a dû contester les décisions provinciales devant les tribunaux du Manitoba, et les décisions fédérales devant la Cour fédérale... Pour finir, deux fois, devant la Cour suprême... voir Poirier, « Keeping Promises », *supra* note 4, ch. 4, section 4.1.3 et ch. 6, section 6.2.4.

¹¹⁸ Sur la question de l'immunité inter-juridictionnelle dans ce contexte, de même que de recours possibles en vertu de l'art. 19 de la *Loi sur la Cour fédérale*, voir Poirier, « Keeping Promises », *supra* note 4, ch. 5, section 5.3.2 et ch. 6, section 6.2.4. Sur les problèmes similaires rencontrés en Australie, voir Cheryl Saunders, « Administrative Law and Relations between Governments: Australia and Europe Compared », (2000) 28 *Fed L.R.* 263.

¹¹⁹ Les ententes internationales « importantes » auxquelles souscrit le gouvernement québécois doivent être approuvées par l'Assemblée nationale (*Loi sur le Ministère des relations internationales*, L.R.Q., c. M-25.1.1, art 22.1 à 22.4). Ce n'est pas le cas des ententes intergouvernementales.

pour une majorité de la Cour, la doctrine des compétences exclusives doit recevoir une interprétation particulièrement restrictive, puisqu'une application extensive du principe aurait pour effet de miner le « fédéralisme coopératif », « souple » et « moderne »¹²⁰.

Ce constat peut paraître éloigné de notre interrogation initiale : celle du statut des EIG comme source de droit constitutionnel. À cette question, la réponse fournie par l'orthodoxie positiviste est claire : officiellement, en absence d'une « constitutionnalisation » officielle, les EIG ne peuvent modifier l'ordre constitutionnel. De plus, en l'absence d'une incorporation législative en bonne et due forme, les EIG n'ont même pas valeur réglementaire dans les ordres juridiques fédéral et provinciaux (arrêts *Anti-inflation*, *Unilever*)¹²¹.

Pourtant, les décisions *Pelland*, *Stelco*, *Grisnich* et *Association canadienne des restaurateurs*, démontrent que des EIG non-incorporées déterminent des procédures qui lient clairement les tiers. Ces contradictions jurisprudentielles relatives au statut des EIG dénaturent – de manière imprévisible mais incontestable – les règles de droit liant l'État (autorités fédérale et fédérées) aux citoyens. Il ne s'agit plus uniquement d'une transformation officieuse de l'architecture fédérale par la voie « contractuelle », mais d'une restructuration des liens qui existent entre les autorités étatiques et les citoyens, au nom du fédéralisme coopératif. La transformation « officieuse » du fédéralisme dualiste en fédéralisme coopératif, acclamée tant par la population et les responsables politiques que les juges, n'a pas été accompagnée par une adaptation de l'organisation judiciaire, par exemple, ce qui peut sérieusement compliquer la vie des justiciables.

Le pouvoir judiciaire contribue à cette restructuration, quoique de manière erratique. On ne se situe pas uniquement « hors du droit », mais dans une zone de turbulence juridique.

CONCLUSION

Contrairement à une idée largement véhiculée, les ententes intergouvernementales ne traitent pas que de questions « platement administratives », mineures, « internes ». Il est vrai que parmi les centaines d'ententes conclues chaque année au Canada, de nombreuses portent sur des questions de gestion courante et en soi, peu controversées. Mais de nombreuses autres ententes ont, surtout par leur effet cumulatif, un impact significatif tant sur la structure fédérale canadienne que sur les rapports entre les autorités étatiques (fédérales comme provinciales) et les citoyens.

Des accords intergouvernementaux ont un impact sur les régimes de retraite, répartissent les responsabilités en ce qui a trait aux évaluations environnementales, partagent les revenus des ressources sous-marines, en dépit de la répartition formelle des compétences. Des ententes permettent de contourner la répartition des compétences. D'autres contribuent à maintenir un flou artistique autour de cette répartition, accommodant ainsi les autorités publiques, mais

¹²⁰ *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 24 et 42. Voir aussi les paragraphes 32-33 et 77-78. Voir également *Colombie-Britannique (P.G.) c. Lafarge*, [2007] 2 R.C.S. 86.

¹²¹ Pour rappel, ce constat ne signifie pas qu'elles ne peuvent avoir une valeur contractuelle entre les signataires! Il s'agit de deux questions juridiques distinctes, bien que reliées.

créant des incertitudes notamment en termes d'imputabilité et de responsabilité politique¹²². Des EIG apportent une reconnaissance la plupart du temps implicite – et fragile puisque non-constitutionnalisée – au fédéralisme asymétrique. Certains accords servent d'antidote à des transferts de compétences ou représentent des alternatives à des réformes constitutionnelles jugées inatteignables.

Par le biais d'EIG, les acteurs de la fédération canadienne peuvent transformer – de manière *ad hoc* – un système fédéral « dualiste » (au sein duquel chaque ordre de gouvernement dispose à la fois des pouvoirs législatifs et exécutifs) à un fédéralisme d'exécution – ou « intégré » – au sein duquel un ordre de gouvernement met en œuvre la législation d'un autre ordre. La technique n'est pas inconstitutionnelle, mais elle a clairement pour effet de modifier la philosophie de base du fédéralisme canadien. Comme pivot souvent incontournable du pouvoir fédéral de dépenser, les EIG représentent également d'indéniables instruments d'une *realpolitik* para-constitutionnelle. Les ententes interprovinciales servent également à créer des alliances à géométrie variable au sein de la fédération. Enfin, nous avons avancé l'hypothèse que certaines ententes entre le gouvernement fédéral et/ou les provinces d'une part, et les communautés linguistiques de langue minoritaire et les communautés ou nations autochtones d'autre part, servent à consolider la « constitution organique » et à conférer une forme (atténuée?) de statut constitutionnel à ces collectivités. Dans tous ces cas de figure, la constitution « vivante » du Canada s'en trouve altérée.

Le droit public canadien semble particulièrement mal outillé face à la richesse de cette pratique. Les EIG ne sont régies par aucune règle constitutionnelle, et pratiquement aucune norme législative ou réglementaire. Elles ne sont pas pour autant « orphelines du droit ». Que les exécutifs le veuillent ou non, les EIG se retrouvent parfois au cœur de litiges, souvent à l'initiative de tiers. L'analyse que réservent les tribunaux aux EIG ne pêche pas par excès de clarté ou de cohérence. Les juges hésitent entre deux tendances contradictoires. En l'absence d'un cadre constitutionnel clair relatif au statut des EIG, les tribunaux semblent condamnés à une valse-hésitation.

Ainsi, les tribunaux défendent une vision du fédéralisme « dualiste » classique et refusent d'accorder une force normative même réglementaire à une EIG qui ne serait pas formellement incorporée dans les ordres juridiques des parties. Or, de telles incorporations sont extrêmement rares. Dans ce contexte, tout conflit entre une norme unilatérale et une EIG se résoudra en faveur de la première.

En parallèle de cette conception classique, les tribunaux prennent acte des efforts de coordination dont font montre les acteurs de la fédération. Saluant la quête d'efficacité et de coordination, les tribunaux accordent une large marge de manœuvre aux exécutifs qui élaborent des structures et des processus collaboratifs. Dans certains cas, cela conduit ces exécutifs à faire – collectivement – ce qu'ils ne pourraient sans doute pas accomplir séparément... c'est-à-dire créer des organes pouvant rendre des décisions contraignantes en

¹²² En dépit de l'action concertée qui est élaborée par le biais d'ententes, les exécutifs tentent souvent de rassurer leurs populations respectives quant au fait que les modalités de responsabilité et d'imputabilité traditionnelle (donc « dualistes ») ne sont pas remises en cause. Ainsi, le site officiel du Conseil canadien des ministres de l'environnement explique que : « [c]haque ministre est responsable d'agir et de rendre des comptes dans son champ de compétence respectif. L'application des décisions prises par le CCME est la prérogative des gouvernements élus » : <http://www.ccme.ca/about/index.fr.html> ((consulté 10 avril 2008). Dans certains cas, une loi habilitant une délégation de responsabilités administratives d'un ordre de gouvernement à un autre prévoit expressément que la responsabilité politique n'est pas, elle, transférée : voir *Ricken Leroux, supra*, note 90, par. 69.

vertu de textes dont la valeur est juridiquement indéfinie, voire inexistante. Cette tolérance pour le fédéralisme coopératif soulève nombre de problèmes, toutefois, notamment en raison de la structure peu unifiée du système judiciaire canadien.

Le fédéralisme est multiforme. A la fois dualiste et coopératif. En dépit de l'insécurité juridique entourant le statut formel des EIG en droit positif, il convient de noter qu'en règle générale, ces ententes sont largement mises en œuvre et respectées. Et rarement dénoncées unilatéralement. En d'autres mots, peu importe leur statut juridique, elles sont dotées d'un très haut degré d'effectivité. Ainsi, pour les pouvoirs publics, l'enjeu de l'ambivalence – voire de l'incohérence – jurisprudentielle, n'est pas nécessairement dramatique¹²³. Les ententes peuvent dans certains cas se situer dans une sphère para-juridique, représenter une forme de « contrat social » entre partenaires de la fédération¹²⁴. L'opacité des ententes, leur publication aléatoire, leur statut incertain, peuvent peut-être même contribuer à leur efficacité comme lubrifiant des rouages fédéraux.

L'inquiétude des juristes doit davantage se porter sur l'effet de ces EIG sur les tiers. Des citoyens doivent intenter des procédures judiciaires coûteuses pour s'assurer que par le biais d'ententes, les exécutifs ne les privent pas de leurs droits linguistiques. Le droit administratif, de même que le droit des contrats, sont souvent inadéquats pour offrir aux citoyens un degré de protection suffisant contre cette « normativité contractuelle » qui s'élabore souvent en marge des mécanismes classiques du droit public. Les tiers risquent fort d'être déboutés si les signataires gouvernementaux d'une entente n'en contestent pas la normativité, voire mettent l'accent sur son caractère crucial pour la gestion efficace d'une politique publique.

La pratique et la jurisprudence relatives aux EIG ont pour effet de faire co-exister – d'une manière peu coordonnée – les paradigmes de la hiérarchie des normes et du réseau, et les paradigmes du fédéralisme dualiste et intégré. Or, les structures de contrôle – particulièrement de l'action administrative – s'inscrivent clairement dans le paradigme « hiérarchique » et « dualiste ». Il en résulte une grande incertitude pour les tiers, pourtant en principe bénéficiaires des aménagements coopératifs.

Que les exécutifs cherchent à esquiver les contrôles judiciaires relatifs à leurs actions conjointes ou concertées n'est pas surprenant. La primauté du droit s'est construite à force de combats visant à contrôler l'action du pouvoir exécutif. Pendant longtemps, les exécutifs ont tenté d'échapper au contrôle judiciaire de leurs actes unilatéraux. Pour le monarque, le système politique optimal c'est la monarchie absolue! Pourtant l'État de droit nécessite un degré de clarté, de transparence, de publicité des normes et de prévisibilité qui sont souvent mises à mal par les échafaudages coopératifs.

Certains observateurs de la gouvernance européenne et « globale » postulent l'émergence d'un nouveau cadre de régulation publique, en marge des modes classiques¹²⁵. Ainsi, les contrôles par les pairs - la méthode ouverte de coordination par exemple - introduiraient une

¹²³ Le risque de dénonciation unilatérale d'entente en matière de ressources sous-marines fera toutefois réfléchir les partenaires sur cette question...

¹²⁴ Sur la difficile qualification de diverses formes de « contrats » conclus entre autorité publique et autres intervenants, publics ou autres, voir Cumyn, *supra* note 1. Sur l'hypothèse selon laquelle les EIG sont gouvernées par une forme de para-légalité, et participeraient ainsi d'une forme de pluralisme juridique, voir Poirier, 2007, *supra* note 4.

¹²⁵ Charles F. Sabel et Jonathan Zeitlin, « Learning from Difference : The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU », (2008) 14 : 3 *European Law Journal* 271-327; Joshua Cohen et Charles F. Sabel, « Global Democracy? », (2005) 37 *International Law and Politics* 763-797.

forme « dynamique » d'imputabilité. La participation citoyenne à ces processus ouverts (par le biais de consultations publiques etc.) constituerait ainsi une sorte de compensation pour le déficit démocratique que la gouvernance complexe, à multi-niveaux, en réseaux, entraîne. L'argument est fascinant et mériterait d'être étudié dans le contexte fédéral.

Plusieurs EIG conclues au cours des dix dernières années introduisent des mécanismes de rapports publics, souvent conjoints, notamment sur l'atteinte de certains objectifs. On ne peut nier que de tels processus puissent constituer des instruments d'imputabilité politique. Néanmoins, dans un État de droit, il est légitime de s'inquiéter du fait que des contrôles de droit administratif *existants* soient remplacés – et non pas complétés – par des processus de contrôle aussi vaporeux. La question se pose évidemment différemment dans une entité politique en émergence, telle l'Union européenne. Si ces nouvelles formes de régulation publique servent de *prétexte* pour réduire les contrôles parlementaires et judiciaires sur lesquels l'état de droit s'est construit, on n'aura pas gagné au change. Dans un régime démocratique, il importe que les citoyens puissent savoir quel acteur politique sanctionner en cas d'insatisfaction.

« L'angélisme de la coopération » a souvent pour effet de générer une sorte d'aveuglement volontaire face aux constructions pragmatiques, la plupart du temps élaborées par des non-juristes, et visant un fonctionnement plus efficace du régime fédéral. La solution n'est pas de freiner la coopération intergouvernementale. Mais plutôt d'élaborer des mécanismes de transparence, de publicité, de contrôles parlementaires et administratifs mieux adaptés à la réalité fédérale¹²⁶. Il en va de même des règles qui permettraient de clarifier le statut des EIG dans les ordres juridiques fédéraux et provinciaux.

Les ententes intergouvernementales sont rarement une source directe de droit constitutionnel. Mais elles modifient indubitablement le fonctionnement du système fédéral, en marge de sa structure officielle et formelle. La contractualisation du droit, inhérente au destin fédéral, altère clairement les rapports entre les composantes de l'État et les citoyens. Et donc, l'essence du droit constitutionnel. Dans ce sens, les EIG ne représentent pas des sources classiques de droit constitutionnel, mais des sources d'eau trouble dans le paysage constitutionnel, des sources ayant grand besoin d'assainissement...

¹²⁶ Plusieurs EIG conclues au cours des dix dernières années introduisent des mécanismes de rapports publics, souvent conjoints, notamment sur l'atteinte de certains objectifs. On ne peut nier que de tels processus puissent constituer des instruments d'imputabilité politique (exemple, art. 2.1 et Protocole sur la Communication (Annexe C) de l'Accord entre le Canada et la Colombie-Britannique en matière d'infrastructure, *supra* note 18. Mais encore faut-il que les citoyens puissent savoir quel acteur politique sanctionner en cas d'insatisfaction. De plus, dans un État de droit, il est légitime de s'inquiéter que des contrôles de droit administratif soit remplacés – et non pas complétés – par des processus de contrôle aussi diffus, et « hors du droit ».