

## **Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs**

Eugénie Brouillet\*

En 1998, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême du Canada affirmait que le fédéralisme était un principe « inhérent à la structure de nos arrangements constitutionnels, l'étoile qui a guidé les tribunaux depuis la naissance de l'État canadien »<sup>1</sup>. Cette affirmation et l'importance que la Cour a accordée à ce principe constitutionnel dans ce Renvoi nous ont amenée à nous demander quel avait été le rôle joué par le fédéralisme dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada depuis qu'elle est devenue le dernier tribunal d'appel en 1949.

Une analyse exhaustive des décisions dans lesquelles la Cour y avait eu expressément recours nous a permis de constater que son engouement pour le fédéralisme dans certains renvois ne trouvait pas nécessairement écho dans sa jurisprudence fédérative, c'est-à-dire dans celle relative au partage des compétences législatives entre les deux ordres de gouvernement. Cette recherche a donné lieu à la publication d'un article en 2004<sup>2</sup>.

Nous y concluons alors que le fédéralisme n'avait expressément guidé la Cour suprême que de façon relativement exceptionnelle et, surtout, d'une manière qui laissait transparaître une absence de théorie fédérative. Dans la trentaine de décisions répertoriées dans le cadre de notre recherche, le fédéralisme n'avait pour l'essentiel été invoqué qu'afin de combler les *vides* du texte constitutionnel et non à titre de guide dans l'interprétation de ses dispositions, particulièrement celles qui concernent le partage des compétences<sup>3</sup>, alors qu'il s'agit là précisément du cœur du principe

---

\* Professeure agrégée, Faculté de droit, Université Laval. Ce texte est à jour en décembre 2009 et a été réalisé grâce à l'aide financière du *Fonds québécois de recherche sur la société et la culture*.

<sup>1</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 56 [ci-après : « *Renvoi sur la sécession* »].

<sup>2</sup> Eugénie Brouillet, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », [2004] 45 C. de D., p. 7-67.

<sup>3</sup> Depuis l'abolition des appels au Comité judiciaire du Conseil privé, la Cour suprême du Canada a nommément invoqué le fédéralisme dans une trentaine de décisions. Nous excluons bien sûr de ce total

fédératif. Dans ce dernier cas, elle n'avait pas élaboré de théorie fédérative susceptible de lui permettre de trancher les litiges relatifs au partage des compétences législatives en ayant une vision d'ensemble du régime canadien et de son évolution.

Les deux plus longues dissertations de la Cour sur le principe fédératif, d'un point de vue politique et juridique, étaient celles développées dans les renvois sur le rapatriement et la sécession. Dans ces deux cas, la Cour faisait face à un silence des textes constitutionnels. Le principe fédératif lui servit, dans le premier cas, à reconnaître l'existence d'une convention constitutionnelle requérant le consentement d'un nombre appréciable de provinces pour modifier la Constitution<sup>4</sup> et, dans le second, à affirmer l'existence d'une obligation constitutionnelle de négocier une éventuelle sécession du Québec à la suite de l'expression d'une volonté démocratique clairement exprimée en ce sens par le peuple québécois<sup>5</sup>.

L'analyse des quelques décisions de la Cour suprême dans lesquelles celle-ci invoquait nommément le principe fédératif dans ses raisonnements en matière de partage des compétences révélait qu'elle avait généralement opté pour une conception moderne de ce dernier, favorable aux chevauchements de pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement. Par contre, la plus haute cour canadienne revenait, à l'occasion, à une conception classique, essentiellement lorsque l'exclusivité des compétences favorisait le Parlement fédéral ou, inversement, lorsque l'application de la conception moderne aurait pu favoriser l'exercice des compétences provinciales.

Depuis la publication de notre article, la Cour suprême a eu l'occasion de revenir au principe fédératif dans un certain nombre de décisions mettant en cause les règles relatives au partage des compétences législatives. Nous proposons dans le cadre du présent texte une analyse des décisions les plus significatives parmi celles-ci, analyse qui aura pour pivot les principes du fédéralisme et de l'exclusivité des pouvoirs. Dans une brève première partie, nous traiterons de la conception récente de la Cour

---

les décisions dans lesquelles ce principe (ou l'un de ses synonymes, soit « principe fédératif », « principe fédéral », ou leurs équivalents anglais) se retrouvait dans la doctrine citée ainsi que celles où la Cour y faisait référence simplement pour affirmer qu'il n'est pas pertinent pour régler le litige : *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *C.-B. (Milk Board) c. Grisnich*, [1995] 2 R.C.S. 895.

<sup>4</sup> Renvoi : *résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

<sup>5</sup> Renvoi sur la sécession, *supra* note 1.

eu égard au principe du fédéralisme et à la question de l'équilibre des pouvoirs entre les ordres de gouvernement fédéral et provincial. La seconde partie sera consacrée au principe d'exclusivité et à la place qu'il occupe dans les conceptions classique et moderne du partage des compétences législatives. Elle comprendra également une synthèse critique de l'état du droit constitutionnel relatif aux doctrines de l'inapplicabilité et de l'inopérabilité. Nous verrons que si la Cour suprême semble aujourd'hui animée par le désir de jouer un certain rôle en ce qui a trait au maintien d'un équilibre entre les pouvoirs des deux ordres de gouvernement, son choix en faveur d'une conception moderne du partage des compétences a pour effet, en pratique, de la reléguer au second plan au bénéfice des acteurs politiques à ce chapitre.

## 1. Le principe fédératif et la jurisprudence récente de la Cour suprême

En 2005, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi*<sup>6</sup>, la Cour suprême avait à examiner la validité constitutionnelle de dispositions fédérales relatives aux congés parentaux. Il s'agissait de déterminer si ces dernières empiétaient sur la compétence des provinces relative à la propriété et aux droits civils ou aux matières d'une nature purement locale ou privée<sup>7</sup> ou si encore elles relevaient de la compétence fédérale de légiférer relativement à l'assurance-chômage<sup>8</sup>. Elle privilégie alors le principe d'interprétation évolutive afin de cerner l'étendue de la compétence fédérale en matière d'assurance-chômage et conclut qu'elle comprend non seulement la mise en place d'un régime d'assurance contre la privation de revenus résultant d'une *perte* d'emploi *pour des raisons économiques*, mais également pour une *interruption* d'emploi *pour des raisons reliées à des conditions personnelles*. L'effet de cette décision fut d'étendre la compétence législative fédérale en matière sociale, domaine de compétence que les provinces avaient expressément refusé de transférer au Parlement fédéral en 1940<sup>9</sup>.

À l'occasion de ce litige, la Cour réfère nommément au principe du fédéralisme et affirme ce qui suit : « Il est délicat de fixer les limites à l'évolution de la compétence

---

<sup>6</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669 [ci-après : « *Renvoi sur les congés parentaux* »].

<sup>7</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, no. 44, par. 92(13) et 92(16).

<sup>8</sup> *Ibid.*, par. 91(2A).

<sup>9</sup> *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, (2004) R.J.Q. 399 (C.A.Q.), par. 72.

constitutionnelle en se fondant sur la structure du Canada. Cette notion fait appel à la conception qu'un tribunal peut se faire du fédéralisme. *Les repères du fédéralisme peuvent varier d'un juge à l'autre et reposent sur des notions politiques plutôt que juridiques. Le maintien de l'équilibre entre les pouvoirs fédéral et provinciaux relève avant tout des gouvernements* »<sup>10</sup>.

D'abord, pour la Cour suprême, le fédéralisme est un concept essentiellement politique et non juridique. Cette affirmation pose problème puisque, malgré la pluralité des formes de matérialisation du principe fédératif à travers le monde, il demeure pertinent d'identifier certaines caractéristiques *juridiques* essentielles de l'État fédératif, qui permettent de le distinguer de l'État unitaire décentralisé<sup>11</sup>.

Au plan juridique, le principe fédératif implique pour l'essentiel un partage de la fonction législative entre deux ordres de gouvernement autonomes ou non subordonnés entre eux dans un certain nombre de matières réservées à leur pouvoir législatif exclusif; cette autonomie doit être garantie dans une Constitution écrite supralégislative, dont l'interprétation et la mise en œuvre sont confiées à un arbitre judiciaire qui présente certaines garanties de neutralité<sup>12</sup>. En affirmant que le fédéralisme est pour ainsi dire dénué de contenu normatif, la Cour suprême remet en cause sa pertinence même et laisse le soin aux juges, au gré des conjonctures et de leur bon vouloir, de décider de ce qu'il en est de ce principe.

Ensuite, la Cour suprême dit ne pas avoir de rôle déterminant à jouer dans le maintien d'un équilibre entre les pouvoirs législatifs des deux ordres de gouvernement, cette responsabilité relevant « avant tout des gouvernements ». Le problème qui se pose avec cette conception de la Cour est que cette dernière joue en

---

<sup>10</sup> Renvoi sur les congés parentaux, *supra* note 6, par. 10 [nos italiques].

<sup>11</sup> Eugénie Brouillet, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, coll. « Cahiers des Amériques », Québec, Les Éditions du Septentrion, 2005, p. 79-86.

<sup>12</sup> Nous avons démontré, dans un article antérieur, que la Cour suprême fait face à un certain déficit de légitimité en tant qu'arbitre ultime des différends fédératifs au Canada : Eugénie Brouillet et Yves Tanguay, « La légitimité de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif multinational. Le cas de la Cour suprême du Canada », dans Michel Seymour (dir), *Le fédéralisme multinational en perspective : un modèle viable ?*, Actes de colloque, Montréal, 25-27 septembre 2009 (à paraître chez Peter Lang). Résumé paru à titre de "Working Paper" par l'Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, [en ligne: <http://www.queensu.ca/iigr/working/SCC/SCCpapers.html>].

pratique un rôle majeur relativement à l'absence ou à l'existence d'un tel équilibre fédératif.

En 1867, le régime fédératif a été préféré à l'union législative précisément afin d'insérer dans la Constitution des garanties *juridiques* pour l'autonomie législative des provinces canadiennes. Pour une nation minoritaire comme l'est le Québec au sein du Canada, la rigidité des prescriptions constitutionnelles, à titre de remparts aux ingérences du fédéral, est d'une importance vitale. En effet, pour le Québec, la simple force politique brute n'est d'aucune façon garante de la préservation de son autonomie. Une nation minoritaire a besoin de la force du droit pour continuer d'exister en tant que collectivité nationale. Or, c'est précisément ce dont le Québec cherchait à s'assurer en faisant de l'adoption du principe fédératif la condition *sine qua non* de son adhésion au projet de nouvelle Constitution en 1867<sup>13</sup>.

Ce passage du *Renvoi sur les congés parentaux* semblait ainsi confirmer ce que nous avons tenté de démontrer dans le cadre de notre article *La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada*, c'est-à-dire l'absence de théorie du fédéralisme dans la jurisprudence du plus haut tribunal du pays.

Deux ans plus tard, la Cour fait en quelque sorte volte-face et opère une théorisation du principe du fédéralisme. Dans *Banque canadienne de l'Ouest*<sup>14</sup>, la Cour énonce ce qu'elle considère être les principaux aspects normatifs et les objectifs attachés au principe du fédéralisme, en reprenant essentiellement ce qu'elle en avait dit près d'une dizaine d'années plus tôt dans le *Renvoi sur la sécession*.

La nouveauté tient ici à ce qu'elle en fasse cette fois mention dans une cause relative au partage des compétences législatives, ce qu'elle n'avait pas encore fait de façon aussi significative. Pour la Cour, ces aspects normatifs et ces objectifs sont les suivants : le fédéralisme comme reconnaissance juridique de la diversité des composantes fondatrices de l'État canadien; le partage des compétences comme l'un des éléments fondamentaux visant à respecter cette diversité; le fédéralisme comme moyen de favoriser la participation démocratique et la coopération des ordres de gouvernement dans la recherche du bien commun; la suprématie constitutionnelle

---

<sup>13</sup> Eugénie Brouillet, *supra* note 11, p. 140-145.

<sup>14</sup> *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3 [ci-après : « BCO »].

des règles du partage des compétences législatives comme garante de l'atteinte de ces objectifs; la nécessité de tenir compte du principe du fédéralisme dans l'interprétation, la mise en œuvre et l'adaptation des compétences législatives aux nouvelles conditions sociétales<sup>15</sup>.

En ce qui a trait à son rôle et à celui des tribunaux en général en matière fédérative, elle reconnaît qu'en tant qu'« ultime[s] arbitre[s] » du partage des compétences, lui revient la tâche de développer des doctrines de mise en œuvre de ces règles qui permettent « d'établir un équilibre approprié dans la reconnaissance et l'aménagement des chevauchements inévitables » entre les ordres de gouvernement et qui visent à concilier la diversité légitime des expérimentations régionales avec le besoin d'unité nationale<sup>16</sup>.

Elle réitère toutefois l'idée énoncée dans le *Renvoi sur les congés parentaux* selon laquelle « concrètement, le maintien de l'équilibre des compétences relève avant tout des gouvernements », et que les doctrines constitutionnelles de mise en œuvre du partage des compétences doivent par conséquent favoriser la pratique d'un fédéralisme coopératif<sup>17</sup> favorable aux chevauchements de pouvoirs. Ce faisant, la Cour indique implicitement qu'une attitude de retenue judiciaire est de mise en matière de différends fédératifs, qu'elle n'interviendra en cette matière qu'en cas de nécessité.

Il est intéressant de noter à cet égard que, dans plusieurs décisions, la Cour suprême a accordé un poids significatif, dans des causes relatives au partage des compétences législatives, au fait que les deux ordres de gouvernement s'entendent sur la façon d'exercer leurs pouvoirs. Par exemple, voici ce qu'énonçait la Cour dans la décision *SEFPO*<sup>18</sup>, passage repris avec approbation par la Cour en 2002 dans *Bande Kitkatla* :

« Selon moi, un point qu'il convient de souligner et *auquel il faut attacher une certaine importance* est non seulement l'existence d'une loi fédérale semblable, mais aussi le fait que *le gouvernement fédéral est intervenu dans ce pourvoi pour appuyer la loi ontarienne*. Les dispositions

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, par. 22 et 23.

<sup>16</sup> *Ibid.*, par. 24.

<sup>17</sup> *Ibid.* [nos italiques].

<sup>18</sup> *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 19-20 [ci-après : « *SEFPO* »].

de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au partage des pouvoirs ne s'adressent pas exclusivement aux gouvernements fédéral et provinciaux. Elles établissent des lignes de démarcation qui intéressent tous les Canadiens et auxquels (sic) ceux-ci peuvent se fier. Par conséquent, le fait que le fédéral et les provinces s'entendent sur une ligne de démarcation précise entre leurs champs de compétence respectifs *n'est pas concluant quant à cette ligne de démarcation. J'estime néanmoins que la Cour devrait se montrer particulièrement réticente à invalider une loi provinciale lorsque le gouvernement fédéral n'en conteste pas la validité ou, comme c'est le cas en l'espèce, lorsqu'il va même jusqu'à intervenir pour appuyer cette loi et qu'il a lui-même adopté une loi fondée sur le même point de vue constitutionnel que celui adopté par l'Ontario* »<sup>19</sup>.

Une telle considération à l'égard de la position de l'autre ordre de gouvernement était également présente dans les raisonnements de la Cour suprême dans les affaires *Lafarge*<sup>20</sup> et *Rothmans*<sup>21</sup>.

Dans la seconde partie, nous analyserons la conception de la Cour suprême quant à la façon dont doivent s'articuler les doctrines de mise en œuvre du partage des compétences législatives dans la pratique d'un fédéralisme coopératif et la place qu'y occupe le principe d'exclusivité des pouvoirs.

## **2. Le principe d'exclusivité et les conceptions classique et moderne du partage des compétences**

Le principe d'exclusivité signifie que, pour matière donnée, il n'existe qu'un seul ordre de gouvernement compétent pour légiférer. Les compétences exclusives d'un ordre de gouvernement ne peuvent donc être envahies par l'autre. C'est ce principe qui a pour l'essentiel présidé au partage des compétences législatives au Canada. Le

---

<sup>19</sup> *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 72 [nos italiques].

<sup>20</sup> *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86, par. 88 [ci-après : « *Lafarge* »].

<sup>21</sup> *Rothmans Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, par. 26 [ci-après : « *Rothmans* »].

texte constitutionnel est sans équivoque à cet égard<sup>22</sup>. Les compétences concurrentes y sont fort peu nombreuses<sup>23</sup>.

Le principe d'exclusivité est fondamentalement lié à celui d'autonomie des ordres de gouvernement dans l'exercice de leurs compétences législatives. Cela dit, il est évidemment impossible, particulièrement en cette époque de multiplication et de complexification des interventions étatiques, de complètement éviter les « zones de contact »<sup>24</sup> entre les deux ordres de gouvernement. En revanche, le fédéralisme ne peut survivre à terme si l'on procède à un décloisonnement total des compétences législatives. Nous partageons ici l'opinion des professeurs Francis Delpérée et Marc Verdussen à l'effet « [...] que plus un État [fédératif] renonce à l'exclusivité des compétences, plus il s'éloigne de l'idéal d'égalité propre aux États fédéraux ». Ils ajoutent qu'« [...] à partir du moment où [les] dérogations [au principe d'exclusivité] sont trop nombreuses et trop conséquentes, au point de prendre le pas sur le principe, c'est le caractère fédéral de l'État qui est mis en cause »<sup>25</sup>.

Eu égard au principe d'exclusivité, l'on peut identifier dans la jurisprudence et la doctrine canadiennes, deux conceptions différentes du partage des compétences législatives : la conception classique et la conception moderne. La première consiste en l'idée que les pouvoirs conférés par les articles 91 et 92 constituent des « compartiments étanches »<sup>26</sup> et qu'il faut donc le plus possible éviter ou limiter les chevauchements de compétences entre les deux ordres de gouvernement. La notion d'exclusivité des compétences législatives joue ici un rôle de premier plan.

---

<sup>22</sup> Les paragraphes introductifs des articles 91, 92 et 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 7, indiquent tous que la compétence législative attribuée aux parlements fédéral et provinciaux relativement aux matières qui y sont énumérées est « exclusive » (le terme « exclusivement » y est également utilisé).

<sup>23</sup> Elles ne visent que l'agriculture et l'immigration (art. 95), les pensions de vieillesse et prestations additionnelles (art. 94A), le commerce interprovincial des ressources naturelles (art. 92A(3)).

<sup>24</sup> Jean Beetz, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », dans P.-A. CRÉPEAU et C.B. MACPHERSON (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto, University of Toronto Press, 1966, p. 123.

<sup>25</sup> 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*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 200 et 203.

<sup>26</sup> Cette expression est du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'arrêt *A.-G. for Canada v. A.-G. for Ontario*, [1937] A.C. 326, p. 354, où Lord Atkin s'exprimait en ces termes : « while the ship of state now sails on larger ventures and into foreign waters she still retains the watertight compartments which are an essential part of her original structure ».

L'expression « fédéralisme dualiste » est parfois employée pour désigner le paradigme classique.

Inversement, dans la conception moderne du partage, le principe d'exclusivité est appliqué d'une façon beaucoup plus faible, ce qui favorise ainsi l'existence de larges domaines de compétences concurrentes<sup>27</sup>. Les chevauchements de compétence entre les deux ordres de gouvernement y sont donc non seulement considérés normaux, mais bienvenus. Les expressions « fédéralisme souple » ou « fédéralisme coopératif » sont souvent employées pour faire référence à cette conception du partage.

En règle générale, la conception classique tend à favoriser le respect de l'autonomie des deux ordres de gouvernement dans l'exercice de leurs compétences législatives. Plus particulièrement, elle protège l'autonomie provinciale en limitant les chevauchements de lois conduisant à l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale en cas de conflit. Nous verrons cependant que, dans certains cas, la conception moderne du partage des compétences pourra favoriser l'exercice des compétences provinciales<sup>28</sup>. Tel sera le cas en matière d'applicabilité et d'opérabilité constitutionnelles.

Qu'en est-il de la position de la Cour suprême du Canada en ce qui a trait à ces deux conceptions? En d'autres termes, quelle place occupe le principe d'exclusivité des compétences dans sa jurisprudence récente?

Il est maintenant bien établi que la Cour suprême du Canada inscrit sa jurisprudence fédérative dans une conception moderne du partage des compétences favorable aux chevauchements de pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement. Dans de nombreuses décisions, elle affirme que le principe d'exclusivité n'est pas impérieux et ne représente pas « le courant dominant en matière constitutionnelle »<sup>29</sup>. Au contraire, la Cour est d'avis qu'historiquement, « le droit constitutionnel canadien a

---

<sup>27</sup> Le juge Dickson s'est fait le constant promoteur de cette conception du partage des compétences : K. Swinton, « Dickson and Federalism : In Search of the Right Balance », (1991) 20 *Man. L. J.* 483; B. Schwartz, « Dickson on Federalism : The First Principles of his Jurisprudence », (1991) 20 *Man. L. J.* 473.

<sup>28</sup> Pour une étude en profondeur des tenants et aboutissants des paradigmes classique et moderne du partage des compétences législatives et de leurs applications jurisprudentielles, voir Bruce Ryder, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism : Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations », (1991) 36 *McGill L. J.* 308. Voir également, Eugénie Brouillet, *supra* note 2.

<sup>29</sup> *SEFPO*, *supra* note 18, p. 17.

permis passablement d'interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux »<sup>30</sup>, ou encore que « la Constitution ne crée pas d'« enclaves » autour des acteurs fédéraux et provinciaux »<sup>31</sup>. Les expressions « fédéralisme souple » ou « fédéralisme coopératif »<sup>32</sup> sont fréquemment employées dans sa jurisprudence, en mettant l'accent sur l'idée que la séparation entre les ordres de gouvernement n'est pas absolue.

En 2007, dans la décision *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour a réitéré sa foi en une conception moderne du partage des compétences. L'on y contestait l'application aux banques de dispositions d'une loi albertaine<sup>33</sup> qui avaient pour effet de les assujettir au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion des produits d'assurance. Ces dispositions, qui avaient pour « caractère véritable » la protection du consommateur, étaient valides puisque relevant de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils et sur les affaires d'une nature purement locale ou privée dans la province<sup>34</sup>. La thèse défendue par la banque, une entreprise relevant de la compétence fédérale<sup>35</sup>, était que ces dispositions, bien que valides, lui étaient inapplicables.

Après avoir énoncé les aspects normatifs et les objectifs du fédéralisme auxquels nous avons référé précédemment, elle expose comment, à la lumière de ceux-ci, doivent s'articuler les principales doctrines constitutionnelles de mise en œuvre du partage des compétences législatives (validité, applicabilité, opérabilité).

La Cour débute par un résumé de la doctrine de la validité constitutionnelle et rappelle que celle-ci doit débiter par une analyse du « caractère véritable » de la règle de droit contestée, exercice qui vise à déterminer la matière sur laquelle elle porte

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 17-18. Ces propos sont repris cette fois par une Cour unanime dans la décision *General Motors of Canada c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

<sup>31</sup> *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134, par. 18.

<sup>32</sup> Voir notamment : *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, par. 32; *Boucher c. Stelco Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 279, par. 20; *Fédération des producteurs de volailles c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292, par. 15 et 55; *Husky Oil Operations Ltd. c. Canada (ministre du Revenu national)*, [1995] 3 R.C.S. 453; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

<sup>33</sup> *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3.

<sup>34</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 7, par. 92(13) et (16).

<sup>35</sup> *Ibid.*, par. 91(15).

essentiellement. Elle réaffirme également l'idée selon laquelle des effets secondaires ou accessoires sur une matière relevant de la compétence de l'autre ordre de gouvernement n'entachent pas sa validité constitutionnelle. Il s'agit de la théorie des pouvoirs accessoires. Enfin, elle rappelle que certaines matières peuvent comporter à la fois un aspect provincial et un autre fédéral, auquel cas la théorie du double aspect doit être appliquée afin de permettre aux deux ordres de gouvernement de légiférer valablement sur l'aspect de la matière relevant de leur compétence. La Cour rattache toutes ces théories relatives à la question de la validité constitutionnelle à la conception moderne du partage des compétences puisqu'elles permettent et favorisent même des chevauchements entre les deux ordres de gouvernement<sup>36</sup>.

Pour la Cour, il existe deux exceptions à la conception moderne des compétences, c'est-à-dire deux situations où il est opportun d'éviter les chevauchements et d'ainsi protéger les compétences d'un ordre de gouvernement contre les empiètements de l'autre. Il s'agit de la doctrine de l'inapplicabilité (que la Cour nomme la doctrine de l'exclusivité) (B.) et celle de la prépondérance fédérale (C.). Avant d'en traiter, nous dirons quelques mots sur l'ordre d'application des trois doctrines constitutionnelles (A).

### **a. L'ordre d'application des doctrines constitutionnelles**

Il n'a jamais fait de doute que toute contestation constitutionnelle en matière de partage des compétences législatives doit débiter par l'examen de la validité de la ou des normes contestées. Les questions d'applicabilité et d'opérabilité ne sont susceptibles de se poser qu'en présence de normes d'abord valides. Or, dans la décision *Banque canadienne de l'Ouest*, les juges majoritaires et le juge Bastarache semblent diverger de point de vue à l'égard de l'ordre d'application de celles-ci. Nous croyons que cette divergence tient davantage à une différence d'opinion quant à la portée potentielle de la doctrine de l'inapplicabilité qu'à un véritable différend relativement à l'ordre d'application de ces deux doctrines, et ce, pour les raisons suivantes.

---

<sup>36</sup> BCO, *supra* note 14, par. 25-32.

Les juges majoritaires sont d'avis que la doctrine de l'inapplicabilité doit demeurer « d'une application restreinte, et qu'elle devrait, *en général*, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence »<sup>37</sup>. Ainsi, si l'objet du litige n'a pas déjà donné lieu dans la jurisprudence à l'application de cette doctrine, les tribunaux devront généralement passer à l'examen de l'opérabilité de la norme provinciale. *A contrario*, en présence de décisions ayant préconisé son application à l'objet du litige, son examen devra précéder celui de l'opérabilité. La Cour résume son point de vue comme suit : « En définitive, si *en théorie* l'examen de l'exclusivité des compétences peut être entrepris une fois achevée l'analyse du caractère véritable, *en pratique*, l'absence de décisions antérieures préconisant son application à l'objet du litige justifiera en général le tribunal de passer directement à l'examen de la prépondérance fédérale »<sup>38</sup>. Par conséquent, un tribunal devra, avant de passer à la question de la prépondérance fédérale, du moins s'enquérir de l'état de la jurisprudence en matière d'applicabilité constitutionnelle relativement à l'objet du litige qui leur est soumis.

Le juge Bastarache est quant à lui d'opinion qu'il faille dans *tous les cas* examiner la question de l'applicabilité avant de passer à celle de la prépondérance fédérale. Il se dit en désaccord avec l'avis des juges majoritaires selon lequel « l'examen du caractère opérant devrait généralement, en l'absence de « situations déjà traitées dans la jurisprudence », *précéder* celui de l'applicabilité dans le cadre analytique du partage des compétences, et que l'analyse fondée sur la doctrine de l'exclusivité des compétences devrait constituer une exception par rapport à la démarche méthodologique générale »<sup>39</sup>. Nous ne faisons pas la même lecture de l'opinion des juges majoritaires. À notre avis, ces derniers ne laissent pas entendre que la question de la prépondérance fédérale doive, dans les cas non traités dans la jurisprudence, *précéder* celle de l'applicabilité, mais plutôt que cette dernière ne doit alors tout simplement pas trouver application (en règle générale).

Il reste donc que l'opinion des juges majoritaires rejoint celle du juge Bastarache en ce qu'elle ne remet pas en cause l'ordre logique d'application des trois doctrines constitutionnelles : (1) celle de la validité, (2) celle de l'applicabilité – si l'objet du

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, par. 77 [*nos italiques*].

<sup>38</sup> *Ibid.*, par. 78 [*nos italiques*].

<sup>39</sup> *Ibid.*, par. 113 [*nos italiques*].

litige en requiert l'application à la lumière de la jurisprudence antérieure – et (3) celle de l'opérabilité<sup>40</sup>. Ainsi, en aucun cas l'examen de l'opérabilité d'une norme provinciale ne précèdera celui de son applicabilité. Il serait en effet tout à fait inutile de se pencher sur l'existence d'un conflit de normes provinciale et fédérale alors même que la première est inapplicable à l'objet du litige.

### **b. Le principe d'exclusivité et la doctrine de l'inapplicabilité**

Soulignons d'emblée que l'utilisation, dans la version française du jugement, du principe d'exclusivité comme synonyme que la doctrine de l'inapplicabilité ou celle des immunités interjuridictionnelles<sup>41</sup> nous semble malheureuse. Le principe d'exclusivité est un paradigme d'analyse du partage des compétences législatives pertinent et éclairant relativement aux trois réparations possibles en matière d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire l'invalidité, l'inapplicabilité et l'inopérabilité. Réduire le principe d'exclusivité à une seule de ces réparations, l'inapplicabilité, peut selon nous porter à confusion et mener à des conséquences problématiques au plan de l'équilibre fédératif, comme nous le verrons plus loin<sup>42</sup>.

La doctrine de l'inapplicabilité des lois provinciales est cette doctrine qui veut que des lois valides ne puissent produire n'importe quel type d'effet sur des personnes, des choses ou des activités qui relèvent de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. Contrairement à la détermination de la validité d'une loi qui s'attache

---

<sup>40</sup> Voir également l'opinion dissidente du juge Bastarache dans *Lafarge*, *supra* note 20, par. 94-113. En particulier, le par. 96 : « En supposant que la loi attaquée a été reconnue constitutionnellement valide, la deuxième étape consiste à déterminer si la loi s'applique à l'objet en question. [...] *Lorsque le principe de l'exclusivité des compétences s'applique (soit, lorsqu'un tribunal a conclu que la matière ou entreprise fédérale bénéficie de l'immunité qui écarte la loi provinciale contestée)*, la loi provinciale en question ne peut jamais s'appliquer à cette matière ou entreprise fédérale, peu importe si une mesure a été prise par le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif fédéral. » [*nos italiques*].

<sup>41</sup> Nous préférons quant à nous utiliser la dénomination « doctrine de l'inapplicabilité » plutôt que celle des « immunités interjuridictionnelles », beaucoup utilisée dans la littérature juridique anglo-canadienne (*interjurisdictional immunity*). Cette dernière, créée à l'origine en référence à l'immunité de la Couronne fédérale à l'égard des lois provinciales, laisse penser, en raison de l'usage du terme « immunité », que les choses, personnes ou activités relevant de la compétence d'un ordre de gouvernement seraient soustraites à tous égards des effets des normes valides adoptées par l'autre ordre, ce qui n'est pas le cas. L'appellation « doctrine de l'inapplicabilité » a selon nous pour autre avantage de mettre l'accent sur les conséquences de la sanction d'inconstitutionnalité dans ce cas précis, soit la privation de certains effets des normes visées.

<sup>42</sup> Notons toutefois que cette décision a été rendue en anglais et que, dans la version anglaise, la Cour utilise l'expression « doctrine of interjurisdictional immunity ».

à en déterminer l'objet, l'examen de l'applicabilité d'une loi cible ses effets. Il s'agira essentiellement d'empêcher que des lois valides produisent des effets qui affectent de façon significative le cœur de ce qui relève de la responsabilité exclusive de l'autre ordre de gouvernement<sup>43</sup>. Bien qu'elle puisse en théorie être invoquée pour restreindre l'application tant de lois provinciales que fédérales, elle a à toutes fins pratiques uniquement servi à l'encontre des lois provinciales, engendrant ainsi des effets asymétriques menant à une centralisation des pouvoirs, ce que reconnaît d'ailleurs explicitement la Cour suprême dans *Banque canadienne de l'Ouest*<sup>44</sup>. La doctrine de l'inapplicabilité des lois constitue une exception à la conception moderne du partage puisqu'elle vise à préserver l'aire d'exclusivité de certaines compétences fédérales. Elle s'inscrit donc dans une conception classique du partage, mais qui ne joue en pratique qu'en faveur de l'ordre de gouvernement central.

Étant donné ses lourdes conséquences sur l'équilibre entre les pouvoirs respectifs des deux ordres de gouvernement, cette doctrine n'a longtemps été appliquée que lorsque la loi provinciale entraînait des effets déterminants ou *paralysants* sur ce qui relevait de la compétence fédérale. Un tel raisonnement était en phase avec la conception moderne du partage des compétences et fut celui appliqué de façon constante par le Comité judiciaire, puis par la Cour suprême jusqu'en 1988<sup>45</sup>.

À partir de la décision *Bell Canada*<sup>46</sup>, l'on devait conclure à l'inapplicabilité d'une norme provinciale valide dès que cette dernière *touchait* au cœur d'une activité de compétence fédérale ou encore à un élément essentiel d'une entreprise sous sa juridiction. Le critère applicable jusqu'en 2007 n'exigeait donc que l'existence d'un simple effet, peu importe son importance, sur un élément essentiel de l'entreprise ou de l'activité fédérales pour conclure à l'inapplicabilité de la norme provinciale. Ce faisant, la Cour favorisait nettement l'aire d'exclusivité des compétences fédérales.

---

<sup>43</sup> Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 460-463.

<sup>44</sup> *BCO*, *supra* note 14, par. 45.

<sup>45</sup> *Great West Saddlery Company c. The King*, [1921] 2 A.C. 91, p. 100; *Campbell-Bennet c. Comstock Midwestern*, [1954] R.C.S. 207; *Commission du salaire minimum c. Bell Canada*, [1966] R.C.S. 767; *P.G. du Québec c. Kellogg's Co.*, [1978] 2 R.C.S. 211; *Construction Montcalm c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Four B Manufacturing c. United Garment Workers of America*, [1980] 1 R.C.S. 1031.

<sup>46</sup> *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749.

Ainsi, depuis 1988, et ce jusqu'au revirement jurisprudentiel effectué dans *Banque canadienne de l'Ouest*, un important paradoxe subsistait dans la jurisprudence de la Cour suprême : l'adoption expresse d'une conception moderne du partage des compétences, jointe au retour à une conception classique en matière d'inapplicabilité constitutionnelle favorable dans les faits qu'aux compétences législatives fédérales. C'est ce à quoi la Cour suprême a voulu remédier en restreignant les cas d'inapplicabilité constitutionnelle en 2007.

Mue par le désir de ne pas contribuer par sa jurisprudence à une centralisation des pouvoirs législatifs<sup>47</sup>, la Cour opère un revirement jurisprudentiel en ce qui a trait au critère permettant de conclure qu'une norme provinciale valide est inapplicable aux activités ou entreprises fédérales. Tel sera le cas désormais si la norme en question est susceptible d'*entraver* un élément essentiel de l'activité, de la gestion ou de l'exploitation de l'entreprise fédérale. En l'absence d'une telle entrave, la norme est applicable.

Ainsi, depuis la décision dans *Banque canadienne de l'Ouest*, deux étapes président au raisonnement en matière d'inapplicabilité constitutionnelle : (1) la Loi produit-elle des effets sur un élément vital d'une entreprise ou encore sur ce qui fait la spécificité fédérale de l'activité en cause? (2) si tel est le cas, ces effets sont-ils entravants? Le terme *entraver*, contrairement à celui de simplement *toucher*, appelle un examen de l'importance des effets produits ou de la « mesure de l'empiétement »<sup>48</sup> provincial sur l'essence de la compétence fédérale sur l'activité ou l'entreprise. La Cour situe la notion d'*entraver* à mi-chemin entre celles de *toucher* et de *paralyser* ou stériliser. Pour la Cour, « la différence entre la notion de « toucher » et celle d'entraver réside dans le fait que *la première ne suppose pas de conséquences fâcheuses, contrairement à la seconde* »<sup>49</sup>. Ce n'est donc qu'en cas d'entrave que le « contenu essentiel » de la compétence de l'autre ordre de gouvernement ou l'élément vital d'une entreprise est menacé et dicte un retour au principe d'exclusivité des compétences.

Très peu de décisions ont été rendues en matière d'applicabilité constitutionnelle depuis la décision de la Cour suprême dans *Banque canadienne de l'Ouest*, et, parmi

---

<sup>47</sup> *BCO*, *supra* note 14, par. 43 et 45.

<sup>48</sup> *Ibid.*, par. 50.

<sup>49</sup> *Ibid.*, par. 48 [*nos italiques*].

celles-ci, aucune dont l'issue ait reposé essentiellement sur le critère d'entrave<sup>50</sup>. La Cour suprême elle-même n'a pas eu à appliquer ce critère dans *BCO* ou *Lafarge*<sup>51</sup>, ni dans des décisions ultérieures. Elle sera toutefois probablement appelée à le faire dans une décision toujours pendante<sup>52</sup>.

### **c. Le principe d'exclusivité et la doctrine de la prépondérance fédérale**

La doctrine de la prépondérance fédérale constitue une seconde exception à la conception moderne du partage des compétences.

La façon dont les tribunaux appliquent cette doctrine<sup>53</sup> peut avoir de profondes implications sur l'équilibre des pouvoirs en régime fédératif. C'est en particulier le cas lorsque sont créées, *de jure* ou *de facto*, de larges zones de pouvoirs concurrents. Or, cela est précisément le propre d'une conception moderne du partage des compétences, tel que nous l'avons vu précédemment. Cette doctrine veut que l'existence d'un conflit entre une norme provinciale et une norme fédérale, toutes deux valides, entraîne l'inopérabilité de la première au profit de la seule application de la seconde. Les effets produits par la norme provinciale seront alors suspendus dans la mesure de leur incompatibilité avec la norme fédérale, et tant qu'elle durera. La doctrine de la prépondérance fédérale s'inscrit dans la conception classique du

---

<sup>50</sup> Au Québec, décisions dans lesquelles les tribunaux ont conclu que les normes provinciales ne produisaient pas d'effets sur un élément vital de l'entreprise (dispensant du même coup les tribunaux de l'examen de l'importance des effets produits par la norme provinciale, c'est-à-dire donc de l'application du critère d'entrave) : *Adams c. Amex Bank of Canada*, J.E. 2009-1226 (C.S.), inscription en appel, 2009-07-13 (C.A.), 500-09-019842-095; *Marotte c. Banque de Montréal*, J.E. 2009-1225 (C.S.), inscription en appel, 2009-07-10 (C.A.), 500-09-019849-090; *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Alcan inc.*, J.E. 2009-567 (C.Q.). Décisions dans lesquelles les tribunaux ont conclu que n'était pas en cause une entreprise fédérale : *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53; *R. c. Limousine 2000 Plus*, J.E. 2009-1395 (C.M.).

<sup>51</sup> *BCO*, *supra* note 14; *Lafarge*, *supra* note 20.

<sup>52</sup> *Lacombe c. Sacré-Coeur (Municipalité de)*, [2008] R.J.Q. 598 (C.A.); requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême accueillie (C.S. Can., 2008-10-16), 32608. *Laferrière c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 427 (CanLII); requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême accueillie (C.S. Can., 2008-10-16), 32604. L'audition en Cour suprême a eu lieu le 14 octobre 2009.

<sup>53</sup> La prépondérance fédérale est expressément prévue quant aux domaines de compétence concurrente prévus aux articles 92A(3), 94A et 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans le second de ces cas, c'est cependant la loi provinciale qui prime. Ce principe de prépondérance fédérale a été étendu par la jurisprudence aux autres conflits de lois valides : voir à ce sujet Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *supra* note 43, p. 455-460.

partage des compétences en ce qu'elle vise à éviter la coexistence de lois émanant des deux ordres de gouvernement sur un même sujet. L'impact de cette doctrine sur l'équilibre entre les pouvoirs législatifs des ordres de gouvernement fédéral et provincial dépendra de la définition que les tribunaux donneront à cette notion d'incompatibilité.

À l'origine, les tribunaux appliquaient le principe de la prépondérance fédérale dès qu'ils constataient la présence simultanée d'une loi fédérale et d'une loi provinciale valides portant sur le même sujet. Ils présumaient alors que le législateur fédéral avait voulu s'occuper de la question en exclusivité, sans s'enquérir de la possibilité que les deux lois puissent opérer de façon complémentaire. C'était ce qu'on appelait le critère du « champ occupé »<sup>54</sup>.

Au cours des années, les tribunaux canadiens ont toutefois développé et appliqué un critère plus strict d'incompatibilité, celui du conflit opérationnel : une norme provinciale et une norme fédérale valides pourront opérer de façon concomitante, à moins qu'il existe entre elles un conflit tel que « l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre ». Plusieurs arrêts allaient en ce sens<sup>55</sup>. C'est cependant la décision rendue en 1982 par la Cour suprême dans l'affaire *Multiple Access* qui faisait figure d'autorité relativement au critère du conflit opérationnel. Y était soulevée la question de la compatibilité de textes législatifs ontarien et fédéral concernant les « opérations des dirigeants », plus particulièrement, de dispositions traitant de l'utilisation de renseignements confidentiels. Les dispositions provinciales et fédérales étaient pratiquement identiques quant à leur objet, à leur contenu ainsi qu'aux redressements prévus. La Cour s'exprimait en ces termes quant au critère de conflit : « En principe, il ne semble y avoir aucune raison de parler de prépondérance et d'exclusion sauf s'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit « oui » et

---

<sup>54</sup> Voir généralement, sur cette question de la prépondérance fédérale : François Joyal, « Le principe de la primauté de la législation fédérale en droit constitutionnel canadien », (1993) 27 R.J.T. 109.

<sup>55</sup> *Fawcett c. A.-G. for Ontario*, [1964] R.C.S. 625, p. 630; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5, p. 12 et 13; *Interprovincial Cooperatives c. R.*, [1976] 1 R.C.S. 477, p. 515-516; *Robinson c. Countrywide Factors*, [1978] 1 R.C.S. 753, p. 808; *Construction Montcalm c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, p. 780.

que l'autre dit « non »; « on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles »; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre »<sup>56</sup>.

En appliquant un test d'incompatibilité aussi exigeant, la Cour suprême privilégiait, dans la mesure du possible, l'application régulière des lois adoptées par les deux ordres de gouvernement en préservant l'opérabilité des lois provinciales valides. Cette façon de procéder était cohérente en regard de la conception moderne du partage des compétences qui, rappelons-le, favorise les chevauchements de lois. Toutefois, dans une phrase passée pour ainsi dire inaperçue à l'époque, la Cour suprême énonce déjà ce qui deviendra formellement le critère déterminant en matière de prépondérance fédérale à partir de 2005. Dès 1982 donc, la Cour mentionne qu'« Il n'y a pas vraiment incompatibilité dans le cas de dispositions qui se répètent simplement, puisqu'il n'importe pas de savoir quelle loi est appliquée; le but visé par le Parlement [fédéral] sera atteint, peu importe la loi sur laquelle se fonde le recours; *l'application de la loi provinciale n'a pas pour effet d'écarter l'intention du Parlement* »<sup>57</sup>.

Après une période de flottement<sup>58</sup>, la décision rendue en 2005 par la Cour suprême dans *Rothmans, Benson & Hedges*<sup>59</sup> met un terme définitif aux doutes qui pouvaient peut-être encore subsister dans l'esprit de certains quant aux critères applicables en matière de conflit de lois. Dans cette affaire, la Cour était appelée à se prononcer sur l'existence d'une incompatibilité entre une loi fédérale autorisant les détaillants à exposer des produits du tabac et des accessoires portant un élément de marque d'un produit du tabac, et une loi provinciale interdisant la publicité, l'exposition et la promotion du tabac ou de produits connexes dans les lieux auxquels ont accès les moins de 18 ans.

---

<sup>56</sup> *Multiple Access c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191. Voir également : *Irwin Toy Ltd. c. P.G. du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 963-964. Au cours de cette période, seul l'arrêt *Lechasseur* rendu par le juge en chef Laskin fait exception à l'application du critère du conflit opérationnel : *P.G. du Québec c. Lechasseur*, [1981] 2 R.C.S. 253.

<sup>57</sup> *Multiple Access c. McCutcheon*, *supra* note 53, p. 190-191 [nos italiques].

<sup>58</sup> Dans plusieurs décisions, la Cour tient clairement compte des effets de l'application de la norme provinciale sur l'intention du législateur fédéral, tout en disant appliquer le critère strict du conflit opérationnel : *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 41-42; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, p. 269.

<sup>59</sup> *Rothmans*, *supra* note 21.

La Cour suprême énonce alors clairement ce qui découlait implicitement de ses décisions antérieures et conclut, après avoir révisé les précédents sur la question, que l'impossibilité de se conformer aux deux textes législatifs (critère du conflit opérationnel) ne constitue pas le seul signe d'incompatibilité : les lois provinciales qui ont pour effet d'entraver la réalisation de l'objet des lois fédérales sont également inopérantes en vertu de la doctrine de la prépondérance fédérale. L'ajout, exprès cette fois, du critère de « l'entrave à la réalisation de l'objet de la loi fédérale » pourra entraîner d'importantes conséquences sur l'équilibre des pouvoirs en faveur du Parlement fédéral : dans l'exercice de compétences concurrentes *de jure* ou *de facto*, les provinces sont désormais à la merci de la volonté du Parlement fédéral. Appliquant ces deux critères, la Cour conclut de façon surprenante dans cette affaire<sup>60</sup>, que la doctrine de la prépondérance ne trouve pas application.

Le critère « d'entrave » protège l'exclusivité des compétences fédérales en rendant plus facile l'application de la doctrine de la prépondérance et participe en ce sens à une conception classique du partage des compétences législatives. Cela pose problème du point de vue de la cohérence systémique de la jurisprudence fédérative, d'une part, et relativement à l'équilibre des pouvoirs législatifs, d'autre part. En effet, les très nombreux chevauchements de lois engendrés par l'adoption d'une conception moderne du partage des compétences en matière de validité et d'applicabilité constitutionnelles multiplient les cas potentiels de conflits. Or, ces derniers seront désormais résolus en fonction d'un critère, qui fait de l'expression de la volonté du Parlement fédéral d'être seul à légiférer sur le sujet, la clé de voûte du raisonnement en matière d'opérabilité constitutionnelle.

En effet, dans *Banque canadienne de l'Ouest*, bien que la Cour prenne bien soin de dire qu'elle n'entend pas réhabiliter l'ancien critère du « champ occupé », elle affirme tout de même ce qui suit : « Le fait que le législateur fédéral ait légiféré sur une matière n'entraîne pas la *présomption* qu'il a voulu, par là, exclure toute possibilité d'intervention provinciale sur le sujet ». Elle poursuit en reprenant un passage de la Cour dans *Rothmans* : « Comme l'affirmait récemment notre Cour, « on ne peut prêter au Parlement l'intention de vouloir « occuper tout le champ », en l'absence d'un

---

<sup>60</sup> Pour une analyse approfondie et une critique de la conclusion de la Cour dans l'arrêt *Rothmans*, voir : Peter Hogg, « Paramourty and Tobacco », (2006) 34 *Sup. Ct. L. Rev.* 335.

*texte de loi clair à cet effet*, sans s'écarter de l'attitude de retenue judiciaire pour les questions de prépondérance des lois fédérales que respecte la Cour depuis au moins l'arrêt *O'Grady* »<sup>61</sup>.» En d'autres termes, la Cour est d'avis que dans la mesure où le Parlement fédéral exprime clairement son intention d'être le seul à légiférer en une matière, l'on doit conclure à l'existence d'une incompatibilité entraînant l'application de la règle de la prépondérance. Il ne s'agit ni plus ni moins selon nous que d'un retour potentiel au critère du champ occupé, mais par la porte d'en arrière.

Le changement opéré par la Cour suprême dans la mise en œuvre du critère du conflit par l'ajout du test de « l'entrave » a pour effet de grandement mitiger les effets bénéfiques, du point de vue de l'autonomie provinciale, qui pourraient découler, dans ce cas précis, de l'application de la conception moderne du partage des compétences qui favorise les chevauchements de lois<sup>62</sup>.

En reconnaissant aux provinces le pouvoir de légiférer de façon concurrente avec le Parlement fédéral sur certains sujets, la conception moderne du partage peut effectivement tendre à protéger l'équilibre des pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement : du point de vue de l'autonomie des provinces, l'occupation d'un espace subordonné vaut en effet mieux que pas d'espace du tout<sup>63</sup>. Les effets bénéfiques que peut parfois comporter une conception moderne du partage des compétences en regard du respect de l'autonomie provinciale requièrent une interprétation restrictive de la notion de « conflit », donc une application parcimonieuse de la prépondérance fédérale.

\* \* \*

Dans la décision *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour suprême semble animée du désir de s'investir en matière de fédéralisme et de prendre acte, dans une certaine mesure du moins, de son rôle dans le maintien d'un équilibre entre les pouvoirs des deux

---

<sup>61</sup> *BCO*, *supra* note 14, par. 74; *Rothmans*, *supra* note 21, par. 21.

<sup>62</sup> Les dernières décisions de la Cour suprême relatives à l'opérabilité de normes provinciales valides n'ont toutefois pas toutes mené à l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale : *Rothmans*, *supra* note 21, (normes provinciales opérantes); *Lafarge*, *supra* note 20 (normes municipales inopérantes); *Chatterjee*, *supra* note 32 (normes provinciales opérantes). Il reste cependant que le critère de l'entrave à la réalisation de l'objet de la loi fédérale fait planer une menace sérieuse sur l'aire d'opérabilité des normes provinciales valides.

<sup>63</sup> Bruce Ryder, *supra* note 28, p. 351.

ordres de gouvernement, et ce, contrairement à sa jurisprudence antérieure et à ce qu'elle avait affirmé dans le *Renvoi sur les congés parentaux*. Son rôle dans le maintien de cet équilibre consiste selon elle en l'élaboration et l'application de doctrines de mise en œuvre du partage des compétences « qui favorisent les interactions légitimes des pouvoirs fédéraux et provinciaux »<sup>64</sup>. L'adoption d'une telle conception moderne du partage des compétences relègue dans les faits la Cour à un rôle de second plan, au profit des acteurs politiques, dans le maintien d'un équilibre fédératif.

En matière d'applicabilité constitutionnelle, la conception moderne du partage des compétences a amené la Cour à favoriser un critère qui restreint l'inapplicabilité des normes provinciales aux cas qui ont déjà été traités dans la jurisprudence<sup>65</sup> et à exiger dorénavant que la norme provinciale entrave, plutôt que simplement touche, ce qui relève par essence de l'ordre de gouvernement fédéral.

Certains problèmes subsistent toujours cependant d'un point de vue de l'équilibre fédératif. Bien que les cas d'inapplicabilité soient réduits, ceux-ci ne visent jusqu'à maintenant que les normes provinciales. La Cour affirme d'ailleurs que les titres de compétences généraux – ce qui est le cas de plusieurs titres provinciaux – ne se prêtent pas à l'identification d'un « contenu essentiel »<sup>66</sup>, menant à l'inapplicabilité en cas d'entrave.

En outre, l'adoption d'une conception moderne du partage des compétences entraîne une multiplication des chevauchements de normes provinciales et fédérales valides pouvant mener à l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale en cas d'incompatibilité. Or, nous l'avons vu, la jurisprudence est à l'effet qu'une norme provinciale deviendra inopérante (sera privée de ses effets), si elle entrave la réalisation de l'objet de la norme fédérale, en d'autres termes, si elle déjoue l'intention du Parlement fédéral. Ce critère conditionne donc l'application de la prépondérance fédérale, donc l'inopérabilité d'une loi provinciale, à *une simple volonté expresse* du législateur fédéral d'exclure l'intervention législative provinciale, par ailleurs valide.

---

<sup>64</sup> BCO, *supra* note 14, par. 36.

<sup>65</sup> *Ibid.*, par. 77.

<sup>66</sup> *Ibid.*, par. 43.

L'adoption de ce critère laxiste d'incompatibilité cadre davantage dans une conception classique du partage des compétences, protectrice de l'aire d'exclusivité des seules compétences fédérales, qu'avec une conception moderne favorable aux chevauchements que la Cour dit pourtant adopter. Ainsi, les efforts consentis par la Cour afin de rétablir un certain équilibre fédératif en matière d'inapplicabilité ne sauraient à eux seuls freiner la tendance d'évolution centralisatrice de sa jurisprudence fédérative<sup>67</sup>.

En somme, si la décision *Banque canadienne de l'Ouest* a de quoi réjouir ceux et celles qui s'intéressent au principe fédératif et à la question de l'équilibre des pouvoirs, elle nous laisse toutefois songeuse sur l'avenir du principe de l'exclusivité des pouvoirs au Canada. Si le temps de l'étanchéité complète des compétences est certes révolu, la flexibilité à outrance n'est pas toujours une vertu en régime fédératif, particulièrement pour une nation fortement minoritaire.

---

<sup>67</sup> De façon générale sur cette tendance, voir : Eugénie Brouillet, *supra* note 11.