

## Article

---

« L'érosion graduelle de la règle de l'étanchéité : une nouvelle menace à l'autonomie du Québec »

Pierre Patenaude

*Les Cahiers de droit*, vol. 20, n°1-2, 1979, p. 229-235.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042314ar>

DOI: 10.7202/042314ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

---

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

---

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : [info@erudit.org](mailto:info@erudit.org)

# L'érosion graduelle de la règle de l'étanchéité: une nouvelle menace à l'autonomie du Québec

---

Pierre PATENAUDE \*

*The exclusivity rule, an essential ingredient of provincial autonomy, has been weakened by recent Supreme Court decisions such as Coughlin v. Ontario Highway Transport Board, R. v. Smith, Re Anti-Inflation Act, Re Farm Products Marketing Act, and Caloil v. A.G. of Canada.*

*Such an evolution can be dangerous for the people of Quebec because it might permit an invasion by the federal Parliament of Quebec's fields of exclusive jurisdiction. Until a new political agreement has been reached between Canada and Quebec, our Supreme Court should scrupulously adhere to the « watertight compartment » rule.*

---

	<i>Pages</i>
1. L'affaiblissement de la règle.....	230
1.1. L'interdiction de l'interdélégation horizontale.....	230
1.2. L'extension de l'applicabilité de la théorie de l'urgence nationale.....	231
1.3. La libéralisation de la règle de l'ancillarité.....	232
2. Les dangers d'une telle évolution pour le Québec.....	234

---

Quelque temps avant son décès, notre collègue Jean-Charles Bonenfant s'était demandé, au sujet du jugement du juge en chef Laskin dans l'affaire *Vapor*, si la règle constitutionnelle de l'étanchéité était menacée<sup>1</sup>. Il semble en effet que la Cour suprême du Canada gruge lentement les cloisons étanches qui assuraient le respect du partage des pouvoirs législatifs au Canada et que l'*obiter* du juge en chef Laskin, selon lequel il faudrait peut-être réexaminer la règle des « compartiments étanches » établie dans l'affaire

---

\* Doyen de La Faculté de droit de l'Université de Moncton.

1. J.-C. BONENFANT, « L'étanchéité de l'A.A.N.B. est-elle menacée? », (1977) 18 *C. de D.* 383; voir *MacDonald v. Vapor Canada*, [1977] 2 R.C.S. 134.

2. *A.G. of Canada v. A.G. of Ontario*, [1937] A.C. 326.

des conventions de travail<sup>2</sup>, ne soit qu'un pas supplémentaire dans l'affaiblissement de la règle d'exclusivité. Ce changement nous semble excessivement dangereux pour le Québec, car il signifie l'érosion de l'autonomie des provinces.

## 1. L'affaiblissement de la règle

### 1.1. L'interdiction de l'interdélégation horizontale

En 1950, la Cour suprême du Canada avait jugé inconstitutionnelle l'interdélégation horizontale au motif principal qu'un tel transfert de compétence aurait amené une modification constitutionnelle dans le partage des pouvoirs législatifs, tâche réservée au Parlement britannique<sup>3</sup>.

On y reprenait clairement la règle des « compartiments étanches » établie en 1937 par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire des conventions de travail. Le principe semblait donc fermement établi quoiqu'il ait fait l'objet de critiques de la part de constitutionnalistes anglophones<sup>4</sup>.

Depuis quelques années cependant, cette règle est battue en brèche, particulièrement en matière d'interdélégation. En effet, par la technique de la législation-renvoi *ad futurum*, il semble aujourd'hui permis de faire indirectement un transfert d'autorité législative, alors qu'il est encore impossible de le faire directement. L'analyse des arrêts *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*<sup>5</sup> et *R. v. Smith*<sup>6</sup> nous amène à une telle conclusion.

---

3. *A.G. of Nova Scotia v. A.G. of Canada*, [1951] R.C.S. 31; version française dans H. MARX, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle au Canada*, Montréal, P.U.M., 1974, p. 74. Le juge en chef Rinfret y déclarait notamment (p. 34 de l'arrêt, p. 76 de la version française): « Les Canadiens sont fondés à exiger que seul le Parlement du Canada adopte des lois, en vertu de l'article 91, de même que la population de chaque province est fondée à exiger que la législation portant sur les matières qu'énumère l'article 92, provienne exclusivement de la législature de celle-ci... Aucun des organes législatifs, qu'il soit fédéral ou provincial, ne possède la moindre parcelle des pouvoirs dont l'autre est investi, et il ne peut en recevoir par la voie d'une délégation. À cet égard, le mot "exclusivement", employé aussi bien à l'article 91 qu'à l'article 92, établit une ligne de démarcation nette, et il n'appartient ni au Parlement ni aux législatures de se confier des pouvoirs les uns aux autres... ».

4. V.C. MACDONALD, « The Canadian Constitution Seventy Years After », (1937) 15 *R. du B. can.* 401; F.R. SCOTT, « The Consequences of the Privy Council Decisions », (1937) 15 *R. du B. can.* 485.

5. [1968] R.C.S. 569.

6. [1972] R.C.S. 359.

Le premier permit au législateur fédéral d'accorder à une commission provinciale de transport le pouvoir de réglementer le transport inter-provincial, sujet de compétence exclusivement fédérale, à la condition que les normes imposées pour l'émission de permis de transport interprovincial soient identiques à celles appliquées aux entreprises locales. Une telle procédure fut jugée valide par le juge Cartwright, au nom de la majorité :

À mon avis, le Parlement n'a délégué aucun pouvoir de faire des lois; il s'est contenté d'adopter, en exerçant son pouvoir exclusif, la législation d'un autre corps telle qu'elle peut exister à l'occasion (...).<sup>7</sup>

Le second jugement fut plus permissif encore. Alors que dans l'affaire *Coughlin*, la loi prévoyait que les transporteurs extra-provinciaux ne pouvaient être soumis à des normes provinciales distinctes de celles imposées aux entreprises purement locales, l'affaire *Smith* concernait la mise en application de la loi fédérale sur le transport par véhicule moteur : la commission provinciale qui avait reçu le pouvoir de réglementer le transport extra-provincial avait imposé aux transporteurs extra-provinciaux des exigences plus rigoureuses qu'aux autres entreprises. La Cour permit une telle politique :

Je conclus que la loi fédérale, à titre de législation fédérale, confère à la Commission, lorsqu'elle délivre un permis à une entreprise extra-provinciale, le pouvoir d'imposer toutes conditions qu'elle a le pouvoir d'imposer à une entreprise locale... peu importe qu'elle ait ou non l'habitude d'imposer pareilles conditions aux entreprises locales.<sup>8</sup>

Une question se pose à la suite de ces deux jugements : la Nouvelle-Écosse ne pourrait-elle pas parvenir aux fins qu'elle recherchait en 1951 en abrogeant son Code du travail pour permettre à une commission fédérale des relations ouvrières d'appliquer le *Code du travail* fédéral aux entreprises relevant de la compétence provinciale, et même de leur appliquer des normes différentes de celles imposées aux entreprises relevant normalement de la compétence fédérale ? De façon détournée, on pourrait transférer ainsi un domaine de compétence.

## 1.2. L'extension de l'applicabilité de la théorie de l'urgence nationale

Nous avons déjà eu l'occasion d'exprimer nos opinions sur l'avis donné par la Cour suprême sur la *Loi anti-inflation*<sup>9</sup> : il nous semble que du

7. *Supra*, note 5, p. 575; version française d'H. MARX, *supra*, note 3, p. 97.

8. *Supra*, note 6, p. 367.

9. P. PATENAUDE, « The Anti-Inflation Case: The shutters are closed but the back door is wide open », (1977) 15 *Osg. Hall L.J.* 397; voir le *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

jugement du juge en chef découle une abdication du rôle de protecteur de la constitution que devrait avoir l'arbitre constitutionnel<sup>10</sup>. En effet, le tribunal n'était pas tenu alors d'appliquer la règle du *very clear evidence*, puisqu'il s'agissait d'une application de la théorie de l'urgence en temps de paix. Selon l'expression de mon collègue le professeur Edward Belobaba, il y eut dans les jugements des juges Laskin et Ritchie «... *total absence of any judicial evaluation of appropriateness...* »<sup>11</sup>. C'est avec raison qu'il citait, à propos du *rational basis test* employé par le juge Laskin, l'extrait suivant d'un auteur américain :

The Rule of Reasonableness in all of its variations is nothing more than a spurious rationalisation by which the power of judicial review is covertly abdicated or concealed (...).<sup>12</sup>

Si on accepte d'appliquer à des situations de paix les règles permissives élaborées par le Comité judiciaire pour une période de guerre ou de calamité et qu'on permet au législateur fédéral d'exercer impunément la compétence des provinces sans avoir à présenter la preuve de l'existence d'une crise, on en arrive à détruire le principe de l'exclusivité et celui du contrôle judiciaire de la constitutionnalité d'une loi fédérale invoquant l'existence d'une crise pour empiéter sur la compétence des provinces.

### 1.3. La libéralisation de la règle de l'ancillarité

Dans le renvoi relatif à la *Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*, le juge Duff avait clairement établi que les lois fédérales ne pouvaient empiéter par ancillarité sur une compétence provinciale que si la chose était absolument nécessaire à la mise en œuvre de la législation fédérale :

Legislation necessarily incidental to the exercise of the undoubted powers of the Dominion in respect of the regulation of trade and commerce is competent although such legislation may trench upon subjects reserved to the provinces by section 92, but it cannot, we think, be seriously contended that sweeping regulation in respect of local trade, such as we find in this enactment, is, in the proper sense, necessarily incidental to the regulation of external trade or interprovincial trade or both combined.<sup>13</sup>

10. P. PATENAUDE, « The Right to Flourish According to One's own Culture », (1978) *L.S.U.C. Special Lectures* 37.

11. E.P. BELOBABA, « Disputed "Emergencies" and the Scope of Judicial Review: Yet Another Implication of the Anti-Inflation Act Reference », (1977) 15 *Osg. Hall L.J.* 406, p. 413.

12. J. SHAMAN, « The Rule of Reasonableness in Constitutional Adjudication: Toward the End of Irresponsible Judicial Review and the Establishment of a Viable Theory of the Equal Protection Clause », (1975) 2 *Hastings Const. L.Q.* 153, p. 178, cité par E.P. BELOBABA, *supra*, note 11, p. 417.

13. *Re Natural Products Marketing Act*, [1936] R.C.S. 398, p. 414.

Le juge Duff indiquait alors clairement qu'une loi fédérale ne pourrait viser simultanément le commerce local et le commerce interprovincial ou international et que, quel que soit l'état de l'économie, il faut prouver que l'empiètement est *absolument* nécessaire à la mise en œuvre d'une réglementation du commerce extra-provincial pour que la législation fédérale soit valide. Le Comité judiciaire avait confirmé cette décision l'année suivante<sup>14</sup>. Cette insistance sur la nécessité était dans la ligne de pensée des jugements antérieurs: on ne pouvait toucher incidemment à des sujets de compétence provinciale que lorsque cela était absolument nécessaire à l'efficacité des lois fédérales<sup>15</sup>.

Ce refus du pouvoir judiciaire de mettre en œuvre de façon libérale la doctrine des pouvoirs ancillaires créait un rempart contre les velléités centralisatrices du pouvoir fédéral. Ce souci de protection de l'exclusivité des compétences des provinces s'estompe maintenant. La terminologie de nos tribunaux a changé: on ne limite plus les incursions du législateur fédéral aux cas absolument nécessaires. L'empiètement devient possible dès lors qu'il est utile. Cet élargissement de la notion d'ancillarité a commencé à s'affirmer dans les motifs de l'avis *Re Farm Products Marketing Act*<sup>16</sup>. Il suffit de citer quelques extraits de ces motifs pour illustrer ce glissement:

Dès qu'un article entre dans le courant du commerce interprovincial ou extérieur, le sujet *et tout ce qui l'accompagne* cessent d'être simplement d'intérêt local. (Motifs du juge en chef Kerwin)<sup>17</sup>

Cette délimitation doit suivre la règle suivante: si une activité commerciale, y compris la fabrication ou la production, implique une question d'intérêt extra-provincial, sa réglementation en ce qui concerne l'aspect commercial devient, de ce fait, exorbitante des pouvoirs provinciaux. (Motifs du juge Rand)<sup>18</sup>

Cette évolution se précisa ultérieurement dans l'affaire *Caloil*, alors qu'on permit au législateur fédéral de réglementer la distribution de produits importés, au motif que l'entrave au commerce local formait une partie intégrante de la réglementation des importations<sup>19</sup>. Par ailleurs, le

14. *A.G. of British Columbia v. A.G. of Canada*, [1937] A.C. 377; version française dans H. MARX, *supra*, note 3, p. 293.

15. *Cushing v. Dupuy*, (1879-80) 5 A.C. 409, p. 415: « It would be impossible to advance a step in the construction of a scheme for the administration of insolvent estates without interfering with and modifying some of the ordinary rights of property, and other civil rights, nor without providing some mode of special procedure for the vesting, realisation, and distribution of the estate, and the settlement of the liabilities of the insolvent. Procedure must *necessarily form an essential part* of any law dealing with insolvency. » (Le souligné est de l'auteur.)

16. [1957] R.C.S. 198.

17. *Id.*, p. 205. Version française d'H. MARX, *supra*, note 3, p. 301.

18. *Id.*, p. 210 de l'arrêt et p. 305 de la version française.

19. *Caloil v. P.G. du Canada*, [1971] R.C.S. 543.

jugement de la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *R. v. Klassen*, dont la Cour suprême refusa d'entendre un appel, applique de façon très nette cette nouvelle théorie<sup>20</sup>. Malgré le fait que l'accusé ne s'était jamais livré à des activités commerciales interprovinciales ou d'exportation, le Tribunal jugea qu'il était soumis à la loi fédérale car :

He has not been at any time in interprovincial or export trade personally but cannot say that some of his products have not been exported.<sup>21</sup>

## 2. Les dangers d'une telle évolution pour le Québec

Quoique cette affirmation soit constamment niée par plusieurs hommes politiques canadiens-anglais, il nous semble incontestable non seulement que l'idéologie politique du Québec diffère substantiellement de celle des provinces anglophones du Canada, mais encore que seules des garanties constitutionnelles intangibles peuvent protéger la minorité contre une intransigeance toujours possible de l'autre groupe national.

C'est l'octroi d'une compétence exclusive en matière scolaire qui a permis de garder des écoles françaises au Québec alors que les autres provinces abolissaient le système scolaire de la minorité. C'est grâce à l'article 92, paragraphe 13, que les Québécois sont régis par un droit privé distinct, adapté à leur spécificité culturelle. Tout affaiblissement de la règle de l'exclusivité signifie la possibilité pour le Parlement fédéral, où les francophones sont minoritaires, de légiférer, avec prééminence, dans des domaines que les constituants avaient confiés de façon exclusive au Parlement des Québécois. Les Acadiens savent ce qu'il en coûte de confier leur survie culturelle à un Parlement dont ils n'ont pas le contrôle... Les Québécois ne peuvent accepter que des domaines de compétence sur lesquels ils ont un contrôle exclusif puissent, sous couvert de la théorie de l'aspect, passer dans le champ où s'applique prioritairement la compétence fédérale.

L'affaiblissement de la règle de l'exclusivité conduit en effet à la création de domaines de compétence concurrente, ce qui est tout à l'avantage du pouvoir fédéral puisqu'il bénéficie de la règle de prépondérance. Le Comité sur la constitution de l'Association du Barreau canadien a, dans son rapport intitulé *Vers un Canada nouveau*<sup>22</sup>, très justement dénoncé ce danger inhérent à la compétence concurrente :

Les occasions de se quereller entre les deux ordres de gouvernement sont aussi plus nombreuses. Et puisqu'on doit prévoir une façon de résoudre les conflits, il

20. (1959) 29 W.W.R. 369.

21. *Id.*, p. 374.

22. Ottawa, Fondation du Barreau canadien, 1978.

faut accorder la prépondérance à un des deux gouvernements, ce qui peut avoir pour effet une domination éventuelle de tout le champ de compétence par ce gouvernement et de provoquer naturellement l'insatisfaction de l'autre.<sup>23</sup>

Notre collègue Jean-Charles Bonenfant a par ailleurs déjà écrit :

Nous nous engageons de plus en plus dans une sorte de néo-fédéralisme engendré par notre tribunal suprême et qui serait une sorte de gouvernement par les juges.<sup>24</sup>

Et il concluait :

Un bon gouvernement par les juges demeure toujours un gouvernement par les juges avec tous les dangers que cela comporte dans la réalisation moderne du partage des compétences... Je redoute... que dans un système politique, social, économique et ethnique aussi compliqué que celui de notre pays on abandonne au jeu dialectique de quelques personnes savantes et honnêtes le règlement de problèmes essentiels. Les gens honnêtes qui ne s'entendent pas ne font que donner un sens différent aux mots et entre un jugement majoritaire et une dissidence, il n'y a parfois qu'un syllogisme fautif ; mais cette différence de logique, disons par exemple, entre le juge en chef et le juge Pigeon, peut déterminer l'avenir du pays.<sup>25</sup>

Or l'avenir du pays ne devrait être décidé que par les gouvernants élus. En attendant une nouvelle négociation politique, notre Tribunal suprême devrait respecter scrupuleusement la règle de l'exclusivité et espérer que les constituants aient le courage d'adapter aux besoins présents une constitution qui n'a jamais su répondre ni aux besoins d'indépendance du Québec, ni à la recherche d'une identité canadienne, ni à la nécessité d'une protection efficace des minorités, ni à la gestion d'une économie moderne.

---

23. *Id.*, p. 75.

24. J.-C. BONENFANT, « La Cour suprême et le partage des compétences », (1976) 14 *Alta L. Rev.*, 21, p. 23.

25. *Id.*, p. 32.