



**LE PROTOCOLE DE KYOTO :
APERÇU DES MÉCANISMES JURIDIQUES
DE MISE EN ŒUVRE PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL**

Mollie Dunsmuir
Division du droit et du gouvernement

Le 30 septembre 2002

**PARLIAMENTARY RESEARCH BRANCH
DIRECTION DE LA RECHERCHE PARLEMENTAIRE**

La Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, elle assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

**THIS DOCUMENT IS ALSO
PUBLISHED IN ENGLISH**

TABLE DES MATIÈRES

	Page
APERÇU.....	1
RATIFICATION ET MISE EN ŒUVRE DE TRAITÉS.....	4
LE DOCUMENT DE TRAVAIL DU GOUVERNEMENT DU CANADA.....	7
LE VOLET « INTÉRÊT NATIONAL » DU POUVOIR DE « PAIX, ORDRE ET BON GOUVERNEMENT ».....	10
LE POUVOIR DE LÉGIFÉRER EN MATIÈRE DE DROIT CRIMINEL.....	12
A. Un objectif public en matière criminelle, une interdiction et une peine.....	12
B. Le traitement antérieur de la question.....	15
C. L'exigence d'une « interdiction ».....	16
D. Le critère de l'« objectif public en matière criminelle » et l'empiètement déguisé.....	22
E. La répartition fondamentale des compétences.....	24
LES POUVOIRS FISCAL ET FINANCIER.....	25
A. Le pouvoir fiscal.....	25
B. Le pouvoir financier.....	26
LE POUVOIR DE RÉGLEMENTATION DU COMMERCE.....	27
LES ENTREPRISES INTERPROVINCIALES.....	30
CONCLUSION.....	34



CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

**LE PROTOCOLE DE KYOTO :
APERÇU DES MÉCANISMES JURIDIQUES
DE MISE EN ŒUVRE PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL**

APERÇU

La question du changement climatique est l'objet de discussions et de négociations internationales depuis près de 15 ans. La coopération internationale à cet égard est prévue dans les dispositions de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) signée en 1992 et celles du Protocole de Kyoto (du nom de la ville japonaise où a été signé l'accord) signé en 1997. Selon le Protocole, l'objectif du Canada est de réduire ses émissions de gaz à effet de serre (GES) de 6 p. 100 par rapport aux niveaux de 1990 pour la période de 2008 à 2012. En fait, le volume d'émission des GES du Canada n'a pas cessé d'augmenter : il est actuellement de 19,6 p. 100 supérieur à ce qu'il était en 1990⁽¹⁾, ce qui suppose une réduction très importante si l'on veut atteindre l'objectif de 2008-2012⁽²⁾.

La démarche a commencé en 1988 lorsque le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) a instauré un système d'évaluation convenu à l'échelle internationale (causes, répercussions et réactions possibles) pour la science du changement climatique. À la suite du premier rapport du GIEC, publié en 1990, la CCNUCC a été conclue et signée par le Canada en 1992, au « Sommet de la Terre » tenu à Rio de Janeiro. Une série de conférences des parties ont suivi, désignées par les abréviations CdP 1, CdP 2, etc. À la CdP 3, qui a eu lieu à Kyoto, des délégués de 60 pays se sont entendus sur le Protocole de Kyoto. L'accord prévoyait que les pays industrialisés réduiraient leurs émissions de GES de 5,2 p. 100 en tout⁽³⁾.

(1) *Document de discussion sur la contribution du Canada à la lutte contre les changements climatiques*, gouvernement du Canada, printemps 2002, p. 4 (ci-après le « Document du gouvernement »).

(2) Pour en savoir plus sur le changement climatique et le Protocole de Kyoto, voir T. Williams et J.-L. Bourdages, *Le réchauffement de la planète, les gaz à effet de serre et le Protocole de Kyoto* (TIPS-39F), Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Direction de la recherche parlementaire, 10 septembre 2002.

(3) Pour plus de détails sur la chronologie des changements climatiques, voir le site Web d'Environnement Canada (http://www.ec.gc.ca/climate/action_cando-f.html).

Le 2 septembre 2002, le premier ministre Chrétien annonçait au Sommet mondial sur le développement durable que le Parlement du Canada serait invité à voter sur la ratification du Protocole avant la fin de l'année. Le discours du Trône du 30 septembre 2002 fait également allusion à la présentation d'une résolution parlementaire avant la fin de l'année, mais les provinces s'opposent de plus en plus à cette échéance. À ce stade, il semble peu probable que les provinces s'entendent pour mettre en œuvre le Protocole de Kyoto dans sa forme actuelle, et il est de plus en plus possible que le gouvernement fédéral doive mettre en œuvre les dispositions relatives aux réductions des émissions de GES sans le plein appui des provinces.

On a beaucoup discuté depuis plusieurs années de la question de savoir si le gouvernement fédéral devrait ratifier le Protocole de Kyoto, mais on s'est moins intéressé à la capacité effective du gouvernement fédéral de le mettre en œuvre. L'exécutif fédéral a le pouvoir de signer ou de ratifier un traité international, mais le pouvoir de le mettre en œuvre doit s'enraciner dans le droit constitutionnel interne.

Sous réserve des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁽⁴⁾, tous les pouvoirs législatifs, au Canada, sont répartis entre les administrations fédérale et provinciales. Si les deux ordres de gouvernement s'entendent pour mettre en œuvre le Protocole ou tout autre traité, il ne fait guère de doute qu'ils le pourront. Alors que les traités et accords antérieurs ont généralement été mis en œuvre grâce à une coopération fédérale-provinciale réelle, cette fois-ci le consensus provincial qui permettrait d'accepter le plan d'action fédéral pour la mise en œuvre du Protocole est loin d'être certain. Les observateurs qui mentionnent à titre de précédents les mesures prises concernant les pluies acides et la couche d'ozone ont tendance à oublier de dire que la *Stratégie pancanadienne sur les émissions acidifiantes* et le *Plan d'action national* pour la mise en œuvre du Protocole de Montréal sur la couche d'ozone engageaient entièrement les administrations fédérale et provinciales⁽⁵⁾.

(4) Bien que les médias aient parlé de l'usage éventuel de la « disposition de dérogation », on voit mal comment elle pourrait être appliquée. Cette disposition (art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) permet au Parlement ou à la législature d'une province de s'abstenir d'appliquer certaines dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*. On voit mal comment la *Charte* pourrait s'appliquer de façon générale à des mesures prises pour mettre en œuvre l'accord de Kyoto.

(5) Voir « Les mesures prises : que fait le Canada? » (<http://www.ec.gc.ca/pluiesacides/done-canada.html>) et le *Rapport d'étape annuel 2000 concernant Stratégie pancanadienne sur les émissions acidifiantes après l'an 2000* pour une description des mesures prises concernant les pluies acides (http://www.ccme.ca/assets/pdf/acid_rain_f.pdf). L'« Historique du Protocole de Montréal » (http://www.ec.gc.ca/press/oo1219_b_f.htm) et le *Plan d'action national pour le contrôle environnemental des substances appauvrissant la couche d'ozone (SACO) et de leurs halocarbures de remplacement* (http://www.ccme.ca/assets/pdf/nap_update_f.pdf) ont trait aux mesures prises pour protéger la couche d'ozone.

Nous nous intéresserons tout d'abord ici à l'élaboration du droit sous-jacent à la ratification et à la mise en œuvre de traités au Canada. Nous résumerons ensuite les solutions proposées dans le Document du gouvernement qui ont donné lieu aux consultations organisées au printemps et à l'été 2002⁽⁶⁾ et nous indiquerons les pouvoirs fédéraux qui pourraient être mis en jeu. Enfin, nous décrirons ces pouvoirs dans un certain détail. Faute d'un plan de mise en œuvre clair, il est difficile de déterminer les mécanismes constitutionnels que le gouvernement fédéral pourrait trouver les plus utiles. Cependant, certaines rubriques de compétence semblent susceptibles d'entrer en jeu : le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, le volet « intérêt national » du pouvoir de « paix, ordre et bon gouvernement » (POBG), les pouvoirs fiscal et financier, le pouvoir de réglementation du commerce et les entreprises interprovinciales.

Bien que les GES soient multiples, que leurs caractéristiques soient différentes et qu'ils soient sujets à des modes de réglementation différents⁽⁷⁾, le dioxyde de carbone (CO₂) est le plus connu et le plus important⁽⁸⁾, et, lorsque nous parlerons ici de GES, il s'agira exclusivement de CO₂.

(6) Document du gouvernement.

(7) La United States Environmental Protection Agency (EPA) rappelle ce qui suit : « Certains gaz à effet de serre se trouvent naturellement dans l'atmosphère, tandis que d'autres résultent de l'activité humaine. Les gaz à effet de serre présents naturellement sont, entre autres, la vapeur d'eau, le dioxyde de carbone, le méthane, l'oxyde nitreux et l'ozone. Certaines activités humaines augmentent cependant le niveau de la plupart de ces gaz : il y a émission de *dioxyde de carbone* dans l'atmosphère lorsque des déchets solides, des combustibles fossiles (pétrole, gaz naturel, charbon) et du bois et des produits du bois sont brûlés. Il y a émission de *méthane* au cours de la production et du transport de charbon, de gaz naturel et de pétrole. Les émissions de méthane sont également attribuables à la décomposition des déchets organiques dans les décharges municipales et à l'élevage de bétail. Il y a émission d'*oxyde nitreux* dans le cadre des activités agricoles et industrielles et au cours de la combustion de déchets solides et de combustibles fossiles. Les gaz à effet de serre très puissants qui ne sont pas produits naturellement sont, entre autres, les *hydrocarbures fluorés* (HFC), les *hydrocarbures fluorés entièrement halogénés* (PFC) et l'*hexafluorure de soufre* (SF₆), qui résultent de toutes sortes de procédés industriels. Chaque gaz à effet de serre a une capacité différente d'absorption de la chaleur dans l'atmosphère. Les HFC et les PFC sont les plus absorbants. Le méthane emprisonne au-delà de 21 fois plus de chaleur par molécule que le dioxyde de carbone, et l'oxyde nitreux en absorbe 270 fois plus. », site Web de l'EPA : *Global Warming: Emissions* (http://www.epa.gov/global_warming/emissions/index.html) [traduction].

(8) L'un des signes de l'importance des émissions de CO₂ par rapport aux autres GES est le fait que le Protocole de Kyoto entrera en vigueur lorsqu'il aura été ratifié par 55 pays représentant au moins 55 p. 100 des émissions de CO₂ enregistrées en 1990 dans les pays industrialisés (Document du gouvernement, p. 13). Certains observateurs estiment que le CO₂ est un problème à plus long terme et que, à court terme, la réduction des émissions des autres GES pourrait être plus facile et plus efficace. Cependant, compte tenu de l'importance du CO₂ dans les émissions de GES, il est difficile d'imaginer une quelconque approche du Protocole qui ne traiterait pas substantiellement des émissions de dioxyde de carbone.

Nous concluons que la principale difficulté qu'éprouvera le gouvernement fédéral, s'il décide de mettre en œuvre le Protocole de Kyoto sans l'accord des provinces, sera de trouver une stratégie qui ne compromettra pas la répartition fondamentale des compétences entre l'administration fédérale et les administrations provinciales. Depuis six ans, la Cour suprême du Canada a élargi de façon perceptible le pouvoir de légiférer du gouvernement fédéral en matière de droit criminel, mais elle a toujours exprimé son hésitation à confirmer une loi fédérale qui remettrait en cause la répartition des compétences. Cela étant, les conséquences d'un programme de contrôle des émissions de GES pourraient bien être d'une ampleur telle qu'une mise en œuvre unilatérale entraînerait inévitablement une remise en cause de la répartition des compétences.

RATIFICATION ET MISE EN ŒUVRE DES TRAITÉS⁽⁹⁾

Le fait que le gouvernement fédéral ait le pouvoir de ratifier un traité incite souvent les gens à conclure qu'il doit exister un pouvoir fédéral correspondant de mise en œuvre, mais la situation n'est pas si simple. Pour mettre en œuvre un traité qu'il a ratifié, le gouvernement fédéral doit avoir la compétence constitutionnelle interne pour prendre les mesures nécessaires ou pour promulguer la loi nécessaire. Lorsqu'un traité a des répercussions internationales importantes, il est possible que les tribunaux soient plus enclins à envisager la compétence fédérale dans une perspective élargie⁽¹⁰⁾ (p. ex. en tenant compte du pouvoir relatif à la paix à l'ordre et au bon gouvernement), mais les mesures prises par le gouvernement fédéral doivent rester dans les limites des pouvoirs qui lui sont impartis par la Constitution canadienne.

Cette distinction entre le droit de ratifier un traité et le droit de le mettre en œuvre vient de l'histoire des institutions et de la Constitution. Sous le régime britannique, c'est la Couronne ou le souverain qui représente l'État dans les affaires internationales, bien que ce pouvoir puisse être délégué. C'est l'une des prérogatives de la Couronne ou l'un des pouvoirs dont le souverain, plutôt que le Parlement, est investi personnellement.

(9) Pour plus de renseignements, voir Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (édition en feuilles mobiles), ch. 11; R.E. Sullivan, « Jurisdiction to Negotiate and Implement Free Trade Agreement in Canada: Calling the Provincial Bluff », *University of Western Ontario Law Review*, vol. 24 (1986), p. 63-82.

(10) Voir, par exemple, *Re Regulation & Control of Radio Communication*, [1932] 2 D.L.R. 865 (ci-après : « Renvoi relatif à la radio 1932 »).

En 1867, les colonies britanniques, dont le Canada, n'avaient pas le pouvoir de conclure des traités, et c'était la Grande-Bretagne qui parlait au nom de l'Empire. Cependant, le Canada avait le contrôle de ses affaires internes, et l'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867* donnait au « parlement et [au] gouvernement du Canada [...] tous les pouvoirs nécessaires pour remplir envers les pays étrangers, comme portion de l'empire Britannique, les obligations du Canada ou d'aucune de ses provinces, naissant de traités conclus entre l'empire et ces pays étrangers ». Comme on n'imaginait pas en 1867 que les anciennes colonies britanniques auraient un jour le pouvoir de conclure des traités avec des pays étrangers en leur propre nom, la *Loi constitutionnelle de 1867* n'aborde pas la question de la mise en œuvre de ce genre de traité⁽¹¹⁾.

La première question qu'il a fallu trancher lorsque le Canada a commencé à négocier et à ratifier ses propres traités était le statut de l'article 132. Il avait déjà été question de transférer le pouvoir de mise en œuvre des traités de l'Empire aux traités du Canada⁽¹²⁾, mais la *Labour Conventions Case* (1937) a donné lieu à une conclusion contraire irréfutable.

La *Labour Conventions Case*⁽¹³⁾ s'est présentée après que l'Organisation internationale du travail, dont le Canada est membre, a eu décidé de promulguer (en vertu du Traité de Versailles) une loi garantissant des droits minimums aux employés en matière d'horaire de travail, de repos hebdomadaire et de salaire minimum. En 1935, le gouvernement fédéral a promulgué la *Loi sur le repos hebdomadaire dans les établissements industriels*, la *Loi sur le*

(11) *Renvoi relatif à la radio 1932* : « Cette idée que le Canada est un État lié par une convention équivalant à un traité avec des puissances étrangères n'avait tout simplement pas été imaginée en 1867. C'est le produit de l'évolution progressive de la position du Canada à l'égard de la nation-mère, la Grande-Bretagne, qui se trouve à l'époque exprimée dans le Statut de Westminster [en 1931] [...] Il ne faut donc pas s'attendre à ce que ce genre de question soit abordé explicitement dans les articles 91 ou 92. » [traduction].

(12) *Renvoi relatif à la radio 1932* : « En fin de compte, bien qu'elles reconnaissent que la Convention [internationale sur la radiotélégraphie] ne soit pas un traité au sens de l'article 132, leurs Seigneuries estiment que cela revient au même. Le 11 août 1927, le Conseil privé du Canada, avec l'approbation du gouverneur général, a désigné un organisme pour le représenter à la réunion de toutes les puissances pour conclure des accords internationaux sur la télégraphie sans fil. L'organisme canadien a assisté et participé à toutes les délibérations. Les délibérations se sont soldées par la signature de la Convention et du règlement général annexé le 25 novembre 1927 à Washington par les représentants de toutes les puissances qui avaient pris part à la conférence, et la Convention a été ratifiée par le gouvernement du Canada le 12 juillet 1928. De l'avis de leurs Seigneuries, ce qui s'ensuit est clair. C'est le Canada tout entier qui est justiciable devant les autres puissances de la concrétisation en bonne et due forme de la Convention. Et, pour empêcher des particuliers, au Canada, d'enfreindre les dispositions de la Convention, il faut que l'État promulgue une loi qui s'applique à tous les habitants du Canada. » [traduction] Toutefois, le Conseil privé a également fondé sa décision sur le pouvoir qu'exerce le gouvernement fédéral sur les ouvrages et entreprises interprovinciaux.

(13) *A.-G. Canada v. A.-G. Ontario (Labour Conventions)*, [1937] A.C. 326.

salair minimum et la *Loi sur la limitation des heures de travail*, qui toutes concernaient des questions relevant traditionnellement de la compétence provinciale. La légitimité de ces lois a été contestée devant le Comité judiciaire du Conseil privé, qui était alors l'arbitre ultime en droit canadien.

Le Conseil privé a tout d'abord conclu que l'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne pouvait permettre d'étayer les lois en cause : « Les obligations ne sont pas des obligations du Canada à titre de membre de l'Empire britannique, mais du Canada en vertu de son nouveau statut d'entité internationale, et elles ne sont pas issues d'un traité conclu entre l'Empire britannique et des pays étrangers. »⁽¹⁴⁾

Le Conseil privé a statué que les lois sur les relations de travail relevaient de la compétence des provinces, bien que certaines rubriques de compétence fédérales donnent au gouvernement fédéral le pouvoir de légiférer, par exemple, en ce qui concerne les employés fédéraux.

Pour l'application des articles 91 et 92, c'est-à-dire de la répartition des pouvoirs législatifs entre le gouvernement fédéral et les provinces, il n'existe pas à proprement parler de législation sur les traités. La répartition se fonde sur des catégories de sujets; comme un traité a trait à une catégorie particulière de sujets, le pouvoir législatif de l'exécuter dépendra de ces sujets. [...]

[L]es pouvoirs législatifs restent répartis ainsi que prévu, et, si, dans l'exercice des nouvelles fonctions issues de son nouveau statut international, le Canada a des obligations, celles-ci doivent, pour autant que la loi est concernée lorsqu'elles ont trait à des catégories de sujets provinciales, être abordées dans le cadre de l'ensemble des pouvoirs, c'est-à-dire dans le cadre d'une collaboration entre le gouvernement fédéral et les provinces. *Le navire de l'État fait désormais de plus longs trajets et navigue en eaux étrangères, mais il conserve les compartiments étanches qui font partie intégrante de sa structure originale.*⁽¹⁵⁾

(14) *Labour Conventions Case*, p. 680 [traduction]. Le Conseil privé a également tenu compte du *Renvoi relatif à la radio 1932*, où le tribunal avait reconnu la compétence fédérale sur la radiotélégraphie à la suite d'un traité international à ce sujet, mais avait conclu que « le véritable motif de la décision était que la convention, en l'occurrence, avait trait à des types de questions qui n'entraient pas dans les catégories énumérées à l'article 92, ni même à l'article 91 » [traduction].

(15) *Labour Conventions Case*, p. 681-682, 683-684 (souligné par l'auteur) [traduction].

L'image des « compartiments étanches » reste la clé de la jurisprudence sur les traités, bien qu'elle ait souvent été critiquée par les chercheurs. Le professeur Hogg, par exemple, tout en acceptant que l'absence de « pouvoir en matière de traités » fait peut-être « partie du prix à payer pour le fédéralisme », conclut que « tout compte fait, il est clair que la décision relative aux *Labour Conventions* entrave la capacité du Canada à jouer pleinement son rôle dans les affaires internationales et que le Canada n'est pas en mesure d'accepter, voire, dans certains cas, de respecter, des traités relatifs aux relations de travail, à l'éducation, au statut des réfugiés, aux droits des femmes et aux droits de la personne en général »⁽¹⁶⁾.

Le professeur Hogg observe toutefois que, même en l'absence du pouvoir en matière de traités, les pouvoirs du gouvernement fédéral peuvent être suffisamment importants pour permettre une mise en œuvre assez large de certains traités par le seul Parlement fédéral. Par ailleurs, l'existence d'un traité peut contribuer à l'instauration d'un aspect international qui pourrait faire passer la question sous la rubrique, relevant de la compétence fédérale, de « l'intérêt national » ou du « commerce international ».

Même si la règle découlant de la cause *Labour Conventions* continue de régir la mise en œuvre des traités, de sorte qu'il n'existe pas à proprement parler de pouvoir en matière de traités, l'éventail des pouvoirs législatifs du gouvernement fédéral est suffisamment large pour que le Parlement fédéral puisse mettre en œuvre de nombreux traités. Par ailleurs, l'existence d'un traité aura souvent un rapport direct avec la qualification d'une loi de mise en œuvre et tendra à étayer le pouvoir du Parlement fédéral de promulguer cette loi.⁽¹⁷⁾

LE DOCUMENT DE TRAVAIL DU GOUVERNEMENT DU CANADA

Le *Document de discussion sur la contribution du Canada à la lutte contre les changements climatiques* (le « Document du gouvernement ») décrit quatre « options » ou solutions stratégiques susceptibles de permettre la mise en œuvre du Protocole de Kyoto :

(16) Hogg, ch. 11.5(c) [traduction].

(17) *Ibid.* [traduction].

- *Option 1 : Échange de droits d'émission intérieur aussi étendu que possible.* Ce système suppose que les fournisseurs de combustibles fossiles seraient titulaires de permis équivalents aux émissions de CO₂ résultant de la combustion des combustibles fossiles qu'ils vendent. Les émissions ne résultant pas de la combustion seraient également couvertes. Cette méthode comprendrait l'usage par le secteur privé du marché international pour les permis d'émission.
- *Option 2 : Mesures ciblées exclusivement.* Cette option table sur un large éventail d'instruments stratégiques (incitatifs, engagements contractuels, règlements et, éventuellement, mesures fiscales). Le Document du gouvernement suggère que l'option 2, en particulier, s'appuierait sur la collaboration entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux et territoriaux et sur les partenariats entre le secteur privé et le secteur public.
- *Option 3 : Approche mixte – système d'échange de droits d'émission intérieur pour les gros émetteurs finaux.* Au lieu d'exiger des permis d'émission pour les fournisseurs de combustibles fossiles, l'option 3 les exigerait pour les gros émetteurs industriels des secteurs suivants : électricité (charbon, pétrole, gaz); production de pétrole et de gaz, y compris les sables bitumineux; raffinage du pétrole; pipelines; pâtes et papiers; ciment; produits chimiques; sidérurgie et fonderie; certains autres secteurs d'activité.
- *Option 4 : Approche mixte adaptée.* Variation de l'option 3, elle ne semble pas, malgré des différences importantes en matière de politiques, soulever de préoccupations constitutionnelles supplémentaires.

Les quatre options prévoient d'importants achats de permis internationaux, soit par le secteur privé (options 1 et 3 seulement), soit par le gouvernement, soit par les deux.

Pour l'application de ces solutions, le Document du gouvernement propose trois grands instruments ou ensembles d'instruments d'intervention⁽¹⁸⁾. La colonne de gauche du tableau ci-dessous décrit les instruments en question, tandis que la colonne de droit indique les pouvoirs législatifs fédéraux auxquels ils feraient appel.

(18) Document du gouvernement, p. 23.

Instrument d'intervention	Pouvoirs fédéraux éventuellement en jeu
1. Dans le cadre d'un système d'échange de droits d'émission intérieur , les entreprises se verraient attribuer des permis d'émission. Les entreprises qui peuvent réduire leurs émissions à peu de frais pourraient vendre leurs droits excédentaires, probablement à des entreprises qui ne peuvent réduire leurs émissions que moyennant des frais plus élevés ⁽¹⁹⁾ .	- Intérêt national - Droit criminel - Réglementation du commerce - Entreprises interprovinciales
2. Des mesures ciblées encourageraient les consommateurs ou certains consommateurs à utiliser les meilleures technologies et les meilleures pratiques. Il pourrait s'agir d'un vaste éventail d'instruments : incitatifs, engagements contractuels, règlements, mesures fiscales.	- Pouvoir fiscal - Pouvoir financier - Droit criminel - Entreprises interprovinciales
3. Des achats de permis internationaux par le gouvernement supposeraient l'achat de permis d'émission sur le marché international.	- Pouvoir financier

Ce sont ces mécanismes constitutionnels fédéraux qui font l'objet du reste de notre analyse.

(19) Voir, par exemple, Joseph F. Castrilli, en collaboration avec Pollution Probe, « Fondement juridique de l'échange de droits d'émission au Canada », mars 1998, annexe 1 de *Le pouvoir législatif de mettre en œuvre un système national d'échange de droits d'émission*, Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie, janvier 1999. Castrilli fait une distinction entre « régime d'imposition de limites et d'échange de droits » (système fermé) et un système de marché ouvert : « [Un système fermé] ne s'applique qu'à un groupe précisé de sources (par exemple, les grands producteurs d'énergie électrique) [...] et la quantité totale des émissions permises aux participants au programme est limitée à un tonnage total national défini par la loi. Cette limite crée une motivation pour réduire les émissions, surtout quand il s'agit d'une limite descendante qui fait en sorte que les quantités de polluants que ces sources ont le droit d'émettre diminuent avec le temps. [...] Par ailleurs, un système fermé nécessite l'instauration d'une méthode de répartition rigoureuse, réduisant ainsi la différence de coûts entre les sources nécessaires à la stimulation des échanges. [...] En théorie, l'échange des droits d'émission en marché ouvert peut engager tout groupe de sources de pollution dont les émissions du même polluant ou de polluants différents sont quantifiables suivant un dénominateur commun. Cependant, à la différence de l'échange de droits d'émission en marché fermé, l'échange de droits d'émission en marché ouvert ne nécessite pas une limite prédéterminée ou un ensemble d'allocations. », p. 5-6.

LE VOLET « INTÉRÊT NATIONAL » DU POUVOIR DE « PAIX, ORDRE ET BON GOUVERNEMENT »

L'interprétation du pouvoir associé à « l'intérêt national » fait l'objet de discussions depuis une centaine d'années (on parlait à l'origine de « dimensions nationales »). C'est ce pouvoir qui a constitué le seul fondement de décision dans des causes relatives à l'aéronautique (1952), à la région de la capitale nationale (1966) et à l'immersion de déchets en mer (1988)⁽²⁰⁾. La nature de la doctrine a été largement analysée par la minorité dans l'affaire *R. c. Hydro-Québec*, où il a été question de la validité de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (voir plus loin la section « Le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel ») :

- La théorie de l'intérêt national est séparée et distincte de la théorie de la situation d'urgence nationale (autre volet du pouvoir POBG) du fait que cette dernière renvoie à une mesure législative provisoire.
- La théorie de l'intérêt national s'applique autant à de nouvelles matières qui n'existaient pas à l'époque de la Confédération qu'à des matières qui, bien qu'elles aient été à l'origine de nature locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d'intérêt national.
- Pour qu'on puisse dire qu'une matière est d'intérêt national, elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial, et l'effet de la faire relever de la compétence fédérale ne doit pas être contraire au partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution.
- Pour décider si une matière atteint le degré requis d'unicité, de particularité et d'indivisibilité qui la distingue clairement des matières d'intérêt provincial, il est utile d'examiner quel effet aurait hors de la province l'omission par une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation de cette matière à l'intérieur de la province⁽²¹⁾.

(20) *Johanneson v. West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663; *R. c. Crown Zellerbach*, [1988] 1 R.C.S. 401. Voir Hogg, ch. 17.3(a) pour une analyse chronologique complète.

(21) *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 65 (ci-après *Hydro-Québec*). La décision, rendue à cinq contre quatre, se fonde sur l'applicabilité de la compétence en matière de droit criminel. La minorité a plus précisément conclu que la compétence en matière d'intérêt national ne s'appliquait pas, tandis que la majorité a conclu qu'il n'y avait pas lieu de traiter la question.

Dans l'ensemble, la Cour suprême a toujours hésité à recourir à la doctrine de l'intérêt national lorsqu'il était possible d'invoquer une autre rubrique de compétence. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Hydro-Québec*, la Cour a rappelé ce qui suit :

Le critère applicable pour déterminer s'il y a unicité, particularité et indivisibilité est exigeant. Vu le risque élevé que la notion générale de l'« intérêt national » peut présenter pour le partage des compétences prévu par la Constitution, il est essentiel de pouvoir préciser exactement ce que la loi est censée régir. Autrement, l'« intérêt national » pourrait rapidement s'amplifier pour absorber tous les champs de compétence provinciale. [...] [D]ès qu'une matière est qualifiée comme étant d'intérêt national, le Parlement jouit d'une compétence exclusive et absolue pour légiférer sur cette matière, y compris sur ses aspects intraprovinciaux.⁽²²⁾

Par conséquent, si la doctrine de l'intérêt national est invoquée dans des contextes de nature générale, comme l'environnement, la question relève alors du pouvoir exclusif du Parlement. Si une loi fondée sur le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel laisse la possibilité aux provinces de légiférer dans le même domaine général en fonction d'autres pouvoirs, une loi fondée sur la doctrine de l'intérêt national empêche effectivement les provinces de légiférer à l'égard de la question en cause.

Bien que tous les juges de la Cour aient reconnu la nécessité constitutionnelle de qualifier certaines activités comme excédant la portée de la loi provinciale et relevant du domaine national, le danger d'adopter trop facilement cette ligne de conduite n'a pas échappé aux juges dissidents. Décider qu'un sujet particulier est une question d'intérêt national fait en sorte que cette question relève de la compétence exclusive et prépondérante du Parlement et a manifestement une incidence sur l'équilibre du fédéralisme canadien. Dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, les juges dissidents (à la p. 453) ont exprimé l'avis que la protection de l'environnement est une matière qui touche à tout et que, si elle était reconnue comme relevant de la compétence législative générale du Parlement en vertu de la théorie de l'intérêt national, elle pourrait modifier radicalement le partage des compétences législatives au Canada.⁽²³⁾

(22) *Hydro-Québec*, par. 67.

(23) *Ibid.*, par. 115.

Il semble être généralement admis que le fait que les émissions de GES soient de nature générale créerait un obstacle important à l'usage du pouvoir de légiférer en fonction de « l'intérêt national » dans le cas de la mise en œuvre du Protocole de Kyoto⁽²⁴⁾. Les émissions de CO₂, notamment, sont généralement le produit de la grande majorité des procédés industriels employés pour la production ou l'utilisation de l'énergie ou, autrement dit, de tous les procédés industriels qui entraînent la combustion de combustibles fossiles. Cela met nécessairement en jeu à toutes les activités associées à la mise en valeur des ressources, aux procédés industriels, aux systèmes de chauffage et de climatisation résidentiels, aux moyens de transport, etc.

Par conséquent, une détermination judiciaire établissant que la réglementation des émissions de CO₂ relève de la compétence exclusive du Parlement fédéral serait susceptible « modifier radicalement le partage des compétences législatives au Canada ». Le fait de formuler l'objectif en d'autres termes (« mesures de lutte contre les changements climatiques », par exemple) ne change pas la portée de l'ingérence éventuelle du fédéral dans la sphère de compétence provinciale. Ce type de formulation peut sembler plus proche de celle de « l'intérêt national », mais la portée des mesures risquerait encore une fois de menacer la répartition actuelle des compétences législatives. Le fait de donner au gouvernement fédéral la compétence exclusive dans tous les aspects de la question des « changements climatiques » modifierait sans doute de façon encore plus radicale la répartition des pouvoirs que ne le ferait l'attribution de la compétence en matière de contrôle des GES.

LE POUVOIR DE LÉGIFÉRER EN MATIÈRE DE DROIT CRIMINEL

A. Un objectif public en matière criminelle, une interdiction et une peine

La portée du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, dont la nature est souvent décrite comme « plénière »⁽²⁵⁾, s'est révélée difficile à cerner avec précision, mais elle s'est généralement élargie à mesure que le droit évoluait et que la société devenait plus

(24) Voir, par exemple, Castrilli (1998), p. 14 : « Des jugements récents de la Cour suprême suggèrent que cette dernière serait très réticente à invoquer la doctrine de l'intérêt national pour confirmer des lois fédérales en matière d'échange de droits d'émission, à cause, précisément, de l'incidence éventuelle de telles lois sur les pouvoirs provinciaux dans le même domaine. »

(25) « Cette compétence [de légiférer relativement au droit criminel] est de nature plénière et notre Cour en a toujours défini largement la portée », *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S., par. 28.

complexe. Le « point de départ de l'analyse contemporaine du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel » est le *Renvoi relatif à la margarine* (1951), où le Conseil privé a adopté les motifs du juge Rand, de la Cour suprême du Canada, pour casser la loi fédérale⁽²⁶⁾. Le critère en trois parties que le juge Rand a appliqué pour déterminer la validité de l'usage du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel – une interdiction, une peine et un objectif public en matière criminelle – reste la clé des décisions actuelles de la Cour suprême en la matière :

Un crime est un acte que la loi interdit et punit à l'aide de sanctions pénales, mais, comme les interdictions ne sont pas imposées dans le vide, nous pouvons de façon légitime chercher à voir les effets nocifs, préjudiciables ou indésirables sur le public que la loi cherche à éviter. Ces effets peuvent être d'ordre social, économique ou politique, et la législature a en tête de réprimer le mal ou de protéger les intérêts menacés. [...]

L'interdiction est-elle alors imposée pour un bien public qui peut l'étayer comme ayant un lien avec le droit criminel? La paix publique, l'ordre, la sécurité, la santé, la moralité : ce sont généralement, mais pas exclusivement, les fins poursuivies par la loi, mais elles ne semblent pas être l'objet de l'action parlementaire en l'espèce.⁽²⁷⁾

L'affaire *RJR-MacDonald* (loi sur le tabac, 1995), l'affaire *Hydro-Québec* (loi sur l'environnement, 1997) et le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* (2000), trois récentes causes tranchées par la Cour suprême qui avaient trait au rapport entre le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel et les mesures de réglementation, ont tous donné lieu au rappel de la définition du juge Rand⁽²⁸⁾. Le critère est très succinctement résumé dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* : « En règle générale, une loi peut être considérée comme relevant du

(26) *Canadian Federation of Agriculture v. Quebec (A.G.)*, [1951] A.C. 179, confirmant *Reference Re Validity of s. 5(a) of Dairy Industry Act (Canada)*, [1949] R.C.S. 1 (ci-après le *Renvoi relatif à la margarine*). Cette cause avait trait au pouvoir du gouvernement fédéral d'interdire l'importation, la fabrication ou la vente de margarine. Si des éléments de preuve avaient permis de conclure que la margarine était un danger pour la santé publique, un objectif public légitime en matière criminelle aurait pu être combiné à une interdiction et à une peine, et la loi aurait été valable au regard du droit criminel. Cependant, la Cour a conclu que le véritable objet de la loi en cause était de protéger le secteur canadien du beurre, et cette loi a été jugée dans sa nature même comme ayant trait au droit de propriété et aux droits civils et non au droit criminel. Voir Patrick J. Monahan (*Essentials of Canadian Constitutional Law*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2002, p. 332-333) et Hogg, ch. 18.2, pour une analyse de cette cause.

(27) *Renvoi relatif à la margarine*, p. 49-50 [traduction].

(28) *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, [2000] 1 R.C.S. 7.

droit criminel si elle comporte les trois éléments suivants : un objet valide de droit criminel assorti d'une interdiction et d'une sanction. »⁽²⁹⁾ Depuis toujours, l'objet d'une loi pénale est applicable à l'ensemble du pays.

Il vaut la peine de rappeler que le juge Rand a clairement déclaré que ses catégories – paix publique, ordre public, sécurité publique, santé publique, moralité publique – n'étaient ni exhaustives ni « exclusives ». En l'occurrence, les tribunaux ont interprété la notion d'objectif public en matière criminelle avec beaucoup de souplesse :

De plus, contrairement à la perspective adoptée concernant d'autres pouvoirs fédéraux comme celui concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement ou celui concernant le commerce, les tribunaux ont, dans les causes suivantes, interprété ces objectifs en matière criminelle de manière très souple et libérale. Dans la jurisprudence du droit criminel, les tribunaux n'ont pas manifesté le même genre de souci (très évident dans d'autres contextes) concernant la nécessité de limiter la portée du pouvoir fédéral, pour faire en sorte que le gouvernement fédéral n'empiète pas sur les secteurs de compétence exclusivement provinciale. Il s'en est suivi que le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel a été traité par les tribunaux comme un octroi plénier de pouvoir à l'appui de la réglementation fédérale de questions qui autrement pourraient avoir pu relever de la compétence provinciale comme aspect des droits de propriété et des droits civils dans la province.⁽³⁰⁾

Il semble généralement admis que la perspective des tribunaux sur la compétence du fédéral en matière criminelle est de plus en plus large, malgré le maintien du principe de l'objectif public en matière criminelle, de l'interdiction et de la peine.

Si l'exercice du pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel ne peut représenter une tentative déguisée de réglementer des questions extérieures au droit criminel, les tribunaux ont soutenu que les lois fédérales promulguées en vertu du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel peuvent être préventives ou punitives, qu'elles peuvent comporter des dispenses et exemptions, qu'elles peuvent déterminer la portée du caractère répréhensible de l'infraction, qu'elles peuvent prévoir des réparations civiles qui ont un lien fonctionnel avec l'infraction et qu'elles peuvent créer de nouvelles infractions.⁽³¹⁾

(29) *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 27.

(30) Monahan (2002), p. 333 [traduction].

(31) Martha Jackman, « Constitutional Jurisdiction Over Health in Canada », *Health Law Journal*, vol. 8, 2000, p. 95, par. 8 [traduction].

En ce qui concerne la mise en œuvre éventuelle du Protocole de Kyoto, il y a lieu d'analyser quatre aspects de l'évolution de la jurisprudence en matière de droit criminel : le traitement antérieur de la question, la portée de l'interdiction requise, la nature de l'objectif public en matière criminelle et la question de savoir si l'usage du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel constitue un empiétement dans la sphère de compétence provinciale au point de compromettre l'équilibre constitutionnel entre les compétences fédérales et les compétences provinciales.

B. Le traitement antérieur de la question

En 1922, le vicomte Haldane soutenait que le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel s'appliquait uniquement « lorsque la question, de par sa nature même, appartient au domaine de la jurisprudence pénale »⁽³²⁾. Le professeur Hogg laisse entendre que le critère du juge Rand dans le *Renvoi relatif à la margarine* est une version « un peu plus sophistiquée » du point de vue du vicomte Haldane. Il convient de noter que certaines questions sont toujours traitées par les tribunaux comme intrinsèquement pénales.

Lorsqu'il risque d'y avoir conflit entre des rubriques de compétence fédérales et provinciales, les tribunaux tiennent compte de « l'essence » de la loi ou de « sa véritable signification ou son caractère essentiel », puis décident si l'objet de la loi relève du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel⁽³³⁾. Lorsqu'ils procèdent à cette analyse, ils peuvent s'inspirer du traitement antérieur de la question.

Par exemple, dans une cause réglée en 1993, qui avait trait à une loi de la Nouvelle-Écosse interdisant l'exploitation de cliniques d'avortement privées, la Cour suprême du Canada a conclu que la loi sur l'avortement ou du moins l'interdiction de l'avortement assortie de conséquences pénales était historiquement considérée comme faisant partie du droit criminel. La loi provinciale interdisant l'avortement et imposant des sanctions pénales en conséquence relève donc à première vue du droit criminel, et, pour réglementer valablement la prestation de services d'avortement, il aurait fallu que la loi de la Nouvelle-Écosse soit plus solidement enracinée dans la politique en matière de santé publique⁽³⁴⁾.

(32) *Board of Commerce Case*, [1922] 1 A.C. 191, p. 198-199 [traduction]. Voir Hogg, ch. 18.2, pour une analyse plus complète.

(33) *Loi sur les armes à feu*, par. 15. Voir aussi *Hydro-Québec*, par. 113 : « Bien que le caractère véritable puisse être décrit de différentes façons, les expressions « objet principal » ou « idée maîtresse » [...] ou l'expression « la caractéristique principale ou la plus importante de la loi contestée » [...] évoquent correctement le sens qu'il faut donner à cette notion. »

(34) *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463.

De même, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* (2000), la Cour suprême du Canada s'est penchée sur l'histoire du contrôle législatif des armes à feu pour déterminer si la *Loi* est, dans son essence, destinée à garantir la sécurité publique :

Enfin, il y a l'argument solide que l'objet de la loi correspond à l'accent mis traditionnellement sur la sécurité publique dans les lois relatives au contrôle des armes à feu. [...]

Nous concluons donc que, vu son objet et ses effets, la *Loi sur les armes à feu*, de par son « caractère véritable », vise la sécurité publique.

Pour déterminer si l'objet d'une loi est un objet de droit criminel valide, les tribunaux examinent si les lois de ce genre sont habituellement jugées relever du droit criminel : [...] Les tribunaux ont conclu à maintes reprises que le contrôle des armes à feu relevait de la compétence en matière de droit criminel. Comme le juge en chef Fraser l'a démontré dans ses motifs, le contrôle des armes à feu est une matière de droit criminel depuis avant l'adoption du *Code criminel* en 1892, et cela est toujours le cas [...].⁽³⁵⁾

Les substances dangereuses comme les produits chimiques toxiques et la fumée de tabac inhalée sembleraient ressortir au concept des questions pénales sur les plans historique et intrinsèque. Cependant, les émissions de CO₂ sont associées à presque toutes les activités humaines. Le CO₂ n'est pas intrinsèquement dangereux, et ce n'est pas un polluant au sens ordinaire ni dans des circonstances ordinaires. Il y a danger à cause de ses effets indirects à l'échelle de la planète. Il serait difficile de prétendre que les émissions de CO₂ sont de nature criminelle, soit historiquement ou intrinsèquement.

C. L'exigence d'une « interdiction »

À une certaine époque, on considérait qu'une loi pénale devait s'appuyer sur une interdiction claire et générale et, inversement, qu'un système de réglementation large était une contre-indication pour une loi à caractère pénale. Cependant, dans l'affaire *RJR-MacDonald*, *Hydro-Québec* et le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, la distinction entre interdiction et système de réglementation devient plus floue.

Dans l'affaire *RJR-MacDonald*, les sociétés productrices de tabac ont fait valoir que la *Loi sur le tabac* n'était pas valide sur le plan pénal pour trois raisons :

(35) *Loi sur les armes à feu*, par. 22, 26 et 32.

premièrement, que la conduite interdite par la Loi n'a pas d'« affinité avec une préoccupation traditionnelle en matière de droit criminel »; deuxièmement, que le Parlement ne peut rendre criminelle une activité accessoire à un « mal » s'il n'a pas donné un caractère criminel au « mal » lui-même, et troisièmement, qu'il convient davantage de qualifier la Loi de texte de nature réglementaire plutôt que de texte relevant du droit criminel.⁽³⁶⁾

Les deux derniers arguments renvoient à la question de la nature de la l'interdiction requise.

Les enjeux relatifs à la *Charte* n'ont pas fait l'unanimité, mais sept des neuf juges ont conclu que la *Loi* était valablement fondée sur le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel et que le Parlement avait des raisons valables de ne pas imposer une interdiction complète de l'usage ou de la fabrication de produits du tabac. Du moment que les mesures prises avaient le même objectif public sous-jacent en matière criminelle, la lutte contre les « méfaits du tabac », et qu'il ne s'agissait pas d'essayer de s'ingérer dans la sphère de compétence provinciale, la loi remplissait le critère de l'« interdiction ».

Si l'on interprète la Loi dans son sens ordinaire, il semble évident qu'elle avait pour objet d'interdire trois catégories d'actes : la publicité en faveur des produits du tabac (art. 4 et 5), la promotion des produits du tabac (art. 6 à 8) et la vente des produits du tabac dont l'emballage ne comporterait pas les messages relatifs à la santé (art. 9). Ces interdictions sont assorties de sanctions pénales en vertu de l'art. 18 de la Loi, lesquelles [...] créent une indication du moins à première vue que la loi est de droit criminel.⁽³⁷⁾

À mon avis, lorsque l'on accepte que, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, le Parlement peut valablement légiférer relativement à la fabrication et à la vente des produits du tabac, il s'ensuit logiquement qu'il peut aussi valablement légiférer en vertu de cette compétence pour interdire la publicité des produits du tabac et la vente des produits ne comportant pas de mise en garde. Dans les deux cas, le Parlement se trouve à légiférer pour le même objectif public du droit criminel : protéger la population canadienne contre les produits nocifs et dangereux.⁽³⁸⁾

Le juge LaForest a comparé la loi aux dispositions du *Code criminel* sur la sollicitation : elles interdisent la sollicitation de clients pour la prostitution, mais pas la

(36) *RJR-MacDonald*, par. 45.

(37) *Ibid.*, par. 29.

(38) *Ibid.*, par. 43.

prostitution elle-même. « Bien que j'admetsse que le Parlement a choisi un moyen détourné, il m'est difficile d'affirmer que le Parlement ne peut emprunter cette voie. La question n'est pas de savoir si le régime législatif est insatisfaisant ou peu judicieux mais si le régime porte atteinte aux préceptes fondamentaux de notre système juridique. »⁽³⁹⁾

L'argument selon lequel la *Loi* avait un caractère réglementaire plutôt que pénal était surtout fondé sur le grand nombre d'exemptions en cause. Selon le juge LaForest, « cet argument échoue parce qu'il ne tient pas compte du principe depuis longtemps reconnu que le droit criminel peut valablement comporter des exemptions relativement à certaines conduites sans pour autant perdre son caractère »⁽⁴⁰⁾. Il a cité en exemples la disposition de la *Loi sur le dimanche*, qui interdit le jeu le dimanche à moins que la province ait adopté une loi contraire; les dispositions du *Code criminel* concernant l'avortement, qui exemptent les avortements dans certaines circonstances; et les dispositions législatives sur le jeu, qui exemptent les loteries provinciales fonctionnant conformément aux conditions et modalités de permis délivrés par le lieutenant-gouverneur.

Le juge LaForest a résumé comme suit sa définition du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel :

Le fédéral possède une vaste compétence pour ce qui est de l'adoption de lois en matière criminelle relativement à des questions de santé, et cette compétence n'est circonscrite que par les exigences voulant qu'elles comportent une interdiction accompagnée d'une sanction pénale, et qu'elles visent un mal légitime pour la santé publique. Si une loi fédérale donnée possède ces caractéristiques et ne constitue pas par ailleurs un empiétement « spécieux » sur la compétence provinciale, c'est alors une loi valide en matière criminelle.⁽⁴¹⁾

La cause *Hydro-Québec* avait trait à une accusation de déversement de PCB⁽⁴²⁾ dans une rivière, ce qui enfreignait la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*. Il y avait dissidence sur la question : cinq juges ont soutenu que la *Loi* était valide, tandis que quatre

(39) *Ibid.*, par. 50.

(40) *Ibid.*, par. 53.

(41) *Ibid.*, par. 32.

(42) Diphényles polychlorés ou polychlorés biphényls. La majorité a soutenu ce qui suit (par. 158) : « [...] on peut conclure que les BPC sont non seulement très toxiques, mais encore qu'ils durent longtemps et se décomposent très lentement dans l'eau, l'air ou le sol. Toutefois, ils se dissolvent facilement dans les tissus adipeux et autres composés organiques, de sorte qu'ils remontent la chaîne alimentaire grâce aux oiseaux et aux autres animaux pour éventuellement atteindre les êtres humains. Ils posent des risques importants de préjudice grave pour les animaux et les humains. De même, ils sont extrêmement mobiles. »

ont soutenu le contraire, estimant qu'elle était de nature réglementaire et non pénale. La majorité et la minorité ont reconnu que la protection de l'environnement était un objectif public légitime en matière criminelle. Pour analyser la portée du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, la décision de la minorité est également utile car elle clarifie la distinction entre loi de réglementation et loi pénale⁽⁴³⁾.

Les dispositions en cause étaient les articles 34 et 35 de la partie II de la *Loi*, sous l'intitulé « Substances toxiques ». La *Loi* prévoit une structure complexe, notamment un comité consultatif fédéral-provincial, mais, pour l'essentiel, le gouverneur en conseil peut ajouter une substance à la « Liste des substances toxiques » et l'assujettir au contrôle réglementaire de l'article 34. Selon la décision de la minorité, « [l]e gouverneur en conseil est investi de pouvoirs considérables de prendre des règlements concernant tous les aspects imaginables de la substance inscrite sur la liste. »⁽⁴⁴⁾

Les juges de la minorité ont conclu que les dispositions incriminées tentaient de réglementer la pollution environnementale et non de l'interdire. Ils ont rappelé incidemment que la *Loi* avait pour but de permettre une intervention fédérale lorsque l'environnement proprement dit est compromis, que cela ait ou non des effets sur la santé humaine.

Les juges de la minorité ont conclu que la *Loi* était de nature réglementaire dans son essence et qu'elle ne ressortissait pas au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel. Cette conclusion a été influencée par un certain nombre de facteurs :

- L'interdiction de l'usage de substances toxiques n'entre pas en vigueur tant que la procédure de classement administratif (ajout de la substance à la « Liste des substances toxiques ») n'a pas été appliquée.
- « Ce serait un crime singulier dont la définition a été laissée à l'entière discrétion du pouvoir exécutif. »⁽⁴⁵⁾
- Le gouverneur en conseil peut exempter une province lorsque des règlements équivalents y sont déjà en vigueur, et ce serait une singulière disposition pour le droit criminel puisque les provinces ne sont pas habilitées à promulguer des lois au criminel⁽⁴⁶⁾.

(43) Ajoutons que cinq des neuf juges ont depuis quitté la Cour suprême, et on ne peut en aucun cas prédire dans quel sens irait une décision future dans une cause semblable.

(44) *Hydro-Québec*, par. 19.

(45) *Ibid.*, par. 55.

(46) *Ibid.*, par. 57.

- Contrairement à ce qui se vérifie dans l'affaire *RJR-MacDonald*, il n'y a pas d'interdiction générale.
- La Cour suprême a soutenu à l'unanimité que l'environnement est l'objet d'une compétence partagée, mais le pouvoir général de réglementation du gouvernement fédéral prévu par la *Loi* laisse peu de place aux provinces.

Selon la décision de la majorité, la partie II de la *Loi* habilite les ministres fédéraux de la Santé et de l'Environnement « à déterminer quelles substances sont toxiques et à interdire le rejet de ces substances dans l'environnement à moins que certaines conditions particulières soient respectées » :

En résumé, [...] la partie II a généralement pour objet et pour effet de prescrire une procédure permettant d'évaluer si, parmi les nombreuses substances qui peuvent, en théorie, être visées par l'art. 11, certaines devraient être ajoutées à la liste des substances de l'annexe I, et de déterminer, lorsqu'on prend un arrêté en ce sens, s'il y a lieu d'interdire, sous peine de sanction, l'utilisation de la substance ainsi ajoutée de la manière prévue dans le règlement pris en vertu du par. 34(1). Ces substances inscrites sur la liste, toxiques au sens ordinaire du terme, sont celles que la *Loi* interdit, en fin de compte, d'utiliser d'une manière contraire au règlement. C'est une interdiction limitée qui s'applique à un nombre limité de substances. L'interdiction est assortie d'une peine en cas de non-respect et s'appuie sur un objectif pénal valide et est donc une mesure législative pénale valide.⁽⁴⁷⁾

Il est clair que la nature de l'interdiction requise s'est considérablement élargie depuis dix ans. Cependant, certains éléments indiquent que la décision de la majorité, dans l'affaire *Hydro-Québec*, a été influencée par la grande importance accordée à la protection de l'environnement et par le caractère international de nombreux enjeux environnementaux. Selon le juge LaForest, qui écrit pour le compte de la majorité :

Dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, j'ai exprimé des craintes au sujet de la possibilité d'accorder exclusivement au Parlement la compétence législative en matière de pollution de l'environnement. Je serais tout aussi craintif si on donnait une interprétation de la Constitution qui accorderait effectivement aux provinces, en vertu de pouvoirs généraux comme ceux relatifs à la propriété et aux droits civils, un

(47) *Ibid.*, par. 146.

contrôle sur l'environnement d'une manière qui empêcherait le Parlement d'exercer le leadership que la communauté internationale attend de lui et son rôle de protecteur des valeurs fondamentales des Canadiens en ce qui concerne l'environnement, au moyen de sa compétence en matière de droit criminel.⁽⁴⁸⁾

Quant au *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, l'Alberta et les intervenants qui soutenaient la province ont fait valoir que le seul moyen par lequel le Parlement pourrait régler la question du contrôle des armes à feu serait d'interdire complètement les armes à feu ordinaires. La Cour a conclu au contraire ce qui suit :

Avec égards, cette proposition n'est étayée ni par la logique ni par la jurisprudence. Premièrement, la jurisprudence établit que le Parlement peut utiliser des moyens indirects pour atteindre ses fins. Une interdiction directe et totale n'est pas requise [...]. Deuxièmement, les exemptions n'empêchent pas une loi d'être prohibitive et, par conséquent, de nature pénale [...]. Troisièmement, comme on le dit plus haut, l'interdiction en l'espèce ne vise pas simplement à imposer le paiement de frais ou un régime de réglementation n'ayant rien à voir avec la sécurité, qui est l'objet essentiel de la loi [...].⁽⁴⁹⁾

Dans l'ensemble, il semblerait que la Cour a considérerait favorablement une loi pénale d'interdiction avec exemptions, mais il peut être difficile de caractériser les mesures proposées pour la réglementation du CO₂ comme « interdiction » de quelque type que ce soit. Dans l'affaire *Hydro-Québec*, quelle que soit l'apparence de réglementation que le système ait pu avoir, il était du moins fondé sur le fait qu'il existait en fin de compte une interdiction de l'usage d'une substance toxique.

Il est manifestement impossible d'interdire complètement les émissions de CO₂, et les systèmes d'échange de droits d'émissions ou les mesures ciblées seront probablement fondés sur une réduction de l'usage et non sur une quelconque interdiction. Certains estiment qu'il serait possible d'interdire les émissions de CO₂ au-delà d'un certain seuil, mais il est peu probable qu'une telle interdiction soit applicable à l'échelle nationale. Elle serait plus probablement sectorielle ou même régionale et ainsi semblerait contraire à l'approche traditionnelle qui veut que les dispositions du droit criminel s'appliquent dans tout le pays. C'est

(48) *Ibid.*, par. 154.

(49) *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 39.

une chose que de prévoir des exceptions à une norme nationale, mais autre chose que de n'avoir aucune norme nationale.

D. Le critère de « l'objectif public en matière criminelle » et l'empiètement déguisé⁽⁵⁰⁾

La définition d'un objectif public en matière criminelle est étroitement associée à la question de l'empiètement déguisé. Dans la mesure où une loi a un objectif public légitime en matière criminelle, il est peu probable qu'elle constitue un empiètement déguisé dans la sphère de compétence provinciale. Inversement, si l'objectif public en matière criminelle est faible ou flou, la loi peut être un empiètement déguisé.

Dans l'affaire *RJR-MacDonald*, le juge LaForest a formulé le critère de « l'objectif en matière criminelle » dans les termes les plus larges possibles, se demandant « si l'interdiction assortie de sanctions pénales est dirigée contre un “mal” ou un effet nuisible pour le public »⁽⁵¹⁾. Selon Patrick Monahan, « LaForest semble laisser entendre [...] que toute loi prenant la forme d'une interdiction accompagnée d'une peine sera valide sur le plan pénal du moment qu'elle porte sur une question identifiable d'intérêt public légitime »⁽⁵²⁾.

Dans l'affaire *Hydro-Québec*, la Cour semble avoir approuvé cette idée que la loi a simplement besoin de porter sur une « question identifiable d'intérêt public légitime » ou sur un « mal public que le Parlement souhaite réprimer » pour remplir le critère de l'objectif public en matière criminelle.

[Le droit pénal] cherche plutôt, au moyen d'interdictions distinctes, à prévenir des maux relevant d'un objectif général, comme, par exemple, la protection de la santé. Dans le domaine du droit criminel, le renvoi à des objectifs de principe généraux n'est qu'un moyen d'assurer que l'interdiction vise légitimement un certain mal public que le Parlement veut supprimer et ne constitue pas une tentative déguisée de traiter une matière relevant exclusivement d'un domaine de compétence législative provinciale.⁽⁵³⁾

(50) On parle d'« empiètement déguisé » lorsqu'une loi a l'apparence de porter officiellement sur une question relevant d'une compétence, alors que, en réalité, elle concerne une question qui ne relève pas de cette compétence (Hogg, ch. 15.5(f)).

(51) *RJR-MacDonald*, par. 29.

(52) Monahan (2002), p. 335 [traduction].

(53) *Hydro-Québec*, par. 128.

Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, la Cour a supposé que l'objet de la loi était un objectif public en matière criminelle en raison de son traitement antérieur. Une fois la décision rendue, les effets « secondaires » produits sur la sphère de compétence provinciale n'avaient pas d'importance. Pour conclure que la *Loi* n'était pas une loi pénale légitime, les provinces auraient eu à prouver que l'essence de la *Loi* était la réglementation des droits de propriété et des droits civils dans la province.

L'argument que la loi de 1995 sur le contrôle des armes à feu rompt l'équilibre de la Confédération peut être considéré comme un argument selon lequel le caractère véritable de la loi, vu ses effets, n'a pas trait à la sécurité publique et donc à la compétence fédérale en matière criminelle, mais relève plutôt de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils. En termes simples, la question est de savoir si la loi est principalement relative au droit criminel. Si elle l'est, ses effets secondaires touchant des domaines de compétence provinciale ne sont pas pertinents sur le plan constitutionnel [...] En revanche, si les effets de la loi, compte tenu de son objet, sont suffisants pour établir qu'elle vise principalement la propriété et les droits civils, elle excède la compétence du gouvernement fédéral. En résumé, la question est de savoir si les effets « provinciaux » sont secondaires, auquel cas ils ne sont pas pertinents du point de vue constitutionnel, ou s'ils sont tellement importants qu'ils indiquent bien que la loi est principalement, ou de par son « caractère véritable », une réglementation de la propriété et des droits civils.⁽⁵⁴⁾

Compte tenu des trois causes analysées ici, l'application unilatérale du Protocole de Kyoto par le gouvernement fédéral devrait passer par la preuve que la loi en cause ne vise pas, dans son essence, à réglementer des droits de propriété et des droits civils dans les provinces ou à empiéter sur quelque autre aspect de la sphère de compétence provinciale et que les effets sur les provinces sont simplement secondaires. Étant donné l'omniprésence des émissions de CO₂ et l'absence de techniques concrètes d'atténuation, la réglementation de ces émissions passera probablement au moins par la réglementation implicite des activités, y compris la production industrielle, qui donnent lieu à ces émissions, ainsi que des niveaux de ces activités. On peut penser que cela signifie que la loi, dans son essence, pourrait viser des droits de propriété et des droits civils ressortissant à la compétence provinciale.

(54) *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 49.

E. La répartition fondamentale des compétences

La Cour suprême a visiblement élargi la portée du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel au cours des dix dernières années, mais elle a maintenu le principe que l'exercice de ce pouvoir ne doit pas empiéter sur la sphère de compétence provinciale au point de menacer l'équilibre constitutionnel des pouvoirs. Cependant, la Cour n'a pas précisé clairement où était le seuil auquel cet équilibre serait compromis.

Le devoir de la plus haute importance que le Parlement et les législatures provinciales ont d'utiliser pleinement les pouvoirs législatifs qui leur ont été respectivement conférés en matière de protection de l'environnement a inévitablement imposé aux tribunaux l'obligation de définir progressivement la mesure dans laquelle ces pouvoirs peuvent être utilisés à cette fin. Pour s'acquitter de cette tâche, il incombe aux tribunaux d'établir l'équilibre fondamental entre les deux niveaux de gouvernement envisagés par la Constitution. Toutefois, pour ce faire, ils doivent se rappeler que la Constitution doit être interprétée de manière à tenir compte pleinement des nouvelles réalités et de la nature du sujet que l'on veut réglementer. En raison du caractère omniprésent et diffus de l'environnement, cette réalité pose des difficultés particulières dans le présent contexte.⁽⁵⁵⁾

Le Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu donne une idée de ce que la loi ne devrait *pas* faire pour que l'équilibre des pouvoirs soit maintenu. Elle ne doit pas :

- permettre au gouvernement fédéral d'étendre ses pouvoirs de façon importante au détriment des provinces;
- permettre un empiètement déguisé dans la sphère de compétence provinciale, ni au sens où le Parlement a agi pour un motif inapproprié ni au sens où il s'approprie des pouvoirs provinciaux sous le couvert du droit criminel;
- porter atteinte à l'équilibre constitutionnel des pouvoirs⁽⁵⁶⁾.

Dans l'affaire *Hydro-Québec*, la minorité a résumé la question comme suit :

Presque tout ce que nous faisons « pollue » l'environnement d'une façon ou d'une autre. Les dispositions contestées visent à accorder un pouvoir de réglementer tous les aspects d'une substance dont le rejet dans l'environnement « a, immédiatement ou à long terme, un effet nocif sur l'environnement » [...].

(55) *Hydro-Québec*, par. 86.

(56) *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 53.

On se demande bien quel rôle, s'il en est, sera laissé aux provinces relativement à la pollution de l'environnement si un contrôle aussi absolu du rejet de ces substances est accordé au gouvernement fédéral.

« Il est [...] évident que la “gestion de l'environnement” ne pourrait jamais être considérée comme une matière constitutionnelle relevant d'un seul ordre de gouvernement en vertu d'une constitution se voulant fédérale, car aucun système dans lequel un gouvernement serait si puissant ne pourrait être fédéral. »

Le Parlement n'est pas dépourvu du pouvoir d'agir pour mettre en œuvre des politiques nationales en matière de protection de l'environnement. Cependant il doit agir conformément au partage des pouvoirs prévu aux art. 91 et 92. La protection de l'environnement doit être réalisée conformément à la Constitution et non malgré celle-ci.⁽⁵⁷⁾

LES POUVOIRS FISCAL ET FINANCIER

A. Le pouvoir fiscal

L'un des pouvoirs constitutionnels les plus manifestes est le pouvoir du gouvernement fédéral d'adopter des lois concernant « le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation », aux termes du paragraphe 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La seule limitation sérieuse de ce pouvoir est la question des empiétements déguisés, comme le fait remarquer le professeur Hogg :

L'essence d'une loi qui impose des frais ou un droit peut être considérée comme étant autre que la taxation, par exemple : l'assurance, l'assurance-chômage, le système bancaire, le commerce d'exportation, les normes du travail ou le marketing.⁽⁵⁸⁾

(57) *Hydro-Québec*, par. 60-62.

(58) Hogg, ch. 30.1(a) [traduction].

Il demeure que le pouvoir fiscal du gouvernement fédéral est large et rarement contesté. Il pourrait sans doute servir à appuyer divers mécanismes associés au Protocole de Kyoto, notamment l'imposition de taxes sur les combustibles ou le carbone⁽⁵⁹⁾.

B. Le pouvoir financier

Le « pouvoir financier » n'est pas à proprement parler un pouvoir, mais plutôt le pendant du pouvoir fiscal. Il reflète simplement la capacité du gouvernement fédéral de produire des revenus et donc de dépenser de l'argent, au-delà des montants requis pour remplir ses responsabilités constitutionnelles propres.

Certains observateurs, et plusieurs gouvernements provinciaux, estiment que « l'ampleur et la nature des transferts monétaires et fiscaux entre les gouvernements constituent essentiellement une redistribution de fait des pouvoirs en vertu de la Constitution »⁽⁶⁰⁾. Cette opinion au sujet du pouvoir de dépenser en tant que notion constitutionnelle distincte peut être résumée comme suit :

En bref, [l'argument] est que le Canada, par son pouvoir financier, a forcé de façon inconstitutionnelle les provinces à participer à certains programmes proposés par le Canada, auxquels s'appliquent des critères et des normes établis par le Canada, bien que ces programmes relèvent exclusivement de la compétence des provinces.⁽⁶¹⁾

(59) Cependant, le gouvernement fédéral ne peut pas imposer les biens provinciaux en raison de l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : « Nulle terre ou propriété appartenant au Canada ou à aucune province en particulier ne sera sujette à la taxation. » Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté* ([1982], 1 R.C.S. 1004), la Cour suprême du Canada a soutenu que l'Alberta n'était pas tenue de payer une taxe fédérale sur l'exportation de gaz naturel que la province avait produit elle-même sur ses propres terres domaniales pour ensuite l'exporter du pays :

La province de l'Alberta ne perd pas son immunité du simple fait qu'elle se soit livrée à l'extraction et au transport du gaz naturel à l'état brut. L'eau et certaines impuretés ont été enlevées quelque part entre la tête de puits et la frontière internationale. Il est évident que le gaz naturel n'a été ni traité ni mélangé de quelque façon avec une autre substance. L'acheteur américain a pris livraison du gaz à la frontière. On ne peut guère prétendre que la province a exploité une « entreprise » de traitement de gaz naturel. Elle n'a fait que vendre son bien à l'état brut et livrable, et il ne fait aucun doute que la province détient un droit exclusif et absolu sur ce bien. (p. 1080-1081)

(60) Thomas J. Courchene, « The Fiscal Arrangements: Focus on 1987 », *Ottawa and the Provinces: The Distribution of Money and Power*, vol. I, rapport de recherche spécial du Conseil économique de l'Ontario, 1985, p. 4 [traduction].

(61) *Winterhaven Stables Ltd. v. Canada* (1988), 53 D.L.R. (4th) 413, p. 415 [traduction].

Les tribunaux semblent cependant conclure sans difficulté que le gouvernement fédéral peut dépenser ou octroyer son argent comme il l'entend⁽⁶²⁾, du moment qu'il ne réglemente pas directement les activités ressortissant à la sphère de compétence provinciale.

Le Parlement [...] peut utiliser comme il l'entend, les fonds que lui apporte l'exercice légitime du pouvoir de taxation. Il peut assortir de conditions l'usage qui en est fait du moment que ces conditions ne reviennent pas à réglementer ou à contrôler une activité qui déborde son autorité.⁽⁶³⁾

En usant de son pouvoir financier, le gouvernement fédéral pourrait mettre en œuvre toutes sortes d'instruments stratégiques : incitatifs, mesures éducatives, mécanismes de coordination, etc.

LE POUVOIR DE RÉGLEMENTATION DU COMMERCE

Le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne au gouvernement fédéral le pouvoir d'adopter des lois concernant la « réglementation du trafic et du commerce ». En règle générale, les tribunaux ont entériné la compétence fédérale en matière de commerce interprovincial et international et en matière de « réglementation générale du commerce touchant l'ensemble du pays »⁽⁶⁴⁾. Les provinces sont cependant compétentes en matière de commerce intraprovincial et local, et la ligne de démarcation n'est pas toujours claire entre les aspects d'ordre national ou interprovincial et les éléments intraprovinciaux.

Le gouvernement fédéral se sert sa compétence en matière de commerce interprovincial et international pour interdire, par exemple, le commerce de produits qui ne remplissent pas les normes fédérales dans des domaines comme la sécurité et les émissions des véhicules automobiles (*Loi sur la sécurité des véhicules automobiles*), l'étiquetage des pesticides (*Loi sur les produits antiparasitaires*, par. 5(2)), l'efficacité énergétique des appareils ménagers (*Loi relative à l'efficacité énergétique*), l'efficacité des combustibles de véhicules automobiles

(62) Un certain nombre de causes confirment que le gouvernement fédéral peut consacrer ses recettes à des objets extérieurs à sa compétence législative : *Angers v. M.N.R.*, [1957] Ex.C.R. 83 affirme la validité des allocations familiales fédérales, et *CMHC v. Coop College Residences* (1975), 13 O.R. (2d) 394 (Ont. C.A.) affirme la validité des prêts fédéraux au titre du logement des étudiants.

(63) *Winterhaven Stables*, p. 434.

(64) Hogg, ch. 20.3, citant *Citizens' Insurance Co. v. Parsons*, (1881) 7 App.Cas. 96, p. 113 [traduction].

(*Loi sur les normes de consommation de carburant des véhicules automobiles*, par. 6(1)) (pas en vigueur) et les combustibles (*Loi sur les additifs à base de manganèse*)⁽⁶⁵⁾.

Dans certains cas, ce genre de loi peut donner lieu à des normes nationales efficaces même à l'égard du commerce intraprovincial. Les normes de la *Loi sur la sécurité des véhicules automobiles* sont en principe facultatives, mais plus de 90 p. 100 de tous les véhicules automobiles fabriqués au Canada traversent les frontières provinciales ou internationales. Dans tous ces cas, l'usage de la marque de commerce nationale, qui suppose une conformité aux normes de sécurité applicables, est obligatoire. Comme il est impossible, durant le procédé de production, de séparer les quelques véhicules vendus localement des véhicules vendus à l'échelle nationale et internationale, les fabricants de véhicules automobiles fixent la marque de commerce nationale sur tous les véhicules⁽⁶⁶⁾. Jusqu'à récemment, la *Loi sur la sécurité des véhicules automobiles* était la seule loi fédérale autorisant explicitement des crédits d'émission⁽⁶⁷⁾.

Le deuxième volet du pouvoir de réglementation du commerce permet au Parlement de promulguer des lois concernant le commerce général touchant le pays dans son ensemble. Dans une cause qui a fait date (*General Motors*, 1989), la Cour suprême du Canada énonce cinq facteurs pour déterminer si une loi peut être appuyée en vertu du pouvoir de réglementation du Parlement en matière commerciale⁽⁶⁸⁾ :

- La mesure législative contestée doit s'inscrire dans un système général de réglementation.
- Le système doit faire l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation.
- La mesure législative doit porter sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier.
- La loi devrait être d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter.
- L'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l'application de ce système dans d'autres parties du pays.

(65) Chris Rolfe, « De la stratégie à la loi : Fondements constitutionnels et législatifs nécessaires pour passer à l'action », *Turning Down the Heat* (ch. 14), mars 1998, annexe 2, *Le pouvoir législatif de mettre en œuvre un système national d'échange de droits d'émission*, Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie, janvier 1999, p. 12.

(66) Monahan (2002), p. 285-286.

(67) Castrilli (1998), p. 24. En 1999, les dispositions relatives aux crédits d'émission de la *Loi sur la sécurité des véhicules automobiles* ont été regroupées dans la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, 1999, art. 162.

(68) *General Motors of Canada Limited c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

La Cour a indiqué qu'il n'était pas strictement nécessaire que la loi fédérale remplisse les cinq critères, considérés comme une « liste préliminaire de contrôle de caractéristiques dont l'existence dans la mesure législative est un indice de sa validité en vertu de la compétence en matière d'échanges et de commerce ». La considération primordiale reste la question de savoir si « ce que concerne la loi fédérale est vraiment d'ordre économique et national et non pas un ensemble de préoccupations locales »⁽⁶⁹⁾.

Certains estiment que le pouvoir de réglementation du commerce pourrait étayer l'application par le gouvernement fédéral d'au moins une partie de la stratégie de mise en œuvre du Protocole de Kyoto : celle qui concerne l'échange intérieur de droits d'émission⁽⁷⁰⁾. D'une part, dans l'affaire *General Motors*, la Cour suprême du Canada a fait une comparaison précise entre la question de la loi sur la concurrence, qui était l'objet de la cause, et celle de la pollution :

[Ces arguments] établissent clairement que non seulement la Loi [sur la concurrence] est conçue pour viser le commerce intraprovincial, mais qu'elle doit le faire pour être efficace. Parce qu'il est tellement clair que la réglementation de la concurrence est d'intérêt national et parce que la concurrence ne peut être réglementée efficacement par une loi fédérale restreinte au commerce interprovincial, l'argument [provincial] doit échouer. [...]

D'autre part, la concurrence ne constitue pas un seul et même sujet, pas plus que l'inflation ou la pollution. Les provinces aussi peuvent traiter de concurrence dans l'exercice de leurs pouvoirs législatifs dans des domaines comme la protection du consommateur, les relations de travail, la commercialisation et ainsi de suite. Cependant, le fait est que le Parlement a aussi le pouvoir constitutionnel de réglementer les aspects intraprovinciaux de la concurrence.⁽⁷¹⁾

D'un autre côté, les lois relatives à des questions comme la production et l'importation de combustibles fossiles, qui auraient pour but de mettre en œuvre le Protocole de Kyoto, seraient essentiellement des lois sur la protection de l'environnement et non des lois sur le commerce international, national ou interprovincial⁽⁷²⁾.

(69) Monahan (2002), p. 293-294 [traduction].

(70) Castrilli (1998), p. 17-21.

(71) *General Motors*, p. 681-682.

(72) Rolfe (1998), p. 12, à la note 38.

Pour résumer, les points de vue relatifs à l'applicabilité du pouvoir de réglementation du commerce varient énormément, mais, quoi qu'il en soit, ce pouvoir semblerait s'appliquer uniquement aux systèmes d'échange de droits d'émission.

LES ENTREPRISES INTERPROVINCIALES

L'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* énonce la majorité des rubriques de compétence provinciales, c'est-à-dire des objets exclusifs de la compétence provinciale. Le paragraphe 92(10) donne aux provinces le contrôle des ouvrages et entreprises locaux, à trois exceptions notables près, qui relèvent de la compétence fédérale. La plus importante de ces exemptions est formulée à l'alinéa 92(10)a), qui donne au Parlement fédéral le pouvoir de promulguer des lois concernant les « lignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres travaux et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province ».

Un « ouvrage » est généralement considéré comme une « chose physique », tandis qu'une « entreprise » est une « entente dans le cadre de laquelle des choses physiques sont employées »⁽⁷³⁾. L'alinéa 92(10)a) s'applique généralement aux ouvrages ou aux entreprises des domaines du transport et des communications⁽⁷⁴⁾, ce qui comprend toutefois les oléoducs et gazoducs interprovinciaux. Comme 85 p. 100 des émissions de GES du Canada sont issues de la production, de la transformation et de la consommation de combustibles fossiles (charbon, pétrole et gaz naturel)⁽⁷⁵⁾, la réglementation fédérale des systèmes de distribution du pétrole et du gaz pourrait jouer un rôle important dans la mise en œuvre du Protocole de Kyoto.

Les tribunaux ont déterminé un « seuil relativement bas » pour l'activité interprovinciale permettant de classer une entreprise dans la catégorie interprovinciale⁽⁷⁶⁾. De plus, une entreprise de transport et de communications est assujettie à la réglementation d'un seul ordre de gouvernement. Si une entreprise est classée dans la catégorie interprovinciale, tous

(73) *Renvoi relatif à la radio 1932*, p. 86 [traduction]. Le Conseil privé avait conclu que « leurs Seigneuries n'avaient donc aucun doute que l'entreprise de radiodiffusion est une entreprise "reliant la province avec d'autres provinces et s'étendant au-delà des limites de la province" » [traduction].

(74) Hogg, ch. 22.3.

(75) Ressources naturelles Canada, *L'énergie au Canada en l'an 2000*, annexe 1, « Le changement climatique et l'énergie » (http://www.nrcan.gc.ca/es/ener2000/online/html/append_f.htm).

(76) Monahan (2002), p. 358.

ses services sont assujettis à la réglementation fédérale⁽⁷⁷⁾. Les questions sous-jacentes à toute analyse de l'alinéa 92(10)a) sont les suivantes : quel est le degré d'activité ou de connexion interprovinciale qui justifie le classement dans la catégorie des entreprises interprovinciales? Jusqu'où la compétence fédérale peut-elle s'étendre à une entreprise locale en raison du fait qu'elle est intégrée ou liée à une entreprise interprovinciale?

La plus récente décision rendue par la Cour suprême du Canada relativement à l'alinéa 92(10)a) est celle de l'affaire *Westcoast Energy c. Canada* (1998)⁽⁷⁸⁾. Westcoast Energy possédait et exploitait un système de gazoducs intégré pour le transport du gaz naturel brut, extrait dans des endroits relevant de diverses administrations, en direction d'usines où ses impuretés étaient éliminées. Le gaz traité était ensuite transporté par gazoduc à des destinations situées en Colombie-Britannique, en Alberta et aux États-Unis. Il s'agissait de savoir si l'usine de traitement du gaz était si fondamentalement différente de l'entreprise de transport du gaz que la première puisse être considérée comme une entreprise locale, même si la seconde était une entreprise interprovinciale et internationale. La Cour a conclu que toutes les installations constituaient une seule et même entreprise pour l'application de l'alinéa 92(10)a).

À notre avis, le fait qu'une activité ou un service ne participe pas du transport ou des communications n'empêche pas de conclure, dans le cadre du premier volet du critère établi dans l'arrêt *Central Western*, précité, que l'activité ou le service en question fait partie d'une entreprise fédérale unique pour l'application de l'al. 92(10)a). Le critère demeure fondé sur les faits propres à chaque espèce. [...]

Cependant, cela ne veut pas dire qu'il est impossible de dégager certains indices qui seront utiles dans l'analyse fondée sur l'al. 92(10)a). À notre avis, le principal facteur à considérer est la question de savoir si les diverses activités visées sont intégrées sur le plan fonctionnel et si elles sont assujetties à une gestion, à une direction et à un contrôle communs. En toute probabilité, l'absence de ces facteurs établira que les activités visées ne font pas partie de la même entreprise interprovinciale, même si l'inverse ne sera pas nécessairement vrai.⁽⁷⁹⁾

(77) Hogg, ch. 22.5.

(78) *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322.

(79) *Westcoast Energy*, par. 64-65.

L'affaire *Westcoast Energy* donne une description complète du premier critère, à savoir : Est-ce qu'un système est une seule et même entreprise fédérale? Le deuxième critère permettant de faire relever une entreprise par ailleurs locale ou provinciale de la compétence fédérale est le degré d'intégration de l'entreprise locale avec une entreprise interprovinciale ou internationale ou le degré de dépendance de l'entreprise interprovinciale à l'égard de l'entreprise locale. Bien que « le degré précis de connexion ou d'intégration requis ait fait l'objet de litiges approfondis au fil des ans »⁽⁸⁰⁾, il demeure difficile de formuler un critère général. L'une des descriptions les plus utiles semble être celle qu'a donnée en remarque incidente le juge McLachlin (puisque c'était alors son titre) dans l'affaire *Westcoast Energy*.

Pour qu'un ouvrage ou une entreprise de nature provinciale relève de la compétence fédérale, par l'effet de l'al. 92(10)a), en raison de son lien avec un ouvrage ou une entreprise de transport ou de communication de nature interprovinciale, il doit être intégré fonctionnellement à ce dernier. L'intégration fonctionnelle est établie si l'examen du caractère dominant de l'ouvrage ou l'entreprise de nature locale, considéré sur un plan fonctionnel et dans le contexte de l'industrie, révèle que, en raison de son lien avec l'entreprise interprovinciale, l'ouvrage ou l'entreprise en cause a perdu son caractère local distinct pour prendre celui d'une entreprise de transport ou de communication interprovinciale.

148 Divers facteurs peuvent être pertinents pour décider si ce critère est respecté. Il est possible que, selon la nature de l'ouvrage ou de l'entreprise et de l'industrie, des facteurs différents se révèlent déterminants d'un cas à l'autre. En ce sens, il est difficile d'établir un critère exhaustif fondé sur l'application de facteurs donnés : voir *A.G.T. c. C.R.T.C.*, précité, à la p. 258. La gestion commune, un propriétaire unique, la coordination des activités et la dépendance de l'entreprise interprovinciale à l'égard de l'entreprise locale sont certains des facteurs qui peuvent se révéler utiles. Il s'agit toutefois, en dernière analyse, de décider si, en raison de son lien avec l'entreprise interprovinciale, l'ouvrage ou l'entreprise de nature provinciale a vu son caractère fonctionnel dominant devenir celui d'une entreprise de transport ou de communication interprovinciale.⁽⁸¹⁾

Il faut enfin rappeler, concernant les entreprises interprovinciales, la situation apparemment singulière de la transmission interprovinciale de l'électricité. À première vue, on

(80) Monahan (2002), p. 362 [traduction].

(81) *Westcoast Energy*, par. 147-148.

pourrait croire que les systèmes de distribution de l'électricité ressortissent aux mêmes principes de compétence que le transport de gaz ou de pétrole. Cependant, pour des raisons historiques et politiques, les installations de transmission de l'électricité sont assujetties à la compétence provinciale, et le gouvernement fédéral n'a presque jamais tenté de légiférer dans ce domaine.

La cause la plus pertinente concernant l'application de l'alinéa 92(10)a) aux installations de transport de l'électricité n'est pas issue d'un conflit entre deux ordres de gouvernement, mais de l'intervention d'une tierce partie. En 1981, la Cour suprême du Canada a jugé une action⁽⁸²⁾ intentée lorsque la Calgary Power Ltd. a demandé à l'Alberta Energy Resources Conservation Board d'approuver la construction et l'exploitation d'une ligne de transmission électrique à destination d'un endroit situé près de la frontière entre l'Alberta et la Colombie-Britannique, où elle serait reliée à une ligne de transmission qui serait construite en Colombie-Britannique. Plusieurs propriétaires touchés par le projet ont soutenu que la ligne de transmission proposée était une entreprise interprovinciale et qu'elle était du ressort du gouvernement fédéral et non du gouvernement provincial. Cette affaire a menacé de compromettre le point de vue commun du gouvernement fédéral et des provinces, selon lequel la production et la transmission de l'électricité restait sous le contrôle des provinces.

Comme l'a fait remarquer le juge en chef Laskin : « Un aspect inhabituel des procédures devant cette Cour est la position prise par le procureur général du Canada en qualité d'intervenant. Le substitut du procureur général a donné son appui à la compétence de l'Alberta Energy Resources Board [, l'organisme provincial]. »⁽⁸³⁾

Plusieurs faits dans le contexte sont pertinents à l'issue appropriée de ce pourvoi. Tout d'abord, il est admis qu'aucun pouvoir de réglementation fédérale n'englobe la situation présente. Deuxièmement, l'intimée Calgary Power Ltd. ne conteste pas le pouvoir de réglementation du Parlement, du moins en ce qui concerne les interconnexions entre les provinces, si le Parlement décidait d'agir. Toutefois, actuellement, l'Office national de l'énergie fédéral n'est pas investi du pouvoir de réglementation qui assujettirait l'ouvrage en l'espèce à son régime de contrôle. Troisièmement, l'Alberta Energy Resources Conservation Board ne paraît pas vouloir exercer un contrôle, par voie de réglementation, sur les relations nées de la convention entre Calgary Power Ltd. et la British Columbia Hydro and Power Authority. [...] Un pouvoir fédéral non exercé peut laisser une

(82) *Fulton c. Energy Resources Conservation Board*, [1981] 1 R.C.S. 153.

(83) *Ibid.*, p. 168.

marge de manœuvre au pouvoir provincial relatif aux ouvrages et entreprises d'une nature locale et telle est, à mon avis, la situation en l'espèce.⁽⁸⁴⁾

Néanmoins, pour décider si la commission provinciale a compétence pour approuver la demande, en l'absence d'une loi fédérale, le juge en chef Laskin a soulevé la question de savoir si un système de transmission et de distribution de l'électricité pouvait être une entreprise interprovinciale assujettie à la réglementation fédérale.

Une question dont a parlé l'avocat de Calgary Power Ltd., brièvement et sans insister, est celle de savoir si un réseau de distribution d'électricité peut entrer dans la catégorie visée par l'al. 92(10)a). Je n'ai aucun doute qu'il le peut [...].⁽⁸⁵⁾

Le professeur Hogg confirme que « la compétence en matière de systèmes de distribution d'électricité est donc régie par les mêmes principes que la compétence touchant d'autres moyens de transport et de communications, comme les chemins de fer, les pipelines et le téléphone »⁽⁸⁶⁾.

On peut penser que les mesures de mise en œuvre du Protocole de Kyoto devraient s'appliquer à la production de gaz et de pétrole dans les provinces et aux méthodes de production d'électricité dans les provinces. Si le gouvernement fédéral désire exercer sa compétence en matière de transmission et de distribution d'électricité, comme il le fait dans le domaine du transport du pétrole et du gaz, l'alinéa 92(10)a) pourrait ajouter un mécanisme important à la mise en œuvre du Protocole de Kyoto.

CONCLUSION

Les émissions de CO₂ résultent d'un très grand nombre de procédés associés à la consommation d'énergie. Il est donc extrêmement difficile de voir comment il serait possible d'inclure globalement le domaine « émissions d'oxyde de carbone » dans la sphère de compétence fédérale sans risquer de compromettre la répartition fondamentale des pouvoirs selon la Constitution. Le gouvernement fédéral dispose d'un certain nombre de compétences,

(84) *Ibid.*, p. 161-162.

(85) *Ibid.*, p. 162.

(86) Hogg, ch. 29(6)a) [traduction].

mais aucune ne semble lui permettre d'intervenir efficacement à titre unilatéral, à moins que la Cour suprême du Canada soit disposée à accepter un élargissement considérable du pouvoir de légiférer en matière de POBG ou de droit criminel.

Dans l'ensemble, il semble que la mise en œuvre unilatérale du Protocole de Kyoto suppose l'une de deux choses : un degré de collaboration fédérale-provinciale qui n'est pas actuellement évident ou un ensemble très complexe de mécanismes fédéraux qui intègre un certain nombre de pouvoirs fédéraux existants, tout en évitant soigneusement de toucher à des pouvoirs fondamentaux des provinces, tels que les compétences provinciales en matière de droits de propriété, de droits civils et d'institutions municipales.