

**CULTURE ET COMMUNICATIONS :
LE CONTEXTE CONSTITUTIONNEL**

**Mollie Dunsmuir
Division du droit et du gouvernement**

Septembre 1991



Bibliothèque
du Parlement

Library of
Parliament

**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
PROBLÈME DE DÉFINITION.....	1
PERSPECTIVE HISTORIQUE.....	4
CULTURE	7
COMMUNICATIONS.....	11



CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

CULTURE ET COMMUNICATIONS : LE CONTEXTE CONSTITUTIONNEL

PROBLÈME DE DÉFINITION

Dans toute discussion des choix constitutionnels à l'égard de la culture et des communications, la première difficulté consiste à circonscrire les pouvoirs législatifs ou réglementaires en cause. La *Loi constitutionnelle de 1867* ne mentionne ni la culture ni les communications (à l'exception du « télégraphe ») comme domaines de compétence législative, de sorte que la situation constitutionnelle actuelle découle de la façon dont les tribunaux ont déduit, à partir de domaines de responsabilité spécifiés comme « la propriété et les droits civils dans la province » (compétence provinciale) ou « les travaux ou entreprises interprovinciaux » modification constitutionnelle portant spécifiquement sur la « culture » ou les « communications » empiétera, à l'inverse, sur l'interprétation actuelle des autres domaines de compétence.

Étant donné la complexité et l'interpénétration des structures économiques et culturelles actuelles, il est toujours difficile de prévoir comment l'attribution d'un nouveau champ de compétence ou domaine de responsabilité se répercutera sur l'ensemble de la répartition des pouvoirs, mais le problème prend encore plus d'ampleur lorsque ce nouveau champ de compétence est lui-même flou.

Il est particulièrement difficile de cerner la notion de « culture ». La Commission de l'unité canadienne en donnait, en 1979, la définition suivante :

Le mot culture sert souvent à désigner le côté intellectuel et artistique de la vie en communauté ou en société. Il prend, cependant, un sens plus large lorsqu'on l'utilise pour caractériser l'ensemble d'une communauté.

Dans ce contexte, la culture est la somme des traits distinctifs qu'une communauté acquiert par l'éducation, la formation technique et

l'expérience sociale. Elle comprend alors la langue, des connaissances dans tous les domaines du savoir, des traditions, des valeurs de toutes sortes, etc. Elle devient une façon collective de penser, de sentir et d'agir, une manière d'être.

La culture rapproche les individus, les dispose à rechercher des buts communs, nourrit la pensée, le jugement et l'action dans une communauté particulière, lui confère une personnalité qui la distingue des autres communautés⁽¹⁾.

Si l'on s'arrête au premier sens, c'est-à-dire au sens courant, la culture semble s'intégrer au pouvoir des provinces sur l'éducation et les droits civils. Il devient toutefois difficile, lorsqu'on considère le sens plus large du terme, de prévoir dans quelle mesure le pouvoir législatif sur la « culture » risque d'empiéter sur les autres champs de compétence puisque la « culture » est omniprésente.

Le domaine de l'environnement, qui présente des difficultés semblables, peut-être illustrer les problèmes que pose la définition de la « culture » aux fins du partage constitutionnel des pouvoirs. Les principaux éléments sur lesquels repose la compétence fédérale en matière d'environnement présentent des similarités avec ceux qui concernent la culture : la portée interprovinciale ou internationale, la notion « d'intérêt national » et l'intégration au droit criminel de ses répercussions sur la santé publique, la sécurité et le bien-être. La compétence provinciale, très étendue, vient de ce que la plupart des problèmes environnementaux ont trait à la propriété et aux droits civils à l'intérieur de la province.

Après plusieurs années de travail, la Australian Constitution Commission a présenté, en 1988, un rapport qui touchait tous les aspects de la Constitution australienne. L'insertion d'une nouvelle disposition visant l'environnement est une des choses qu'elle a envisagé en particulier pour finalement recommander de n'en rien faire, surtout parce qu'il serait difficile de restreindre la portée d'un tel pouvoir :

Le terme « environnement » comprend tous les aspects du milieu humain, qu'ils touchent l'homme en tant qu'individu ou en tant que membre d'entités sociales, et le terme « environnemental » à un sens analogue; [...]

(1) Commission de l'unité canadienne, *Définir pour choisir : Vocabulaire du débat*, Ottawa, 1979, p. 4.

Il faudrait, pour définir le droit environnemental sans se borner à dire que c'est le droit relatif à l'environnement, faire preuve de beaucoup de subtilité et de circonspection car, à première vue, le terme « environnement » peut englober à peu près tout⁽²⁾.

Il est probable que toute démarche faite pour formaliser la place de la culture dans notre structure constitutionnelle aboutirait à des problèmes semblables de définition.

Si le problème de définition que posent les « communications » est quelque peu différent, il a toutefois suscité, dans les milieux constitutionnels, une controverse encore plus grande. Par communications, on peut entendre le contenu d'un message, le moyen de transmission du message, ou les deux. À l'intérieur d'une province, le contenu du message relève souvent de la propriété et des droits civils (compétence provinciale), tandis que les moyens de transmission sont de plus en plus assurés par une entreprise interprovinciale ou même internationale (compétence fédérale).

La transmission publique fait traditionnellement appel à la radiodiffusion (émission sur les ondes à partir d'un émetteur vers plusieurs récepteurs) ou aux télécommunications (communications de poste à poste). Dans les premiers temps de la réglementation des communications, la radio était le mode typique de diffusion et le téléphone, le moyen typique de télécommunication. La radio semblait être tout naturellement de compétence fédérale, puisqu'il ne serait pas toujours possible de contenir les ondes à l'intérieur des limites provinciales, tandis que, comme il est possible de restreindre l'étendue géographique des « réseaux » téléphoniques, le téléphone semblait se prêter davantage à la réglementation provinciale.

Les progrès techniques des dernières décennies rendent toutefois de plus en plus difficile ce genre de distinction entre les moyens de transmission. Les entreprises de télécommunication ont, en faisant appel aux faisceaux de micro-ondes et aux satellites pour améliorer les communications de poste à poste, tiré avantage des ondes, tandis que les entreprises de radio et de télédiffusion ont élargi leur auditoire grâce aux réseaux de câblodistribution.

(2) *Final Report of the Constitutional Commission*, 1988, vol. 2, Australian Government Publishing Service, Canberra, 1988, p. 765 (traduction).

Il s'ensuit que la distinction entre la radio « diffusion » et les « télécommunications » repose moins sur les techniques utilisées que sur le but visé. La radiodiffusion demeure le plus souvent un service public ayant des répercussions profondes sur le plan de la culture et de l'éducation. Les télécommunications, par contre, sont surtout liées à des questions économiques, et un système moderne et efficace de télécommunication est généralement considéré comme un élément essentiel d'un bon milieu des affaires.

PERSPECTIVE HISTORIQUE

Tout au long de l'histoire du Canada, seulement quelques articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont soulevé l'intérêt des spécialistes du droit constitutionnel. Avant 1982, pratiquement toutes les causes constitutionnelles portaient sur la question de savoir si la compétence législative dans l'affaire en litige appartenait au gouvernement fédéral ou au gouvernement provincial. Contrairement à ce qui se produit aux États-Unis, où il est souvent question d'établir si une administration quelconque a le droit d'empiéter sur les droits individuels, au Canada il a toujours fallu déterminer quel palier de gouvernement détenait le pouvoir en question. Les tribunaux devaient donc attribuer à l'un ou à l'autre palier de gouvernement tous les nouveaux domaines où la question de la compétence se posait. En se fondant sur un document rédigé avant l'ère technologique, les tribunaux ont érigé une structure complexe de jurisprudence qui a eu autant, sinon plus, d'incidence sur le partage des pouvoirs que la *Loi Constitutionnelle de 1867* elle-même.

Les Pères de la Confédération estimaient, par exemple, que tout en permettant aux provinces de garder le contrôle de tout ce qui n'était pas de nature économique, ils avaient créé une union économique fortement centralisée. Dans une étude rédigée pour la Commission royale d'enquête sur les relations fédérales-provinciales en 1939, Donald Creighton laissait entendre qu'ils avaient :

tenté de séparer les affaires et intérêts liés au commerce de certains droits et coutumes qui reposent sur la propriété foncière. Les premiers, qui regroupaient le gros des activités économiques de l'Amérique du Nord britannique de l'époque, ont été confiés au gouvernement central. Les derniers, qui comprenaient les questions

d'une importance économique moindre ou d'une importance surtout culturelle, ont été laissés aux provinces⁽³⁾.

La Constitution de 1867 reposait sur la conviction qu'il fallait, pour que les colonies de l'Amérique du Nord britannique survivent comme entités distinctes de leur voisin du Sud qui, beaucoup plus grand, venait de retrouver son unité et se montrait parfois agressif, une union économique forte. Les questions locales de la propriété et des droits civils devaient toutefois relever des provinces et cela comprenait, d'une manière générale, la culture. Au milieu du dix-neuvième siècle, les communications sur de grandes distances, lentes et incertaines, dépendaient aussi le plus souvent de modes de transport qui relevaient habituellement d'entreprises interprovinciales. De plus, une découverte relativement nouvelle, le télégraphe, tombait clairement sous le coup de la réglementation fédérale.

Pour assurer la primauté de l'union économique, la réglementation du commerce, terme qui, en 1867, avait « pris une très grande importance et une énorme portée »⁽⁴⁾, était confiée au gouvernement fédéral, tout comme le pouvoir d'assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement, de révoquer des lois provinciales, et de donner suite aux traités impériaux. Les premières décisions rendues, en Grande-Bretagne, par le Comité judiciaire du Conseil privé, qui était alors le plus haut tribunal auprès duquel le Canada pouvait interjeter appel, restreignaient toutefois fortement ces pouvoirs fédéraux, surtout en donnant au paragraphe 92(13) de la Constitution, « la propriété et les droits civils dans la province », un sens beaucoup plus large. Habités au système unitaire britannique, les lords du Conseil privé ont donné à ce pouvoir provincial une portée beaucoup plus grande que n'avaient prévu les auteurs du texte constitutionnel⁽⁵⁾.

Au Canada, l'un des champs de compétence provinciaux est d'une portée et d'une importance très grandes. Il s'agit du paragraphe 92(13), « la propriété et les droits civils dans la province », ce qui est susceptible d'inclure le gros du droit privé en matière de propriété, de contrats et de délits, ainsi que leurs nombreux dérivés. En réalité, le

(3) Donald G. Creighton, *British North America at Confederation*, étude rédigée pour la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces, Ottawa, 1939, p. 50 (traduction).

(4) *Ibid.*

(5) Voir les débats sur la confédération des provinces de l'Amérique du Nord britannique, troisième session, huitième législature du Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, Rose et Co., 1865.

Conseil privé a fait de ce paragraphe une forme d'attribution des pouvoirs résiduels, en y attachant beaucoup plus d'importance qu'au pouvoir fédéral d'assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement⁽⁶⁾.

Bref, même si les normes économiques nationales étaient jugées une nécessité, les provinces devaient, du fait que le pays était établi à partir de trois collectivités distinctes (représentées par les trois divisions que comportait le Sénat à l'origine), conserver la main mise sur toutes les affaires locales. Sans que ni la « culture » ni les « communications » ne soient mentionnées dans le texte original de la Constitution, il était bien entendu que le gouvernement national n'interviendrait pas à l'égard des intérêts locaux ou culturels. Il était toutefois déjà difficile, en 1867, de faire la distinction entre les questions économiques nationales et celles qui ont trait à la propriété et aux droits civils à l'intérieur de la province. Ce l'est encore beaucoup plus de nos jours.

Les télécommunications sont peut-être un bon exemple. Il est essentiel à toute économie nationale de disposer d'une bonne infrastructure dans ce domaine. D'importantes décisions, au sujet du niveau d'interfinancement des services personnels de base comme le téléphone, par exemple, doivent toutefois se prendre à l'échelle provinciale ou locale. Les abonnés des villes financent en partie les services assurés aux abonnés ruraux. Il en va de même pour le milieu des affaires par rapport aux autres secteurs. Les communications interprovinciales et internationales ont habituellement, par le passé, aidé à financer les services internes. Ce qui convient à Toronto n'est pas nécessairement bon, toutefois, pour l'Île-du-Prince-Édouard. Les télécommunications sont donc, d'un côté, une composante économique nationale d'une importance vitale que le gouvernement fédéral doit réglementer; de l'autre, il s'agit d'un service local essentiel qui est d'une importance critique pour la politique culturelle provinciale.

La Cour suprême du Canada a souvent parlé de la Constitution comme d'un « arbre vivant » qui continue de croître, mais d'une façon anarchique parfois, de sorte que les tribunaux doivent constamment s'en occuper et l'émonder. La façon dont la *common law* abordait la Constitution par le passé, en établissant graduellement des principes généraux à partir des situations concrètes qu'elle règle, présentait un caractère organique et inductif. La question de l'heure est peut-être de savoir si nous devons remplacer cette façon de procéder par une

(6) Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e édition), Toronto, Carswell, 1985, p. 370 (traduction).

méthode globale et déductive, c'est-à-dire un ensemble complet de principes qui définissent les relations des parties contractantes. D'un point de vue juridique, la difficulté vient de ce qu'une modification profonde du partage des compétences perturberait la jurisprudence qui est en train de se créer, de sorte qu'il y aurait une période de grande incertitude avant de savoir comment les tribunaux vont interpréter les modifications adoptées par les assemblées législatives.

CULTURE

À une exception près, la culture n'est pas mentionnée explicitement dans notre Constitution actuelle. L'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982* stipule que, advenant un transfert de compétences législatives provinciales au Parlement en matière d'éducation ou dans d'autres domaines culturels par l'adoption d'une modification, les provinces auxquelles cette modification ne s'applique pas, parce qu'elles ne l'ont pas approuvé, ont droit à une juste compensation financière. Si sept provinces regroupant la moitié de la population du pays approuvaient, par exemple, une modification cédant au gouvernement fédéral la compétence à l'égard des universités, les trois provinces dissidentes auraient droit à une juste compensation du gouvernement fédéral pour continuer à faire fonctionner leurs universités.

L'intention était toutefois manifestement de donner aux provinces la compétence législative sur la plupart des affaires culturelles en tant que matières d'une nature purement locale ou propre à la province. Les seules exceptions à cette règle étaient les domaines, comme le droit d'auteur, les brevets, la naturalisation, le mariage et le divorce, où des normes nationales s'imposaient.

En réalité, la compétence législative exclusive sur la plupart des questions culturelles appartient effectivement aux législatures provinciales. Dans l'ensemble, le rôle du gouvernement fédéral se limite surtout au pouvoir de dépenser, c'est-à-dire la capacité de financer des institutions et programmes culturels comme le Conseil des arts du Canada, l'Office national du film et les musées nationaux. Le gouvernement fédéral pourrait peut-être justifier un certain contrôle législatif sur des institutions culturelles nationales en invoquant le souci de « l'intérêt national » que comporte le pouvoir de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement, comme il l'a fait dans le cas de la commission de la capitale nationale, ou en déclarant que diverses entreprises, comme les musées nationaux, sont dans l'intérêt général du

Canada. Il ne l'a toutefois pas fait jusqu'ici, et le pouvoir de dépenser semble l'aspect le plus pertinent.

La notion du « pouvoir de dépenser » fédéral n'est entrée que relativement récemment dans le débat constitutionnel. Issue des initiatives prises par le gouvernement fédéral immédiatement après la Deuxième Guerre mondiale, elle est étroitement associée aux efforts déployés pour centraliser le pouvoir de taxation. En accordant des fonds, unilatéralement ou en collaboration avec les provinces, à divers programmes de santé, d'assistance sociale, d'éducation et de culture, le gouvernement fédéral a changé de tout au tout sa façon d'aborder les champs d'activité qui relevaient essentiellement des provinces⁽⁷⁾.

C'est ainsi que le pouvoir de dépenser est devenu, dans des domaines qui sont de la compétence législative des provinces, comme les soins de santé, l'éducation, le bien-être social, le développement régional et la culture, le principal moyen d'action du gouvernement fédéral. En finançant des programmes précis, ce dernier peut exercer passablement d'influence sur les politiques, les priorités et les normes des programmes des provinces⁽⁸⁾.

De simple mécanisme fiscal, le pouvoir de dépenser prend donc de plus en plus l'allure d'une notion constitutionnelle. Le terme a probablement fait son apparition, dans ce contexte, lors de la Conférence constitutionnelle fédérale-provinciale et le pouvoir de dépenser du Parlement canadien » présentée par le gouvernement fédéral. Un expert constitutionnel de renom, E.A. Dreidger, faisait toutefois remarquer, dès 1977, qu'il n'arrivait pas à « trouver l'expression pouvoir de dépenser dans aucune décision judiciaire ou loi canadienne »⁽⁹⁾.

(7) « En plus de sa politique générale de reconstruction et d'une attitude plus interventionniste, notamment en matière de bien-être social, le gouvernement a jugé essentiel de centraliser le pouvoir de taxation pour promouvoir les politiques économiques keynésiennes qu'il envisageait d'adopter [...] », G.V. Laforest, « The Allocation of Taking Power Under the Canadian Constitution », John D. Whyte et William R. Lederman (éd.), *Canadian Constitutional Law*, 2^e édition, Toronto, Butterworths, 1977, p. 9-2 (traduction).

(8) D'un point de vue technique, rien ne permet d'affirmer que le pouvoir de dépenser est un mécanisme exclusivement fédéral. Les pêches, par exemple, sont un domaine de compétence exclusivement fédéral qui revêtent une importance économique considérable pour de nombreuses provinces. En théorie, les provinces pourraient donc présenter un programme mixte pour ce secteur et s'engager à le financer à condition que le gouvernement fédéral assume la responsabilité de sa mise en oeuvre. Si personne ne parle d'un « pouvoir de dépenser des provinces », c'est surtout pour des raisons financières et pratiques plutôt que pour des raisons constitutionnelles.

(9) A.E. Dreidger, « The Spending Power », *Queen's Law Journal* (1979), 124 à la p. 124 (traduction)

Tout en convenant que le pouvoir de dépenser ne figure nulle part dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, Peter Hogg prétend que les pouvoirs de prélever des impôts qu'accorde le paragraphe 91(3), le pouvoir de légiférer en matière de « propriété publique » attribué par le paragraphe 91(1A), et le pouvoir d'approprier des fonds fédéraux que donne l'article 106, nous amène, par déduction, à constater qu'il existe⁽¹⁰⁾. Le « pouvoir de dépenser » est simplement l'extension, peut-on arguer, du pouvoir de taxation de façon à donner au gouvernement fédéral les fonds voulus pour souscrire des programmes sociaux ou culturels nationaux en plus de remplir ses mandats constitutionnels propres.

L'accord du lac Meech de 1987 comportait une disposition qui aurait ajouté à la Constitution, immédiatement après l'article 106, un nouvel article 106A qui, selon les points de vue, aurait soit renforcé les programmes et normes nationaux en reconnaissant officiellement le pouvoir de dépenser, soit les aurait affaibli en permettant aux provinces de se retirer en exigeant une compensation.

Quelle que soit la façon dont est perçu le statut constitutionnel du pouvoir de dépenser, des restrictions manifestes limitent toutefois son utilisation. La première a trait à la façon dont les fonds sont amassés et la deuxième, à la façon dont ils sont dépensés. Malgré le pouvoir étendu de taxation qu'a le gouvernement fédéral, une loi fiscale pourrait être contestée si elle était conjuguée explicitement à un programme de dépenses qui déborde la compétence fédérale. Bien que, par exemple, les questions environnementales soient en grande partie de la compétence des provinces, le gouvernement fédéral peut financer des programmes environnementaux pour s'attaquer à des problèmes locaux dans les provinces. Par contre, si le gouvernement fédéral établissait une taxe dans le seul but de réaliser un objectif environnemental local ou d'y contribuer financièrement, les tribunaux pourraient très bien invalider la mesure législative en cause.

Même lorsque le gouvernement fédéral exerce comme il se doit son pouvoir de prélever des impôts, il ne peut pas en faire n'importe quoi. S'il peut dépenser ou donner son

(10) Hogg (1985), p. 124.

argent comme bon lui semble⁽¹¹⁾, il ne peut régler directement les activités qui sont de compétence provinciale.

Le Parlement [...] peut utiliser comme il l'entend, les fonds que lui rapporte l'exercice légitime du pouvoir de taxation. Il peut assortir de conditions l'usage qui en est fait du moment que cela ne revient pas à régler ou contrôler une activité qui déborde son autorité⁽¹²⁾.

D'après certains observateurs, il faudrait, pour empêcher le gouvernement fédéral de financer directement des programmes dans les domaines de compétence provinciale et perturber ainsi les intentions des provinces, imposer des restrictions à son pouvoir de dépenser. Si celui-ci ne sert que de stimulant fiscal pour amener les provinces à adopter certaines lignes de conduite ou politiques, les fonds peuvent être retirés ou réduits sans difficulté dans certaines circonstances. L'élimination du pouvoir de dépenser devrait, en théorie du moins, n'entraîner que la suppression des programmes en cause.

Si, toutefois, le pouvoir de dépenser amène le fédéral à s'ingérer dans les domaines de compétence provinciale, comme le prétendent certaines provinces, le seul moyen de réduire les risques que présente la suppression éventuelle des subventions serait peut-être d'obliger le gouvernement fédéral à verser aux provinces les fonds ou leur céder la marge fiscale nécessaire pour poursuivre les programmes en cause⁽¹³⁾. Le Rapport Allaire (Rapport du Comité constitutionnel du Parti libéral du Québec, *Un Québec libre de ses choix*), par exemple, laisse entendre que, dans le cadre d'une « réévaluation complète des partages fiscaux », le Québec « éliminera le pouvoir fédéral de dépenses dans ses domaines de compétence exclusive ». La

(11) Un certain nombre de jugements viennent confirmer que le gouvernement fédéral peut consacrer des fonds à des choses qui débordent sa compétence législative : dans *Angers c. M.N.R.*, [1957] Ex. C.R. 83, la Cour a maintenu la validité des allocations familiales versées par le gouvernement fédéral; et dans *SCHL c. Co-op College Residences* (1975) 13 O.R. (2d) 394 (CAO), la validité des prêts du gouvernement fédéral pour la construction de résidences d'étudiants a été maintenue.

(12) *Winterhaven Stables Ltd. c. Canada* (1988), 53 D.L.R. (4th), C.D. de P. Alberta, p. 434 (traduction).

(13) La « marge fiscale » et les « points d'impôt » sont des notions difficiles d'une application pratique restreinte. Au risque de simplifier à outrance, disons que la capacité totale des Canadiens de verser des impôts est considérée en quelque sorte comme une grande tarte que se partagent les deux paliers de gouvernement. Ainsi, si le gouvernement fédéral réduit sa part, les provinces disposent d'une plus grande « marge fiscale » pour financer de nouveaux programmes.

« culture » et les « communications » seraient de l'autorité exclusive du Québec, et le gouvernement fédéral ne pourrait pas y financer des activités directement⁽¹⁴⁾.

Vu l'absence d'une définition limitative de la « culture », la seule vraie solution de rechange à la situation constitutionnelle actuelle serait donc de restreindre la capacité du fédéral de financer des programmes, avec ou sans compensation aux provinces. Il y aurait deux façon de le faire : 1) au moyen d'une entente fédérale-provinciale ou 2) d'une modification constitutionnelle pour interdire ou réglementer les subventions fédérales dans les domaines qui ne sont pas de sa compétence législative. Outre qu'elle serait plus simple, la première solution offrirait plus de souplesse, mais elle ne serait, sur le plan constitutionnel, ni contraignante, ni exécutoire. Comme la Cour suprême du Canada l'a fait remarquer dans sa récente décision sur les paiements de transfert fédéraux-provinciaux :

La surveillance du pouvoir de dépenser ne constitue cependant pas un sujet distinct de contrôle judiciaire. Si une loi n'est ni inconstitutionnelle ni contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*, les tribunaux n'ont nullement compétence pour surveiller l'exercice du pouvoir législatif⁽¹⁵⁾.

Une modification constitutionnelle, plus définitive aurait cependant d'importantes conséquences puisqu'elle restreindrait les relations fédérales-provinciales dans un domaine d'activité qui s'étendrait bien au-delà du domaine culturel. De plus, à moins d'accroître par des transferts interprovinciaux ou par la limitation du pouvoir fédéral de taxation, les fonds versés aux provinces, certaines au moins auraient du mal à suppléer et les programmes en cours en souffriraient.

COMMUNICATIONS

Le contexte constitutionnel dans lequel la réglementation canadienne des communications a évolué est à la fois complexe et, dans une certaine mesure, confus. Un observateur est allé jusqu'à dire que :

(14) *Un Québec libre de ses choix*, rapport du comité constitutionnel du Parti libéral du Québec, Québec, 1991, p. 37 et 38.

(15) Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), 15 août 1989, C.S.C., non publié, p. 49.

les sources de droit sur lesquelles on devrait normalement compter pour orienter les décisions tant des entreprises de télécommunication que leur clients en ce qui concerne la conduite commerciale requise, permise ou interdite et les mesures à prendre pour les faire respecter, sont si fragmentées et manquent tellement de cohérence et de recul qu'elles en deviennent à peu près inutilisables⁽¹⁶⁾.

La possibilité de céder plus de pouvoirs constitutionnels aux provinces en matière de radiodiffusion, de télédiffusion et de communications est une question complexe. Nous ne ferons donc ici qu'en résumer les points saillants.

Depuis 1867, les mêmes principes ont, de manière générale, régi les communications et les transports en matière de compétence législative, si bien, que la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux* renferment encore des aspects importants de la réglementation des communications. Dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, le paragraphe 92(10) est de loi ou la disposition la plus importante à cet égard. « Les travaux et entreprises d'une nature locale » y sont confiés aux gouvernements provinciaux, sous réserve de plusieurs exceptions indiquées comme étant de compétence du gouvernement fédéral :

- a) 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;
- b) lignes de bateaux à vapeur entre la province et tout pays dépendant de l'empire britannique ou tout pays étranger;

(16) Bohdan Romaniuk et Hudson Janisch, « Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition? », *Ottawa Law Review*, vol. 18, n° 561, 1986, p. 565 (traduction). Les auteurs ajoutent :

Comme on le verra plus loin, il existe, au seul palier fédéral, plus d'une douzaine de mesures législatives (échelonnées de 1880 à 1986) qui portent directement sur un aspect ou l'autre du comportement des entreprises dans divers marchés des télécommunications. Et pourtant, aucune loi fédérale ne porte exclusivement sur l'industrie des télécommunications prise globalement. On a plutôt affaire à un amas confus de mesures visant des entreprises en particulier, des aspects particuliers du marché et divers ministères ou organismes de réglementation. [...] Certaines sont axées sur la radiodiffusion, la radiocommunication et la télégraphie, mais aucune ne porte sur leurs relations entre elles ou avec la téléphonie. D'autres visent des secteurs industriels tout à fait différents, notamment les chemins de fer, et ne touchent les télécommunications que de façon très accessoire, tout en ayant une très forte incidence (traduction).

c) les travaux qui, bien qu'entièrement situés dans la province, seront avant ou après leur exécution déclarés par le Parlement du Canada être pour l'avantage de deux ou d'un plus grand nombre des provinces.

Cette dernière exception, habituellement appelée le « pouvoir déclaratoire » du fédéral, a été utilisée dans les lois constituant en société les deux plus grandes compagnies de téléphone du Canada : Bell Canada (qui dessert l'Ontario et le Québec) et la British Columbia Telephone Company. Le pouvoir déclaratoire est toutefois tombé quelque peu en désuétude et le pouvoir de réglementation du gouvernement fédéral à l'égard de ces sociétés est lié à d'autres aspects du réseau téléphonique.

Le terme « entreprises » englobe à la fois les composantes matérielles et administratives. Dans l'une des dernières affaires canadiennes tranchées par le Conseil privé britannique, la notion a été défini ainsi :

De telles communications peuvent être assurées par des organisations ou des entreprises, mais pas par de seuls objets inanimés. À cette fin, l'expression « lignes de bateaux » est appropriée; elle est utilisée couramment pour désigner non seulement les navires en cause, mais aussi l'organisation qui fait en sorte que le service est assuré régulièrement entre des points donnés⁽¹⁷⁾.

À mesure que l'interconnexion des réseaux de communication s'est intensifiée, les tribunaux se sont fondés sur le critère de « l'intégration fonctionnelle » pour déterminer si un service donné s'insère dans une entreprise, une organisation ou un système interprovincial, par opposition à un « ouvrage local » qui ne dépasse pas les limites de la province.

Le Canada a signé, en 1927, la *Convention radiotélégraphique internationale*. L'affaire a été portée devant les tribunaux lorsque le Québec a contesté la compétence du gouvernement fédéral. En fin de compte, le Conseil privé a décidé que le pouvoir de légiférer en matière de radiodiffusion était de la compétence exclusive du gouvernement fédéral, d'une part à cause du caractère international de la réglementation sur la radiodiffusion et, d'autre part, parce

(17) C.P.R. c. *Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122, p. 141.

que l'émetteur et le récepteur forment un système intégral qui suppose une entreprise interprovinciale analogue à la télégraphie⁽¹⁸⁾.

Lorsque les réseaux de câblodistribution sont apparus au cours des années 60 et 70, d'aucuns ont fait valoir que les câblodistributeurs, qui diffusent leurs émissions dans une localité au moyen de câbles coaxiaux, étaient des entreprises locales. À la fin des années 70, la Cour suprême du Canada a toutefois étendu la compétence exclusive du gouvernement fédéral à la réglementation de la câblodistribution du fait que les câblodistributeurs captent leurs signaux au moyen de récepteurs et font ainsi partie intégrante d'un système interprovincial⁽¹⁹⁾.

Bien que le gouvernement fédéral ait l'autorité exclusive sur les réseaux nationaux de diffusion, les gouvernements provinciaux exercent un certain contrôle sur le contenu des émissions. Dans *Québec (P.G.) c. Kellogg's Co. of Canada*⁽²⁰⁾, et plus récemment dans *Irving Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*⁽²¹⁾, la Cour suprême du Canada a maintenu les lois provinciales limitant des formes précises de publicité du fait que ces mesures visaient la protection du consommateur plutôt que la diffusion et les annonceurs plutôt que l'entreprise de diffusion.

Les tribunaux ont été étonnamment peu mêlés, jusqu'à tout récemment, au problème de la compétence législative sur les télécommunications. Cela vient en partie de ce que ni l'un ni l'autre des deux paliers de gouvernement n'a intérêt à changer le statu quo qui, bien qu'incohérent en théorie, a bien fonctionné en pratique.

Bell Canada, qui dessert l'Ontario et le Québec et se trouve en tant qu'entreprise interprovinciale, réglementée par le gouvernement fédéral, a toujours été de loin la plus grande compagnie de téléphone au Canada. À l'exception de la Colombie-Britannique, les réseaux téléphoniques provinciaux étaient réglementés par la province et des sociétés d'État exploitaient les réseaux téléphoniques des trois provinces des Prairies.

Comme les services téléphoniques étaient un service d'utilité publique ou un monopole de l'État, l'interfinancement formait un élément majeur des modalités tarifaires et la

(18) *In Re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304

(19) *Capital Cities Communications c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Public Service Board c. Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191

(20) [1978] 2 R.C.S. 211.

(21) [1989] 1 R.C.S. 929

politique gouvernementale variait d'une province à l'autre. Les grandes compagnies de téléphone, y compris Bell Canada, exploitaient toutefois une entreprise conjointe appelée Telecom Canada (anciennement le Groupe de services de communications informatiques ou le GCI). Même si Telecom Canada n'était pas réglementée, l'organisme de réglementation fédéral (le CRTC) jouait un rôle crucial dans la politique d'interfinancement par la réglementation qu'il imposait au principal associé, Bell Canada.

Les tarifs interurbains, par exemple, servaient souvent à subventionner les tarifs locaux, ce dont Telecom Canada tenait compte dans ses ententes tarifaires. Si toutefois le CRTC refusait d'approuver les tarifs interurbains de Bell Canada du fait que ceux-ci étaient trop élevés par rapport aux tarifs locaux, les autres partenaires provinciaux du réseau national ne pouvaient plus compter sur les recettes attendues des appels interurbains pour compenser le manque à gagner au niveau des services locaux⁽²²⁾. Si frustrante qu'elles aient trouvé l'entente, les autres provinces étaient peu enclines à porter l'affaire devant les tribunaux car, considérant que tous les réseaux provinciaux formaient un réseau téléphonique national intégré, ceux-ci risquaient d'en attribuer la compétence exclusive au gouvernement fédéral.

Au début de la dernière décennie, l'expansion rapide des services de télécommunication ayant intensifié les revendications d'une formule plus compétitive, la question de compétence a pris de l'importance. Télécommunications CNCP (devenue Unitel depuis) a déposé devant le CRTC une demande d'interconnexion avec les divers réseaux téléphoniques, y compris l'Alberta Government Telephone (AGT). L'AGT est allée devant les tribunaux, où elle a fait valoir que le CRTC n'était pas compétent en la matière puis que le réseau téléphonique provincial était une entreprise locale et qu'AGT était une société d'État provinciale.

La Cour suprême du Canada a décidé, en 1989, que le réseau national de télécommunication formait un réseau intégré de compétence fédérale exclusive. Le

(22) « L'une des mesures de l'importance de ces subventions se trouve dans les chiffres publiés en 1982 par Bell Canada et qui révèlent que 1,2 milliard de dollars de communications interurbaines non soumises à la concurrence avaient été utilisés pour financer les services locaux ». Nis Moller, « Étude sur les communications : Points de vue constitutionnel », Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, 12 mars 1991, p. 34.

gouvernement fédéral a voulu mettre en oeuvre cette décision en déposant le projet de loi C-41 qui est restée en plan au *Feuilleton* lors de la dissolution du Parlement au printemps de 1990⁽²³⁾.

Les communications ont fait l'objet de bien des négociations fédérales-provinciales et des propositions sur la compétence législative depuis vingt ans. Les parties ont été bien près de s'entendre à l'occasion.

Dans son rapport de 1979 intitulé *Se retrouver*, la Commission de l'unité canadienne Pépin-Robarts a résumé ainsi le problème de la politique des communications :

Dans le domaine des communications, le heurt se produit entre, d'une part, la vision qu'a le gouvernement central d'un système de communication qui serait intégré et servirait d'instrument puissant de promotion de l'identité canadienne et, d'autre part, l'insistance des provinces, particulièrement du Québec, sur le fait que l'impact des communications est tellement envahissant qu'un contrôle provincial s'impose dans ce domaine si les provinces veulent préserver leurs caractères distinctifs⁽²⁴⁾.

Il semble donc clair que, de manière générale, pour être acceptable à la majorité des gouvernements canadiens, une solution au problème des communications devrait comporter un certain niveau 1) de compétence, 2) de délégation réciproque des pouvoirs législatifs ou 3) des mécanismes intergouvernementaux.

La seconde option, la délégation réciproque du pouvoir législatif entre deux paliers de gouvernement, n'est pas permise par la constitution actuelle, mais tant la Commission Pépin-Robarts que, plus récemment, le rapport du Comité mixte spécial sur le processus de modification de la constitution du Canada ont proposé une modification constitutionnelle en ce sens. Le gouvernement fédéral pourrait ainsi déléguer aux provinces, ou à des provinces données, divers pouvoirs législatifs sur les communications. Il serait vraisemblablement possible de retirer ou d'étendre cette situation.

(23) James R., Robertson, *Projet de loi C-41, Loi modifiant la Loi sur les chemins de fer (Télécommunications)*, Résumé législatif, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement, 3 octobre 1989.

(24) Canada, Commission de l'unité nationale, *Se retrouver*, Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services, 1979, p. 97.

De manière générale, lorsqu'on discute de la troisième éventualité, les mécanismes intergouvernementaux, il est question d'organismes de réglementation dont les membres seraient nommés conjointement. Ce serait peut-être acceptable pour les gouvernements provinciaux, mais il est difficile de voir comment cela permettrait d'établir une politique nationale cohérente.

Le problème vient fondamentalement de la convergence croissante entre la diffusion, notamment la câblodistribution, et les télécommunications. Chacun convient de manière générale qu'un réseau efficient et efficace de télécommunications est essentiel pour que le pays soit compétitif :

Étant donné que les télécommunications sont perçues comme un élément de plus en plus important de la compétitivité du pays et du succès des entreprises, il faut, tout en assurant la meilleure qualité possible, en maintenir le coût aussi bas que possible. Les télécommunications sont aussi importantes que les chemins de fer l'étaient, sinon plus. Elles ouvrent grandes les portes de l'avenir⁽²⁵⁾.

En dehors du réseau général des télécommunications qui est jugé essentiel pour l'économie nationale, et régi d'une manière qui en tient compte, certains éléments des télécommunications, comme les réseaux d'éducation provinciaux, peuvent être examinés séparément. Les progrès techniques constants rendent toutefois de plus en plus difficile de discerner des aspects du système national des communications qui ne sont pas intégrés, sur le plan fonctionnel, au réseau global.

(25) Edwards Trapunski, « Federal Regulator Casts a Wide Net », *Globe and Mail*, 10 septembre 1991, p. C2, citant le directeur exécutif des télécommunications au CRTC, M. Guido Henter (traduction).