

**DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS EN
DROIT DE L'ENVIRONNEMENT**

**Le fédéral et l'environnement : D'interventions
spécifiques à actions globales.**

Le 9 décembre 2022

ME ROBERT DAIGNEAULT

ME THIBAUD DAOUST



TABLE DES MATIÈRES

Table des matières

PRÉSENTATION	1
1. INTRODUCTION	1
2. DÉTERMINATION DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS ET INTERVENTIONS FÉDÉRALES	1
2.1 La validité	2
2.1.1 <i>Le caractère véritable</i>	2
2.1.2 <i>La règle des effets accessoires</i>	3
2.1.3 <i>La doctrine des pouvoirs accessoires</i>	4
2.1.4 <i>Le double aspect</i>	6
2.2 L'applicabilité	7
2.2.1 <i>La doctrine de l'exclusivité des compétences</i>	7
2.3 L'opérabilité	10
2.3.1 <i>La doctrine de la prépondérance fédérale</i>	10
2.4 Sommaire	12
3. ENCADREMENT DE L'ENVIRONNEMENT PAR LES COMPÉTENCES FÉDÉRALES	12
3.1 Les compétences fédérales explicites	13
3.1.1 <i>Le droit criminel</i>	15
3.2 Les compétences fédérales générales et résiduares	19
3.2.1 <i>Le pouvoir résiduaire</i>	19
3.2.2 <i>Le pouvoir d'urgence</i>	20
3.2.3 <i>La doctrine de l'intérêt national (ou des dimensions nationales)</i>	20
3.2.4 <i>Le pouvoir déclaratoire</i>	28
4. ANALYSE DES INTERVENTIONS FÉDÉRALES SOUS L'ANGLE CONSTITUTIONNEL	28
4.1 La Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre 35	35
4.1.1 <i>Le renvoi</i>	38
4.1.2 <i>La qualification</i>	38
4.1.3 <i>Commentaire</i>	42
4.2 Les espèces en péril et la compétence en matière de droit criminel	43
4.2.1 <i>Le Décret d'urgence</i>	44
4.2.2 <i>La Loi sur les espèces en péril</i>	45
4.2.3 <i>Le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) de la LEP</i>	46
4.2.4 <i>La question de la compétence en matière criminelle</i>	49
4.2.5 <i>Discussion</i>	51

4.2.6	<i>Une démarche s'apparentant au zonage</i>	51
5.	CONCLUSION	55

PRÉSENTATION

L'environnement n'est pas un sujet nommément prévu dans la Constitution quant au partage des compétences législatives entre les paliers fédéral et provincial. L'État fédéral avait néanmoins, historiquement, limité ses interventions en matière d'environnement à des sujets spécifiques liés à ses compétences explicites (par exemple, les pêches et les mouvements transfrontaliers). Dans les récentes années, il semble vouloir prendre de plus en plus de place dans le domaine environnemental, que ce soit à travers, par exemple, son régime sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre ou ses interventions concernant les espèces en péril. Le présent texte posera un regard critique sur la théorie des dimensions nationales et sur les compétences en matière de « paix, ordre et bon gouvernement » et de droit criminel, sur lesquelles l'État fédéral nous semble chercher de plus en plus à s'appuyer pour justifier ses interventions.

1. INTRODUCTION

L'environnement n'est pas un sujet nommément prévu dans la Constitution quant au partage des compétences législatives entre les paliers fédéral et provincial. L'État fédéral avait néanmoins, historiquement, limité ses interventions en matière d'environnement à des sujets spécifiques liés à ses compétences explicites (par exemple, les pêches et les mouvements transfrontaliers). Dans les récentes années, il semble vouloir prendre de plus en plus de place dans le domaine environnemental, que ce soit à travers, par exemple, son régime sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre ou ses interventions concernant les espèces en péril.

Le présent texte posera un regard critique sur la théorie des dimensions nationales et sur les compétences en matière de « paix, ordre et bon gouvernement » et de droit criminel, sur lesquelles l'État fédéral nous semble chercher de plus en plus à s'appuyer pour justifier ses interventions dans le domaine de l'environnement.

En premier lieu, nous ferons un rappel rapide sur les principes par lesquels les tribunaux peuvent déterminer la constitutionnalité des normes, en lien avec la question du partage des compétences. Puis, les compétences fédérales explicites et générales qui peuvent justifier des interventions sur le domaine de l'environnement seront examinées. Finalement, seront analysés deux interventions spécifiques du palier fédéral et leurs effets sur le partage de compétences, soit l'adoption du régime de tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre et les interventions concernant les espèces en péril.

2. DÉTERMINATION DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS ET INTERVENTIONS FÉDÉRALES

Tout d'abord, il y a lieu de faire un rappel quant aux tests, critères et doctrines développés dans la jurisprudence qui permettent de déterminer si les règles de droit et interventions

des législatures provinciales et fédérales cadrent avec la séparation des pouvoirs prévus aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹.

Cette détermination se fait en trois étapes successives où sont analysées la validité, l'applicabilité et l'opérabilité de la norme étudiée et qui peuvent mener à une déclaration d'inconstitutionnalité de la norme entière ou seulement à l'égard de certaines activités ou même certaines personnes.

2.1 La validité

La première étape dans cette analyse est de déterminer si la norme qui est analysée est constitutionnellement valide. Pour ce faire, il faut dans un premier temps déterminer le caractère véritable de la norme, soit son objectif, en analysant des éléments intrinsèques et extrinsèques à celle-ci². On peut ensuite confirmer si ce caractère véritable cadre avec les compétences qui lui sont accordées dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Si ce n'est pas le cas, la norme sera considérée invalide et *ultra vires* des compétences constitutionnelles accordées.

2.1.1 Le caractère véritable

Pour circonscrire le caractère véritable d'une norme, il faut trouver son objectif et sa caractéristique dominante en examinant d'abord des éléments intrinsèques à cette loi, soit son titre, son préambule, ses sections et son contenu. Des sources extrinsèques, telles que des rapports de commission parlementaire, des débats en assemblée et des rapports de commissions d'enquête, seront ensuite examinées³. Les effets pratiques et juridiques de la norme peuvent également être analysés, s'il est possible de les circonscrire au moment de l'analyse.

Lorsque le caractère véritable d'une norme est identifié, on peut alors déterminer s'il relève des compétences de l'ordre qui l'a créé.

Par exemple, dans l'arrêt *Canadian Owners and Pilots Association*⁴, la Cour suprême conclut que l'article 26 de la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*⁵, interdisant les activités non agricoles en zone agricole sans l'obtention d'une autorisation de la Commission de protection du territoire agricole du Québec, avait comme caractère véritable l'aménagement du territoire et l'agriculture. Cette matière relève des compétences provinciales sur la propriété et droits civils, l'agriculture et les matières de nature purement locale ou privée.

¹ 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

² *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, par. 27.

³ *Revois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 51.

⁴ *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39.

⁵ RLRQ, c. P-41.1.

Autre exemple, dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*⁶, la Cour suprême a conclu que le caractère véritable de l'*Insurance Act*⁷ de l'Alberta, qui réglementait les produits d'assurance, avait trait à la propriété et aux droits civils, un champ de compétence provinciale.

2.1.2 La règle des effets accessoires

Après avoir identifié le caractère véritable d'une norme et conclu que celui-ci cadrerait avec les compétences de l'ordre qui l'a créé, il se peut tout de même que la norme ait un effet indu sur un chef de compétence de l'autre ordre législatif. Cela ne veut toutefois pas nécessairement dire que cette norme est invalide, conformément à la règle des effets accessoires.

La règle des effets accessoires, règle développée par la Cour suprême, permet de sauvegarder la validité d'une norme relevant d'un ordre de législature qui aurait des effets sur un titre de compétence qui ne lui est pas attribué, si ces effets ne sont qu'accessoires à la norme qui est elle-même valide⁸. Dans ces cas, la jurisprudence considère qu'il n'y a pas réel empiètement d'un ordre législatif sur un autre, ce qui permet de maintenir la validité constitutionnelle de la norme étudiée.

Par exemple, dans l'arrêt *Procureur général (Québec) c. Kellogg's Co. of Canada*⁹, la majorité de la Cour suprême a reconnu qu'une loi constitutionnellement valide pouvait avoir des effets accessoires sur les compétences de l'autre ordre de gouvernement :

L'objet du règlement adopté en vertu de la *Loi de la protection du consommateur* est clair: la protection des enfants du Québec contre les effets préjudiciables de certaines annonces publicitaires qui y sont interdites. Plusieurs arrêts ont établi qu'une province peut adopter une loi imposant des restrictions sur la publicité et la question est de savoir si les restrictions édictées par ce règlement s'appliqueront au fabricant qui annonce ses produits à la télévision. Il n'y a pas de doute, et cette Cour vient encore de le reconnaître, que le pouvoir législatif en matière de réglementation et de contrôle des entreprises de radiodiffusion se livrant à la transmission et à la réception de signaux de radio et de télévision est de compétence fédérale. Toutefois, ce pouvoir n'est pas en cause ici, car il s'agit du pouvoir de la législature provinciale de réglementer et de contrôler la conduite d'une entreprise commerciale en ce qui a trait à ses activités commerciales à l'intérieur de la province. En l'espèce les injonctions ont été prises non pas contre les entreprises de télévision, mais contre les Kellogg qui ne sont pas des entreprises relevant des al. a) ou c) du par. 92(10) de l'[Acte de l'Amérique du Nord Britannique]. Les Kellogg ne sauraient être dispensées de l'application des restrictions imposées aux pratiques publicitaires parce qu'elles choisissent un support publicitaire soumis au contrôle fédéral. Lorsque l'objet et le but d'un

⁶ *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22.

⁷ RSA 2000, c. I-3.

⁸ *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22; *Procureur général (Québec) c. Kellogg's Co. of Canada et autre*, [1978] 2 RCS 211.

⁹ [1978] 2 R.C.S. 211.

règlement sont de la compétence provinciale, le règlement reste valide même si, indirectement, il peut toucher à des personnes relevant d'un pouvoir fédéral.

Quant à la prétention que la réglementation empiéterait sur la compétence législative du Parlement en matière de commerce interprovincial, cette prétention ne peut être retenue puisque le paragraphe du règlement contesté n'a certainement pas pour objet la réglementation du commerce interprovincial des émissions de télévision et il ne le fait pas. Cette réglementation ne peut porter atteinte à ce commerce qu'indirectement et cette Cour a déjà reconnu que cela n'a pas pour effet d'invalider une loi provinciale.

2.1.3 *La doctrine des pouvoirs accessoires*

La doctrine des pouvoirs accessoires peut intervenir dans le cas où une ou quelques dispositions d'une norme sont examinées quant à leur validité.

Dans le cas d'une disposition dont le caractère véritable respecte le partage des compétences constitutionnelles, mais qui se situe dans une loi dont le caractère véritable pose problème, il faudra se demander si la disposition peut être maintenue seule. Si elle ne peut l'être, la disposition sera déclarée invalide, comme la loi d'où elle origine.

Dans le cas d'une disposition dont le caractère véritable ne respecte pas le partage des compétences constitutionnelles, mais qui se situe dans une loi dont le caractère véritable est valide, il faudra analyser le lien entre la loi et la disposition pour déterminer si le tout crée un ensemble de normes cohérent¹⁰.

Le lien requis entre la disposition et la loi est circonscrit dans la jurisprudence¹¹. Si l'empiètement dans l'autre champ de compétence est considéré comme grave, il faudra établir un lien de nécessité entre la loi et la disposition attaquée pour qu'elle puisse être maintenue. Si l'empiètement est plutôt minime, il faudra établir un lien de fonctionnalité entre la loi et la disposition attaquée, soit un lien qui facilite l'exercice de la compétence de l'ordre de gouvernement.

Ainsi, dans l'analyse d'une disposition dont le caractère véritable relève d'un titre de compétence de l'autre ordre de gouvernement et qui empiète sur cette compétence, la doctrine des pouvoirs accessoires pourra permettre de préserver la validité de la disposition en raison du lien rationnel ou fonctionnel qui existe entre cette disposition et les objectifs de la loi dans laquelle elle se trouve¹².

En résumé, dans le cadre de l'analyse de la doctrine des pouvoirs accessoires, il faut analyser différents aspects, dans cet ordre : le caractère véritable de la disposition en

¹⁰ *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC, 61, par. 128-132.

¹¹ *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC, 61; voir aussi *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38.

¹² *Chalets St-Adolphe inc. c. St-Adolphe d'Howard (Municipalité de)*, 2011 QCCA 1491, par. 44-45; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38.

question, le caractère véritable de la loi ou la norme d'où provient la disposition, la gravité de l'empiètement sur le champ de compétence de l'autre ordre législatif, le type de lien entre la disposition et la loi et la présence du lien.

Par exemple, la Cour suprême a considéré qu'un règlement municipal ne pouvait être validé par la doctrine des pouvoirs accessoires, puisque l'interdiction qu'il créait sur les activités aéronautiques n'avait pas de lien rationnel ou fonctionnel avec le règlement de zonage duquel il découlait :

Si le préambule du règlement no 260 énonce qu'il a pour objet d'assurer un équilibre entre les activités de villégiature et les utilisations plus commerciales des terres, il ressort de la preuve que le véritable objet du règlement n'a aucun lien avec le zonage et ne se rattache à aucun chef de compétence provinciale. Il vise plutôt essentiellement à réglementer l'emplacement des hydroaérodromes dans la municipalité, une matière qui relève de la compétence fédérale exclusive sur l'aéronautique. Puisque le règlement no 260 concerne, de par son caractère véritable, la réglementation de l'aéronautique, il excède la compétence provinciale.

Le règlement no 260 n'est pas sauvegardé par la doctrine des pouvoirs accessoires. Suivant cette doctrine, une disposition qui, de par son caractère véritable, excède la compétence de l'organisme qui l'adopte sera sauvegardée si elle constitue un élément important d'un régime législatif plus vaste qui relève de la compétence de l'organisme qui l'adopte. Le degré d'intégration requis croît en fonction de la gravité de l'empiètement. Si la législation contestée n'empiète que légèrement sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement, l'existence d'un lien rationnel et fonctionnel doit être démontrée. Plus le degré d'empiètement est important, plus il s'impose de procéder à une appréciation du niveau d'intégration requis en fonction du critère de la nécessité. Le règlement no 260 ne constitue pas un empiètement grave dans la sphère de compétence fédérale et le critère du lien rationnel et fonctionnel est applicable. Pour qu'il soit satisfait à ce critère, une mesure législative à première vue invalide doit compléter le régime législatif et non simplement y suppléer. De par son lien rationnel et fonctionnel, la mesure doit favoriser la réalisation des objectifs du régime législatif valide dans lequel elle s'inscrit. Même si le règlement no 210 est une mesure législative généralement valide relative à l'aménagement du territoire, l'interdiction générale des aérodromes dans la zone 33-RF qu'introduit le règlement no 260 n'a pas de lien rationnel et fonctionnel avec le règlement no 210. Un examen attentif des objets et des effets du règlement no 260 révèle que celui-ci ne favorise pas la réalisation des objectifs de la réglementation sur le zonage en général ou du règlement no 210 en particulier. Le règlement no 260 a été adopté afin de préserver l'atmosphère de villégiature du lac Gobeil et des zones semblables. Or, ce règlement ne se borne pas à interdire les aérodromes dans les zones de villégiature. Il interdit plutôt les aérodromes dans l'ensemble de la municipalité, ce qui touche diverses utilisations du territoire. L'absence de lien entre le règlement no 260 et les objectifs généraux de zonage du règlement no 210 est confirmée par l'absence de lien entre la nature des zones visées et l'interdiction des aérodromes. Le règlement no 260 vise à réglementer l'emplacement des aérodromes sans tenir compte du régime sous-jacent en matière d'aménagement du territoire. Il ne s'agit pas d'une mesure législative de zonage, mais plutôt d'une

interdiction autonome. Ce règlement traite des parcelles semblables de manière différente, et des parcelles différentes de manière semblable, contrevenant ainsi au principe premier de la législation sur le zonage.

2.1.4 Le double aspect

La doctrine du double aspect énonce que certaines situations de fait peuvent être appréhendées à partir d'une perspective normative différente quand ces sujets peuvent se rattacher autant à une compétence fédérale que provinciale¹³. Cela peut arriver particulièrement pour des sujets qui n'ont pas été précisément mentionnés dans la *Loi constitutionnelle de 1867* ou s'il n'y a pas de caractéristique dominante qui permet de savoir si on est en contexte de compétence fédérale ou provinciale¹⁴.

Toutefois, la jurisprudence a reconnu certaines limites à cette théorie, qui ne pourrait pas s'appliquer à certains domaines de compétence particulier, tel que la navigation :

[44] De plus, même s'il fallait considérer qu'il s'agit là d'un double aspect, la jurisprudence canadienne et québécoise n'a pas reconnu cette théorie en matière de navigation, sans doute parce que ce domaine se prête mal à l'application de ce concept. La nécessité d'une uniformité de réglementation – ne serait-ce que pour des fins de sécurité et d'efficacité – semble à la base de ce refus.¹⁵

Par exemple, la Cour suprême a considéré, dans l'arrêt *Rio Hotel Ltd.*¹⁶, que les dispositions d'une loi provinciale portant sur la réglementation des alcools qui spécifiait le degré de nudité acceptable lors de spectacles de danseuses tombaient dans un cas de double aspect, touchant autant au droit criminel de compétence fédérale qu'à la propriété et aux droits civils de compétence provinciale :

La loi provinciale en cause relève de la compétence de la province. Cette mesure législative, qui vise à réglementer les formes de divertissements dont les propriétaires d'établissements titulaires d'une licence peuvent se servir comme instruments de commercialisation pour les ventes d'alcool, se rapporte à première vue à la propriété et aux droits civils dans la province et à des matières d'une nature purement locale. Il n'y a pas de conflit direct entre la condition de licence interdisant les spectacles de nudité et les différentes dispositions du *Code*, malgré l'existence d'un certain chevauchement. Le principe du double aspect s'applique. Le manquement aux conditions imposées par la province pour obtenir une licence autorisant la vente d'alcool pouvait entraîner la suspension ou l'annulation de cette licence, mais il ne comportait aucune conséquence pénale ni pour l'artiste qui exécute le spectacle de nudité ni pour le titulaire de la licence. Par contre, les dispositions pertinentes du *Code criminel* ont principalement pour objet de punir les artistes et les propriétaires qui n'observent pas les interdictions concernant la nudité en public. On ne peut pas affirmer que les caractéristiques fédérales de cette matière soient sensiblement plus importantes que ses caractéristiques provinciales. Le régime

¹³ *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161.

¹⁴ *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59.

¹⁵ *McLeod c. Ville de Saint-Sauveur*, 2005 CanLII 57189 (QC CS).

¹⁶ *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59.

provincial de réglementation de la vente de boissons alcooliques dans la province peut, sans difficulté, s'appliquer concurremment avec les dispositions du *Code criminel* fédéral.

Si une norme est considérée invalide, l'analyse constitutionnelle peut cesser. Si toutefois, la norme étudiée est considérée valide, l'analyse doit se poursuivre sous la loupe de l'applicabilité de cette norme.

2.2 L'applicabilité

Une fois que la norme étudiée est considérée valide, il faut donc se poser la question si la norme est bien applicable.

2.2.1 La doctrine de l'exclusivité des compétences

La doctrine de l'exclusivité des compétences permet de limiter l'effet que des normes de droit valides peuvent avoir sur des activités, des personnes ou des choses qui relèvent de la compétence de l'autre ordre législatif. Cette doctrine a donc pour but d'empêcher que ces normes valides aient des effets importants sur le cœur de la compétence de l'autre ordre législatif. Ainsi, certains des effets de la norme valide peuvent être déclarés inapplicables tout en préservant la validité du reste de la norme.

Avec cette doctrine, on atténue les effets de la norme qui est pourtant valide. Certains de ses effets seront inapplicables afin de préserver la validité du reste de la norme. À noter que pour l'application de cette doctrine, il n'est pas nécessaire d'être en présence de deux normes concurrentes.

La Cour d'appel résume le principe de la doctrine de l'exclusivité des compétences ainsi, dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. IMTT-Québec inc.*¹⁷ :

[90] La doctrine de l'exclusivité des compétences a pour effet d'empêcher que des lois adoptées par un ordre de gouvernement — en l'occurrence le gouvernement du Québec — empiètent indûment sur le « contenu essentiel » de la compétence exclusive réservée à un autre ordre de gouvernement — ici le gouvernement du Canada. Lorsqu'elle s'applique, cette doctrine a pour effet de rendre les lois valides d'un ordre de gouvernement inapplicables à des ouvrages, entreprises, choses, personnes ou activités relevant de la compétence exclusive de l'autre ordre de gouvernement.

Cette doctrine se fonde ainsi sur la notion d'exclusivité des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qui protège un « contenu minimum élémentaire et irréductible »¹⁸ des sujets prévus à ces articles. Selon les plus récents arrêts de la Cour

¹⁷ 2019 QCCA 1598. La demande d'autorisation d'appel en Cour suprême a été rejetée le 16 avril 2020.

¹⁸ *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, par. 33-34.

suprême, cette doctrine ne s'appliquerait, en règle générale, qu'aux situations déjà traitées dans la jurisprudence¹⁹.

Afin que cette doctrine soit applicable, il faut déterminer si la législation provinciale vient créer une entrave au « contenu essentiel » du sujet de compétence fédérale, et vice-versa. Cet élément essentiel constitue le cœur de la compétence²⁰.

Mais à quel moment une norme devient inapplicable? La norme à ce sujet a évolué avec le temps. Antérieurement, le simple fait que la norme « touche » à un élément essentiel de l'activité d'une entreprise exerçant ses activités sous les compétences de l'autre ordre de gouvernement menait à une déclaration d'inapplicabilité²¹. La norme actuellement utilisée par la Cour suprême est moins drastique : il faut que la norme ait un effet entravant sur un élément essentiel d'une activité de l'autre ordre législatif²². La notion d'entrave suppose qu'une législation provinciale peut « toucher » ce sujet sans être inapplicable, mais ne nécessite pas non plus que la compétence affectée soit stérilisée ou paralysée : l'entrave se situe entre ces deux extrêmes. L'entrave suppose des conséquences fâcheuses sur l'activité affectée²³.

Cette doctrine a été spécifiquement appliquée au statut spécial des autochtones, à des activités de compétence fédérale et aux entreprises de même compétence. Par exemple, elle a été appliquée pour limiter les effets de normes provinciales sur les banques, l'aéronautique et le service postal public.

Pour illustrer cette doctrine, nous utiliserons l'exemple de l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*²⁴, où une loi provinciale touchant les produits d'assurance a été jugée applicable aux banques, bien que ces dernières exercent leurs activités dans un domaine de compétence fédérale. En somme, la Cour suprême conclut que la norme provinciale n'avait pas pour effet d'entraver un élément essentiel des activités bancaires :

L'*Insurance Act* et ses règlements d'application s'appliquent à la promotion d'assurance par les banques. Le fait que le Parlement permette aux banques d'avoir accès à un secteur d'activités régi par le droit provincial comme les assurances ne peut, par le jeu d'une loi fédérale, élargir unilatéralement la portée d'une compétence législative fédérale exclusive accordée par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Lorsqu'elles font de la promotion d'assurance, les banques se livrent au commerce de l'assurance et ce n'est qu'accessoirement

¹⁹ *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838, p. 853; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, par. 77-78; *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, par. 63; *Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville de)*, 2016 CSC 23, par. 61-64; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, par. 49-50.

²⁰ Arrêt *Bell Canada Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749.

²¹ *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749.

²² *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22.

²³ *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39.

²⁴ *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22.

qu'elles améliorent la sécurité de leurs portefeuilles de prêts. Il faut donc rejeter la demande des banques fondée sur l'exclusivité des compétences et celles-ci doivent se conformer tant aux lois fédérales qu'aux lois provinciales puisque la doctrine de la prépondérance ne joue pas en l'espèce.

La doctrine de l'exclusivité des compétences reconnaît que notre Constitution repose sur les pouvoirs exclusifs, et non parallèles, répartis entre les deux ordres de gouvernement, encore que notre réalité constitutionnelle suscite inévitablement une interaction de ces pouvoirs. Cette doctrine n'a qu'une application restreinte dans des limites qui lui sont propres. Une application extensive de la doctrine serait contraire au fédéralisme souple que visent à promouvoir les doctrines constitutionnelles du caractère véritable, du double aspect et de la prépondérance fédérale. Ces doctrines se sont révélées les plus conformes aux conceptions modernes du fédéralisme canadien, qui reconnaissent les inévitables chevauchements de compétences. L'exclusivité des compétences devrait, en général, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence. Concrètement, cela signifie qu'elle ne sera principalement destinée qu'aux chefs de compétence qui concernent les choses, personnes ou entreprises fédérales, ou encore qu'aux cas où son application a déjà été jugée absolument nécessaire pour permettre au Parlement ou à une législature provinciale de réaliser l'objectif pour lequel la compétence législative exclusive a été attribuée, selon ce qui ressort du partage constitutionnel des compétences dans son ensemble, ou qu'à ce qui est absolument nécessaire pour permettre à une entreprise d'accomplir son mandat dans ce qui constitue justement sa spécificité fédérale (ou provinciale). Si en théorie l'examen de l'exclusivité des compétences peut être entrepris une fois achevée l'analyse du caractère véritable, en pratique, l'absence de décisions antérieures préconisant son application à l'objet du litige justifiera en général le tribunal de passer directement à l'examen de la prépondérance fédérale.

Même dans les cas où la doctrine de l'exclusivité des compétences peut être utilisée, il faut examiner la mesure de l'empiétement sur le contenu essentiel de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. Pour faire intervenir l'application de l'exclusivité, il ne suffit pas que la législation provinciale touche simplement la spécificité fédérale d'un sujet ou d'un objet fédéral. La différence entre la notion de « toucher » et celle d'« entraver » réside dans le fait que la première ne suppose pas de conséquences fâcheuses, contrairement à la seconde. En l'absence d'une entrave, la doctrine de l'exclusivité des compétences ne s'applique pas. C'est lorsque l'effet préjudiciable d'une loi adoptée par un ordre de gouvernement s'intensifie en passant de toucher à entraver que le contenu essentiel de la compétence de l'autre ordre de gouvernement, ou l'élément vital ou essentiel d'une entreprise établie par lui, est menacé, et pas avant.

En l'espèce, le caractère véritable de l'*Insurance Act* de l'Alberta a trait à la propriété et aux droits civils dans la province en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et cette loi est une loi provinciale valide. Le simple fait que les banques se livrent maintenant à la promotion d'assurance ne modifie en rien la nature essentielle de l'activité d'assurance, qui demeure une matière relevant généralement de la compétence provinciale.

Lorsqu'une norme est déclarée valide et applicable, il reste tout de même une dernière analyse à effectuer, soit celle de l'opérabilité.

2.3 L'opérabilité

L'analyse de l'opérabilité arrive en dernier lieu, lorsqu'une norme a été considérée valide et applicable. Évidemment, une norme qui aurait été considérée invalide ou inapplicable n'aurait pas à procéder à l'analyse de l'opérabilité.

2.3.1 La doctrine de la prépondérance fédérale

La doctrine de la prépondérance fédérale s'applique en présence de deux normes valides, par exemple, dans le cas où la théorie du double aspect ou de la doctrine des pouvoirs accessoires trouve application et dans le cas des compétences concurrentes innommées ou diffuses, telle que l'environnement.

Cette doctrine s'applique quand une norme fédérale et une norme provinciale sont toutes deux valides, qu'elles portent sur le même sujet et qu'elles entrent en conflit. Dans un tel cas, il y aura prépondérance de la norme fédérale et inopérabilité de la norme provinciale. Dans la mesure du conflit et tant que dure ce conflit, les effets de la norme provinciale seront suspendus. Tous les effets qui n'entrent pas en conflit ne sont pas suspendus et ceux qui sont suspendus le sont évidemment que temporairement (jusqu'à temps qu'il n'y ait plus de conflit).

Dans une décision de 2020, la Cour supérieure résume les situations où un conflit opérationnel peut être constaté entre les normes provinciales et fédérales :

[65] Selon les enseignements de la Cour suprême, appliqués au cas d'un règlement municipal, il y aura conflit entre le règlement et la législation soit fédérale soit provinciale dans l'une ou l'autre des deux situations suivantes, qui constituent les deux volets de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance : (1) il existe un conflit d'application parce qu'il est impossible de respecter à la fois le règlement municipal et la législation applicable; ou (2) bien qu'il soit possible de respecter les deux, l'application du règlement entrave la réalisation de l'objet de la loi.

[66] Si effectivement l'application d'un règlement municipal a pour effet de rendre impossible le respect de la loi, fédérale ou provinciale, ou s'il est techniquement possible de respecter les deux, mais que l'application du règlement municipal a quand même pour effet d'entraver la réalisation de l'objectif poursuivi par le législateur, et qu'il y a donc conflit, celui-ci rend inopérant le règlement municipal, mais seulement dans la mesure du conflit avec la loi fédérale ou provinciale. Le

règlement municipal demeure donc valide, mais il recevra une interprétation atténuée de manière à ne pas entrer en conflit avec la loi applicable.²⁵

Ainsi, la doctrine de la prépondérance fédérale ne sera appliquée, dans ces cas, que s'il y a un conflit opérationnel entre les deux normes valides, donc l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre, ou bien s'il y a entrave à la réalisation de l'objet fédéral.

[248] Il s'agit donc de décider si les deux lois peuvent agir concurremment et si les citoyens peuvent les respecter sans violer l'une ou l'autre. Un conflit explicite entre les deux lois n'est cependant pas requis, mais plutôt un conflit véritable résultant de l'impossibilité pour la loi fédérale et la loi provinciale de s'appliquer simultanément.

[249] S'il n'y a aucun conflit d'application selon le premier volet de l'analyse, il faut alors considérer le second volet qui cherche à déterminer si l'application de la loi provinciale est compatible avec l'objet de la loi fédérale à l'égard de laquelle le conflit est invoqué. Autrement dit, l'effet de la loi provinciale peut empêcher la réalisation de l'objet de la loi fédérale sans toutefois entraîner une violation directe de ses dispositions.

[250] Il importe de souligner que les dispositions d'une législation provinciale qui ne font que répéter celles d'une législation fédérale n'entrent généralement pas en conflit. De même, il n'y a généralement pas de conflit lorsque la loi provinciale est plus restrictive que la loi fédérale, à moins que la loi fédérale ne confère un droit positif, à titre d'exemple un droit particulier comme créancier.²⁶

Par exemple, dans l'arrêt *Law Society of British Columbia*²⁷, la Cour suprême a constaté la présence de deux normes valides. Bien qu'il était possible de respecter les deux normes, la Cour suprême a conclu que la norme provinciale venait déjouer l'intention de la norme fédérale, ce qui la mettait en conflit avec cette dernière. Elle a donc considéré que cette portion de la norme provinciale était inopérante.

Étant donné que la représentation des étrangers par un conseil ou conseiller devant la CISR comporte un aspect fédéral et un aspect provincial, dans ce domaine, les lois fédérales et les lois provinciales ainsi que leurs textes d'application respectifs coexistent dans la mesure où ils n'entrent pas en conflit. En cas de conflit, la loi fédérale l'emportera conformément à la règle de la prépondérance. Le fait que la matière visée à l'art. 30 et au par. 69(1) comporte un double aspect joue en faveur de l'application de la règle de la prépondérance plutôt que de celle de l'exclusivité des compétences. L'application de la règle de la prépondérance préserve le contrôle du Parlement sur les tribunaux administratifs qu'il crée. En même temps, elle préserve le principe du contrôle unifié de la profession juridique par les divers barreaux au Canada. L'immigration relève en général de la compétence concurrente du fédéral et des provinces. C'est ce qu'établit l'art. 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui prévoit lui-même la

²⁵ 170304 *Canada inc. (Weed Man) c. Municipalité de la Paroisse de Sainte-Anne-des-Lacs*, 2020 QCCS 150; voir également *Procureure Générale du Québec c IMTT-Québec inc.*, 2019 QCCA 1598, par. 248-250

²⁶ *Procureure générale du Québec c. IMTT-Québec inc.*, 2019 QCCA 1598.

²⁷ *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67.

prépondérance fédérale. D'un point de vue général, il n'y a pas de ligne de démarcation claire entre la compétence fédérale et la compétence provinciale en la matière.

En l'espèce, les deux lois en cause entrent en conflit. L'article 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* permettent à des non-avocats de comparaître en qualité de procureurs rétribués alors que la *Legal Profession Act* leur interdit de le faire. Il est impossible de se conformer aux deux lois sans contrecarrer l'objectif du Parlement. La *Loi sur l'immigration* doit donc l'emporter sur la *Legal Profession Act*. En conséquence, la Cour rend une ordonnance déclarant que l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* et ses textes d'application relèvent de la compétence du Parlement, et que l'art. 26 de la *Legal Profession Act* est inopérant en ce qui concerne les non-avocats qui, agissant en vertu de l'art. 30 et du par. 69(1), sont rétribués pour représenter des gens devant la section d'arbitrage ou la section du statut et pour fournir des services à cet égard.²⁸

2.4 Sommaire

En somme, dans la détermination de la constitutionnalité d'une norme eu égard au partage des compétences, trois séquences d'analyse devront être menées :

1. La validité : On analyse si la norme étudiée ressort de la compétence du gouvernement qui l'édicte. Le critère utilisé pour déterminer le tout est celui du caractère véritable de la norme. Pour déterminer la valeur du caractère véritable, il faut également tenir compte de la théorie des effets accessoires et la doctrine des pouvoirs accessoires.
2. L'applicabilité : Lorsque la norme est valide, on peut contester son applicabilité pour une entreprise, une personne ou une chose. Le critère est celui de l'entrave, qui édicte que la norme ne doit pas entraver un élément essentiel au cœur d'une activité qui relève de l'autre ordre de gouvernement.
3. L'opérabilité : Lorsque la norme est valide et applicable, on peut contester son opérabilité. Cela peut donc mener à une suspension des effets d'une norme. Pour ce faire, il faut mettre en preuve qu'il y a un cas de conflit opérationnel entre la norme provinciale et la norme fédérale ou s'il y a un conflit avec l'intention de la norme fédérale.

3. ENCADREMENT DE L'ENVIRONNEMENT PAR LES COMPÉTENCES FÉDÉRALES

²⁸ *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67; voir également *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13.

Dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society*²⁹, le juge La Forest a rappelé que le sujet de l'environnement ou de sa protection n'est pas un champ de compétence spécifique prévu à la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il en résulte que chaque ordre de gouvernement doit rattacher ses interventions en faveur de l'environnement à ses autres champs de compétence³⁰. L'objet du présent texte portant spécialement sur les interventions fédérales, nous survolerons dans les lignes qui suivent les compétences explicites ou générales sur lesquelles peut se fonder le législateur fédéral pour ses interventions portant sur l'environnement.

3.1 Les compétences fédérales explicites

La *Loi constitutionnelle de 1867* décrit, à ses articles 91 et 92, les grands domaines sur lesquels peuvent respectivement légiférer le parlement fédéral et les législatures provinciales. Des nombreuses compétences attribuées à la législature fédérale, nous soulignons les suivantes, pour les fins de notre article :

Autorité législative du parlement du Canada

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir : [...]

1A. La dette et la propriété publiques.

2. La réglementation du trafic et du commerce [...]

9. Les amarques, les bouées, les phares et l'île de Sable.

10. La navigation et les bâtiments ou navires (*shipping*). [...]

12. Les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur. [...]

24. Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens. [...]

27. La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle. [...]

Sujets soumis au contrôle exclusif de la législation provinciale

²⁹ *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

³⁰ *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

92 Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir : [...]

5. L'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent; [...]

10. Les travaux et entreprises d'une nature locale, autres que ceux énumérés dans les catégories suivantes :

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;

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 général du Canada, ou pour l'avantage de deux ou d'un plus grand nombre des provinces; [...]

13. La propriété et les droits civils dans la province; [...]

16. Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

[...]

Obligations naissant des traités

132 Le parlement et le gouvernement du Canada auront 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.

L'ordre législatif fédéral s'est d'abord fondé sur ces champs de compétences explicites, soit la propriété publique, le commerce, la navigation, les navires, les pêcheries, les autochtones, les traités internationaux et les activités interprovinciales et internationales, pour intervenir sur le domaine de l'environnement.

Par exemple, ses interventions en vertu de la *Loi sur les pêches*³¹ et de ses règlements, visant la protection de l'habitat du poisson ou encore le rejet de « substances nocives » peuvent se rattacher à sa compétence sur les pêcheries.

Autre exemple, la compétence fédérale sur le commerce international lui a permis d'instituer des cadres légaux concernant les mouvements transfrontaliers des déchets dangereux et des matières recyclables dangereuses, tels que les déchets contaminés aux BPC³².

³¹ *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), c. F-14.

³² *Règlement sur les mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de matières recyclables dangereuses*, DORS/2021-25.

De même, la compétence fédérale sur les activités interprovinciales et internationales et sa compétence découlant de certains traités internationaux lui ont notamment permis d'instituer un régime de protection des oiseaux migrateurs (voir la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*³³), un régime de gestion du bassin versant du Fleuve Saint-Laurent et des Grands Lacs³⁴ et de s'impliquer dans l'exploration du gisement pétrolier Old Harry.

Nous nous attarderons quelques instants sur la compétence en droit criminel qui semble, depuis 1997, ouvrir la voie à une justification encore plus large aux interventions du législateur fédéral en matière d'environnement.

3.1.1 *Le droit criminel*

La compétence en droit criminel a été invoquée avec succès pour justifier des interventions du palier fédéral sur la publicité entourant l'usage du tabac, la gestion des armes à feu et l'interdiction de certaines pratiques de procréation assistée³⁵. D'autres cas, tel que la réglementation de la circulation routière, ont plutôt été considérés comme ne pouvant être couverts par la compétence fédérale en droit criminel³⁶.

Au fil de ces jugements, quelques critères ont été élaborés pour circonscrire la compétence en matière criminelle et l'intervention du fédéral en cette matière. Il faut que le fédéral légifère pour réprimer un mal (un objet de droit criminel) par une interdiction et que celle-ci soit accompagnée d'une sanction claire. Par contre, il nous faut noter que les critères de répression d'un mal et de l'interdiction ont été progressivement assouplis avec le temps³⁷. Également, des législations de plus en plus de nature réglementaire semblent s'immiscer dans la compétence fédérale de droit criminel³⁸. Nous nous permettons un petit aparté pour souligner un commentaire intéressant émis en 2021 par la juge Côté, dissidente, sur la délégation de pouvoir réglementaire dans la législation :

[242] Les paragraphes 166(2) et 166(4) de même que l'art. 192 confèrent tous au gouverneur en conseil le pouvoir de modifier des portions de la [Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre]. Pour sa part, le par. 168(4) confère le pouvoir d'adopter des règlements d'application incompatibles avec la partie 1 de la *Loi*. Or, les universitaires préviennent depuis

³³ *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, L.C. 1994, c. 22; voir l'Annexe de cette loi pour le texte de la *Convention pour la protection des oiseaux migrateurs aux États-Unis et au Canada*, signée le 16 août 1916.

³⁴ *Loi du traité des eaux limitrophes internationales*, L.R.C. (1985), c. I-17; voir l'Annexe 1 de cette loi pour le texte du *Traité relatif aux eaux limitrophes et aux questions originant le long de la frontière entre le Canada et les États-Unis*, signé le 11 janvier 1909.

³⁵ *RJR-Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61.

³⁶ *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49.

³⁷ *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61.

³⁸ Eugénie Brouillet. (2004). La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. *Les Cahiers de droit*, 45 (1), 7–67.

longtemps que le pouvoir de l'exécutif de modifier ou d'abroger des dispositions législatives primaires soulève de graves préoccupations sur le plan constitutionnel [références omises]. Le temps est venu de reconnaître que les clauses censées conférer à un autre organe que le Parlement le pouvoir de modifier des dispositions législatives contreviennent aux art. 17 et 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les paragraphes 166(2), 166(4), 168(4) et l'article 192 de la *LTPGES* sont donc inconstitutionnels.

[...]

[294] Lorsque le texte clair des art. 17 et 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est lu à la lumière des principes constitutionnels fondamentaux que sont la souveraineté parlementaire, la primauté du droit et la séparation des pouvoirs, je n'ai aucun doute que les dispositions censées conférer à la branche exécutive le pouvoir d'annuler ou de modifier des lois du Parlement sont inconstitutionnelles.³⁹

La compétence en droit criminel a notamment été invoquée par le fédéral pour justifier son régime portant sur les substances toxiques, régime se trouvant à la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*⁴⁰. Les soussignés ont déjà fait les mentions suivantes à ce sujet :

La Cour suprême du Canada a confirmé, dans l'arrêt *R. c. Hydro-Québec*⁴¹ de 1997, que les interdictions concernant les substances toxiques, ayant pour but de contrôler celles pouvant être rejetées dans l'environnement, constituaient un exercice légitime de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Le raisonnement de la Cour suprême s'appuyait notamment sur l'importance qu'a prise la protection de l'environnement dans la société, mais aussi sur le caractère éminemment toxique des quelques substances qui étaient alors inscrites à la liste d'alors de substances toxiques de l'ancienne *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*⁴² (ci-après la « LCPE »). Mais, la Cour suprême précisait également que cette compétence n'était pas illimitée. À l'époque, celle-ci concluait que la section sur les substances toxiques de la LCPE cadrait dans le champ de compétence du droit criminel notamment puisqu'elle créait « une interdiction limitée qui s'applique à un nombre limité de substances ».

[60] Il est nécessaire d'en dire plus sur ce point. Lorsqu'on examine l'annexe initiale, telle qu'elle apparaissait dans la Loi, il est évident qu'elle comprend un nombre très limité de substances, soit neuf, et il appert également qu'elle inclut l'amiante, le plomb et le mercure, des substances dont, même le profane, reconnaît la toxicité dans certaines circonstances lorsqu'elles pénètrent dans l'environnement. [...]

[61] En résumé, j'estime que 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

³⁹ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11.

⁴⁰ L.C. 1999, c. 33.

⁴¹ *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213.

⁴² L.R.C. (1985), c. 16 (4^e suppl.).

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.

(nous soulignons)

Pour éviter des interdictions « inutilement larges » et des empiètements sur les compétences provinciales, la Cour suprême préconisait alors que soit fait un « ciblage précis » des substances toxiques soumises à la LCPE⁴³.

[62] À mon sens, cela est conforme aux termes de la Loi, à son objet et, en fait, au bon sens. C'est précisément ce qu'on attendrait d'une loi sur l'environnement -- une procédure permettant d'éliminer, parmi le très grand nombre de substances potentiellement nocives pour l'environnement ou la vie humaine, celles qui posent des risques importants de ce genre. Le ciblage précis de substances toxiques fondé sur une évaluation individuelle évite de recourir à des interdictions inutilement larges et à leur incidence sur l'exercice de pouvoirs provinciaux. Compte tenu de la nature et des exigences particulières d'une loi efficace en matière de protection de l'environnement, je ne partage pas la crainte de mes collègues que l'interdiction prenne naissance dans un règlement dont la violation donne lieu à une sanction criminelle. Le ciblage minutieux de substances toxiques est justifié par la pratique. Les avocats des intervenants Pollution Probe et autres nous ont informés que, sur plus de 21 000 substances enregistrées et utilisées de façon commerciale au Canada, seulement 44 ont été inscrites sur la *Liste des substances d'intérêt prioritaire* et évaluées scientifiquement en vertu de la Loi. De ce nombre, seulement 25 ont été jugées toxiques au sens de l'art. 11, et parmi celles-ci, seules quelques-unes ont fait l'objet d'un règlement pris en vertu de l'art. 34.

(Références omises; nous soulignons)

[...]

Le régime de la LCPE prévoit de nombreuses dispositions applicables aux substances toxiques, dont plusieurs portant sur les pouvoirs réglementaires associés à ces substances toxiques. Notamment, ces dispositions octroient le pouvoir au gouvernement d'édicter des règlements limitant ou interdisant les rejets à l'environnement, l'exportation, l'importation, la fabrication, la transformation, l'utilisation et la vente de toute substance toxique.

La Cour suprême du Canada a conclu que la section sur les substances toxiques de la LCPE cadrait dans le champ de compétence du droit criminel, notamment puisqu'elle créait : « une interdiction limitée qui s'applique à un nombre limité de substances ». Pour éviter des interdictions « inutilement larges » et des empiètements sur les compétences provinciales, la Cour suprême préconisait

⁴³ R. c. *Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 62.

alors que soit fait un « ciblage précis » des substances toxiques⁴⁴. De plus, la substance ajoutée devait s'apparenter à celles figurant déjà (à l'époque) sur la liste de l'annexe I de la loi⁴⁵.

[60] [...] Pour toutes ces raisons, je conclus que, lorsque le gouverneur en conseil prend un arrêté qui ajoute une substance à la liste des substances toxiques de l'annexe I, cela implique une décision que la substance ajoutée s'apparente à celles qui figurent déjà sur la liste de l'annexe I.

Si, dans l'affaire *Hydro-Québec*, la Cour Suprême du Canada a confirmé, en vertu de la compétence en matière criminelle, la validité de l'arrêté d'urgence sur les BPC et des dispositions de la LCPE en vertu desquelles il avait été adopté, et toute légitime, justifiée et importante (voire « d'importance supérieure », selon les propos ci-dessus du juge La Forest) qu'est la protection de l'environnement, le juge LeBel a fait, au sujet de la compétence en matière criminelle, une mise en garde très importante, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*⁴⁶ :

Une formulation floue ou générale du caractère véritable pourrait avoir des conséquences perverses à plusieurs niveaux : d'abord sur le rattachement à une compétence exclusive, ensuite sur la portée du débordement. Par exemple, la conclusion que le caractère véritable d'une disposition la rattache à la santé ou à l'environnement serait problématique. En effet, ces sujets sont si vastes et comportent tellement d'aspects que, selon l'angle sous lequel ils sont abordés, ils peuvent justifier l'exercice des compétences législatives de l'un ou de l'autre des deux ordres de gouvernement. Il faut donc pousser l'analyse plus loin et vérifier quel aspect du domaine est visé.

Des interdictions assorties de sanctions pénales « créent une indication du moins à première vue que la loi est de droit criminel »⁴⁷. Ce volet « formel », nécessaire, ne suffit cependant pas à qualifier une loi de disposition de droit criminel. Il faut déterminer si la loi a un objectif public sous-jacent du droit criminel, c'est-à-dire dirigée contre un « mal » ou un effet nuisible pour le public. Malgré tout, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*⁴⁸, le juge LeBel, au nom de quatre juges⁴⁹, a exprimé l'avis que la fin publique ne suffit pas à justifier l'intervention du

⁴⁴ *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 62.

⁴⁵ *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 60.

⁴⁶ [2010] 3 R.C.S. 457, par. 190.

⁴⁷ *RJR-McDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 29.

⁴⁸ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61.

⁴⁹ Cet arrêt de la Cour suprême illustre éloquemment la difficulté de définir la compétence fédérale en matière criminelle : « Définir la compétence fédérale en matière de droit criminel a toujours été une tâche difficile » (juge LeBel, au par. 230); le banc se divise également entre, d'une part, la juge en chef McLachlin, à laquelle se sont ralliés les juges Binnie, Fish et Charron, et, d'autre part, les juges LeBel et Deschamps, auxquels se sont ralliés les juges Abella et Rothstein; les premiers auraient maintenu la validité de l'ensemble des dispositions de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, les autres n'auraient maintenu que les articles prévoyant des prohibitions absolues, mais non celles qui, pour eux, instaurent plutôt un régime de réglementation débordant dans les champs de compétence provinciaux; le juge Cromwell, pour sa part, serait allé plus loin que les juges LeBel et Deschamps et aurait invalidé davantage de dispositions que ces derniers; dans la nuance faite entre le droit criminel et des dispositions réglementaires, nous estimons donc que c'est la majorité qui a tranché en faveur d'une exclusion des secondes du champ de compétence fédérale en matière criminelle.

Parlement, d'autant plus, comme dit le juge, qu'on « peut espérer que le Parlement n'agit que lorsqu'une fin publique le justifie »⁵⁰. La fin recherchée par le législateur doit être évaluée à la fois dans son objet et dans son effet.

Des auteurs s'étaient d'ailleurs étonnés de l'arrêt *Hydro-Québec*, « qui laisse croire à un éclatement de la compétence fédérale en matière de droit criminel », en relativisant la nature prohibitive de la compétence en droit criminel⁵¹.

Il nous faut également constater que le régime sur les substances toxiques a élargi sa portée, listant maintenant près de 200 substances, dont les articles manufacturés en plastique.

3.2 Les compétences fédérales générales et résiduares

En plus des compétences explicites sur lesquelles se fonde le gouvernement fédéral pour ses interventions en environnement, il fait également appel à des pouvoirs généraux et spéciaux.

Ces pouvoirs émanent, encore une fois, de l'article 91 de *Loi constitutionnelle de 1867* :

Autorité législative du parlement du Canada

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir : [...]

29. Les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

Le paragraphe introductif et le paragraphe 29 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* octroient la compétence à la législature fédérale de légiférer sur les sujets qui n'ont pas été explicitement attribués aux législatures provinciales. Ce pouvoir général est appelé le pouvoir de « Paix, ordre et bon gouvernement » (ci-après « POBG »). De ces clauses émanent trois pouvoirs fédéraux : le pouvoir résiduaire, le pouvoir d'urgence et la doctrine de l'intérêt national.

3.2.1 Le pouvoir résiduaire

⁵⁰ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, par. 232.

⁵¹ Eugénie Brouillet. (2004). La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, *Les Cahiers de droit*, 45 (1), p. 38.

Si les articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* énumèrent le partage des compétences entre les législatures provinciales et fédérale, il était évidemment impossible de partager ces pouvoirs en prévoyant tous les sujets imaginables et à venir. Les matières innommées vont donc, en vertu du pouvoir résiduaire, tomber dans la cour de la législature fédérale.

Par contre, pour éviter que ce pouvoir accorde, au fil du temps, un nombre disproportionné de compétences à la législature fédérale, la jurisprudence opte pour une interprétation restrictive. Ainsi, ce ne seront que les champs de compétence qui ont été oubliés en 1867, à l'époque du partage des compétences, qui seront attribués automatiquement au fédéral. Les sujets et domaines qui n'existaient tout simplement pas à l'époque seront attribués en les rattachant aux champs de compétence déjà prévus par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par exemple, la compétence fédérale sur les télégraphes (art. 92 par. 10 a)) a été considérée pour que le domaine des télécommunications soit attribué exclusivement au pouvoir fédéral⁵².

3.2.2 Le pouvoir d'urgence

Le pouvoir d'urgence permet à la législature fédérale de légiférer dans tous les champs de compétence, même ceux attribués aux législatures provinciales, mais seulement de manière temporaire et en temps d'urgence.

La jurisprudence a toutefois une interprétation plutôt floue de ce qui constitue une situation d'urgence, mais concédant que la situation de crise anticipée peut être réelle ou appréhendée, doit être exceptionnelle et grave et peut arriver en temps de paix ou de guerre⁵³.

Un des exemples les plus connus de l'utilisation du pouvoir d'urgence est l'édiction de la *Loi sur les mesures de guerre*⁵⁴, en 1914, qui a permis au gouvernement du Canada de gouverner par décrets plutôt que par loi, notamment lors de la Première Guerre mondiale et de la Crise d'octobre 1970. Cette loi conférait une compétence totale au gouvernement fédéral. La *Loi sur les mesures de guerre* a été remplacée, en 1988, par la *Loi sur les mesures d'urgence*⁵⁵. Cette dernière encadre de manière plus précise le pouvoir du gouvernement fédéral en temps d'urgence, en spécifiant notamment que ses interventions doivent respecter la *Charte canadienne des droits et libertés*.

3.2.3 La doctrine de l'intérêt national (ou des dimensions nationales)

⁵² *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Company of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *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

⁵³ *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

⁵⁴ *Loi sur les mesures de guerre*, adoptée le 18 août 1914, 12^e législature du Canada.

⁵⁵ *Loi sur les mesures d'urgence*, L.R.C. (1985), ch. 22 (4^e suppl.).

La doctrine de l'intérêt national, aussi appelé doctrine des dimensions nationales, permet aux tribunaux d'octroyer à la législature fédérale une matière circonscrite qui pouvait aussi relever de la compétence provinciale. Cette reconnaissance a pour effet de conférer à l'échelon fédéral une compétence exclusive sur la matière en question, et ce, de manière permanente. Cette doctrine fut historiquement utilisée pour les matières et sujets nouveaux, elle fut également utilisée pour transférer des champs de compétence originellement provinciaux à la législature fédérale⁵⁶.

Toutefois, il n'est pas possible d'utiliser cette doctrine sur un sujet large et imprécis. Au contraire, la jurisprudence considère que le législateur fédéral doit faire la preuve que le sujet visé par la doctrine fait preuve d'unicité, soit être indivisible, particulier et spécifique. Il en résulte qu'un sujet comme celui de la protection de l'environnement ne répond pas à ces critères et ne pourrait, à lui seul, servir d'assise à la compétence fédérale fondée sur le POBG. Comme le rappelait le juge La Forest dans *Friends of the Oldman River Society*, il s'agit de sujet « diffus ». Également, le fédéral doit présenter une preuve que l'incapacité d'une ou plusieurs législatures provinciales à légiférer sur le sujet pourrait mener à des conséquences importantes sur les autres provinces⁵⁷.

Notons que cette doctrine n'a été reconnue que dans de rares cas, puisqu'une application à la légère ferait « peser une menace sur l'autonomie des provinces », en les dénuant de plus en plus de compétences⁵⁸, allant à l'encontre des principes du fédéralisme canadien.

Ainsi, selon la Cour suprême, seuls quatre critères doivent être identifiés pour justifier l'application de la doctrine de l'intérêt national :

- a. Le sujet visé n'existait pas à l'époque du partage des compétences ou, bien qu'il fût à l'origine de nature locale ou privée dans une province, est depuis devenu d'intérêt national, sans qu'il y ait situation d'urgence nationale ;
- b. Le sujet visé fait preuve d'unicité, étant indivisible, particulier et spécifique ;
- c. L'incapacité d'une ou plusieurs législatures provinciales à légiférer sur le sujet pourrait mener à des conséquences importantes.
- d. L'effet sur la compétence provinciale est compatible avec le partage des compétences.

Nous les abordons en détail, dans les lignes qui suivent.

- a) Le sujet visé n'existait pas à l'époque du partage des compétences ou, bien qu'il fût à l'origine de nature locale ou privée dans une province, est

⁵⁶ *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401.

⁵⁷ *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401.

⁵⁸ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 109.

depuis devenu d'intérêt national, sans qu'il y ait situation d'urgence nationale

Plusieurs sujets ont été reconnus comme étant de compétence fédérale, suite à l'examen, par les tribunaux, de la doctrine de l'intérêt national. Mais, ce n'est pas n'importe quel sujet qui peut devenir de compétence fédérale, puisqu'il faut quand même respecter le partage des compétences initial.

Ainsi, la doctrine a été utilisée concernant deux catégories de sujets : 1) sujets et matières nouvelles qui n'existaient pas au moment du partage des compétences et 2) champs de compétence originellement provinciaux mais qui sont devenus d'intérêt national depuis le partage des compétences.

Au niveau des sujets et matières nouvelles, il nous faut préciser que la jurisprudence considère généralement que la matière doit non seulement être nouvelle, mais ne doit pas pouvoir être manifestement placée dans la catégorie de sujets de nature purement locale ou privée.

Somme toute, il nous faut constater qu'il n'est pas très compliqué de répondre à ce critère. Les transformations technologiques et sociales depuis le partage des compétences ont engendré une panoplie de matières qui n'ont jamais été sur le radar des fondateurs du Canada. Il faut notamment penser à l'aéronautique et les radiocommunications. Au contraire, l'inflation n'a pas été reconnue comme un sujet nouveau, le juge Beetz indiquant d'ailleurs qu' « il est bon de rappeler également que l'inflation est un phénomène fort ancien, datant de plusieurs milliers d'années, aussi ancien probablement que la monnaie elle-même »⁵⁹.

L'abus de stupéfiant a également été reconnu comme un sujet nouveau, puisqu'il « constitue un problème récent qui n'existait pas à l'époque de la Confédération » et « qu'il ne peut être assimilé aux matières de nature purement locale ou privée »⁶⁰. Par contre, le traitement de l'héroïnomanie, lui, a été considéré comme un problème qui, bien que possiblement nouveau, était de nature locale ou privée. Le juge Dickson, dans l'arrêt *Schneider*, mentionnant que :

Aucun élément de preuve devant la Cour ne permet de conclure que le problème de la dépendance à l'égard de l'héroïne par opposition au commerce illégal des drogues constitue une question d'intérêt et d'envergure nationaux qui transcende le pouvoir de chaque province d'y faire face et de la résoudre de sa propre façon.⁶¹

La plus récente décision de la Cour suprême au sujet de la doctrine de l'intérêt national nous invite à oublier la question de la nouveauté d'un sujet et de plutôt se concentrer sur la détermination de l'intérêt national d'un sujet qui était originalement de nature locale ou privée :

⁵⁹ Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 RCS 373, p. 458.

⁶⁰ *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, paraphasant *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984.

⁶¹ *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 RCS 112, p. 131-132.

L'élément crucial de la présente analyse est l'exigence qui requiert qu'une matière d'intérêt national possède un caractère intrinsèquement national, et non qu'elle soit historiquement nouvelle.⁶²

La Cour suprême invite donc à se demander si la matière présente « un intérêt suffisant pour le Canada tout entier » et d'oublier la question de la nouveauté de celle-ci.

- b) Le sujet visé fait preuve d'unicité, étant indivisible, particulier et spécifique

Le critère de l'unicité vise à limiter l'étendue du nouveau champ de compétence que la législature fédérale puisse s'attribuer. Dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, le juge Beetz de la Cour suprême rappelle ce que constitue l'unicité (notre emphase) :

Je ne vois pas comment les arrêts qui en ont ainsi décidé peuvent être invoqués à l'appui du premier moyen. Ces arrêts ont eu pour effet d'ajouter par voie jurisprudentielle de nouvelles matières ou de nouvelles catégories de matières à la liste des pouvoirs fédéraux spécifiques. Cependant la jurisprudence n'en a ainsi décidé que dans des cas où la nouvelle matière n'était pas un agrégat, mais présentait **un degré d'unité qui la rendait indivisible, une identité qui la rendait distincte des matières provinciales et une consistance suffisante pour retenir les limites d'une forme.**⁶³

Le juge Beetz conclut d'ailleurs que l'inflation n'est pas un sujet faisant preuve d'unicité (notre emphase) :

« L'endigement et la réduction de l'inflation » n'est pas acceptable comme nouvelle matière. **C'est un agrégat de sujets divers dont certains représentent une partie importante de la compétence provinciale.** C'est une matière totalement dépourvue de spécificité et dont le caractère envahissant ne connaît pas de limites; **en faire l'objet d'une compétence fédérale rendrait illusoires la plupart des pouvoirs provinciaux.**⁶⁴

La Cour suprême reconnaît qu'un problème puisse être abordé sous plusieurs angles, ce qui justifie que l'intervention fédérale soit limitée dans un cadre précis :

Je ne crois pas que la question des stupéfiants soit si globale et indivisible qu'on ne puisse pas diviser la compétence législative en attribuant au Parlement du Canada la compétence sur le commerce illégal des stupéfiants et aux provinces la compétence sur le traitement ou la cure des toxicomanes.⁶⁵

⁶² *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 136.

⁶³ *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 RCS 373, p. 458.

⁶⁴ *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 RCS 373, p. 458.

⁶⁵ *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 RCS 112, p. 131-132.

En matière d'environnement, la Cour suprême a d'ailleurs reconnu que le sujet de la protection de l'environnement ne possède pas le caractère d'unicité requis pour appliquer la doctrine de l'intérêt national⁶⁶.

Ainsi, le degré d'unicité doit rendre le problème ou le sujet visé indivisible, avoir une identité qui la rend distincte des matières provinciales et une consistance suffisante pour retenir les limites d'une forme. « À cette étape, les tribunaux doivent se demander si la matière a un caractère principalement extraprovincial et international de par sa nature ou ses effets »⁶⁷. Pour juger de ce critère, les impacts extraprovinciaux de l'incapacité provinciale à légiférer sur ce sujet seront considérés.

- c) L'incapacité d'une ou plusieurs législatures provinciales à légiférer sur le sujet pourrait mener à des conséquences importantes

Ce critère est souvent considéré comme étant le plus important dans la justification de la doctrine de l'intérêt national, bien qu'il fasse partie des critères d'analyse du caractère d'unicité d'un sujet⁶⁸. Et on le comprend : si l'inaction d'une province de légiférer sur un sujet n'a aucune conséquence sur les autres provinces, une loi pancanadienne est-elle nécessaire? L'élément-clé de l'analyse jurisprudentielle de ce critère est l'aspect « important » ou « grave » des conséquences ainsi engendrées. Selon la Cour suprême, une incapacité provinciale se reconnaît à trois facteurs :

[152] [...] (1) la loi devrait être d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter, et (2) 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. Ces deux facteurs doivent être réunis pour que l'incapacité provinciale soit établie pour les besoins de la théorie de l'intérêt national.

[153] Toutefois, un troisième facteur doit être présent dans le contexte de la théorie de l'intérêt national pour établir l'incapacité provinciale : le défaut d'une province de s'occuper d'une matière doit avoir des conséquences extraprovinciales graves.⁶⁹

À l'égard des conséquences graves, elles doivent être réelles ou il doit s'agir d'un risque sérieux. « Un simple manque d'efficacité ou des coûts financiers supplémentaires résultant d'une compétence partagée »⁷⁰ sont nettement insuffisants. De simples

⁶⁶ R. c. *Hydro-Québec*, [1997] 3 RCS 213, par. 67 à 78.

⁶⁷ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 151.

⁶⁸ Nicole Duplé. (2018). *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 7e éd. revue et augm., Montréal, Wilson & Lafleur, page 454.

⁶⁹ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 152-153

⁷⁰ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 155.

allégations sur ces conséquences graves ne suffisent pas : le palier fédéral doit en faire la preuve⁷¹.

Dans l'arrêt *Schneider*, la Cour suprême, commentant le problème de la dépendance à l'héroïne, indique que l'inaction d'une province de créer un programme de traitement de l'héroïmanie n'affecte pas les intérêts des autres provinces:

Ce n'est pas un problème qui [TRADUCTION] "dépasse la capacité des provinces de s'en occuper" (le professeur Gibson (1976-77), 7 Man. L.J. 15, à la p. 33). L'omission d'une province d'établir des services de cure ne met pas en péril les intérêts d'une autre province. Il ne s'agit pas d'une question qui [TRADUCTION] "a atteint des dimensions telles qu'elle affecte le corps politique du Dominion" (*In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54, à la p. 77). Il ne s'agit pas de quelque chose qui [TRADUCTION] "dépasse les préoccupations ou intérêts locaux ou provinciaux et qui doit en soi intéresser tout le Dominion (comme par exemple, dans l'affaire de l'aéronautique et celle de la radiocommunication)" selon les termes du vicomte Simon dans *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, à la p. 205. Voir également *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Munro c. Commission de la Capitale nationale*, [1966] R.C.S. 663; *Re C.F.R.B. and Attorney General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819. On ne peut affirmer non plus, d'après le dossier, que le problème de l'héroïnomanie est devenu urgent au point de justifier le recours à la compétence du fédéral en vertu du pouvoir résiduel.⁷²

Ce critère a été longuement commenté dans la doctrine. L'auteure Duplé mentionne à cet égard :

En effet, ce n'est pas le fait que toutes ou plusieurs provinces soient préoccupées par le même problème qui soit pertinent, mais bien que la solution de celui-ci soit compromise par l'incurie d'une ou de plusieurs provinces, ou par le manque de cohérence des législations provinciales.⁷³

Selon la Cour suprême, le critère de l'incapacité provinciale doit toutefois seulement être considéré pour déterminer si un sujet possède une réelle unicité ou l'indivisibilité :

En ce sens, le critère de l'« incapacité provinciale » est l'un des indices qui permettent de déterminer si une matière revêt le caractère d'unicité et d'indivisibilité nécessaire pour relever de la théorie de l'intérêt national. C'est à cause de la corrélation des aspects intraprovinciaux et extra-provinciaux de la question qu'elle requiert un traitement législatif unique ou uniforme. Le critère de l'« incapacité provinciale » ne doit pas, toutefois, aller jusqu'à justifier la notion générale, jusqu'ici rejetée par la jurisprudence, qu'un palier ou l'autre de gouvernement doit avoir une compétence absolue pour régler un problème législatif. Dans le contexte de la théorie de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, son utilité réside, à mon avis, dans le fait qu'il aide à déterminer si

⁷¹ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 155.

⁷² *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 RCS 112, p. 131-132.

⁷³ Nicole Duplé. (2018). *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 7e éd. revue et augm., Montréal, Wilson & Lafleur, page 454.

une matière possède l'unicité ou l'indivisibilité requise tant du point de vue pratique que du point de vue conceptuel.⁷⁴

- d) L'effet sur la compétence provinciale doit être compatible avec le partage des compétences.

À cette étape, les effets de la séparation du sujet visé du champ de compétence provinciale doivent être considérés compatibles avec le partage des compétences initial :

Voilà pourquoi, conformément à cet objet, à cette étape de l'analyse, l'empiètement sur l'autonomie des provinces qui résulte de l'attribution au Parlement du pouvoir d'agir est mis en balance avec l'étendue des effets qu'aurait sur les intérêts touchés le fait que le Parlement ne serait pas capable, sur le plan constitutionnel, d'agir à l'égard de la question à l'échelle nationale. La reconnaissance d'une nouvelle matière d'intérêt national ne sera justifiée que si les effets de cette incapacité l'emportent sur les effets de l'empiètement.

Dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, le juge Beetz de la Cour indique pourquoi il est important de limiter les effets sur les matières de compétence provinciale et de maintenir un équilibre fédératif (notre emphase) :

Il fallait aussi, avant de reconnaître à ces nouvelles matières le statut de matières de compétence fédérale, tenir compte de la mesure dans laquelle elles permettraient au Parlement de toucher à des matières de compétence provinciale: si un pouvoir fédéral désigné à l'art. 91 en termes généraux, tel que le pouvoir relatif aux échanges et au commerce, doit, selon la jurisprudence, être interprété de façon à ne pas embrasser et anéantir les pouvoirs provinciaux (arrêt *Parsons*) et détruire ainsi l'équilibre de la Constitution, **les tribunaux doivent à plus forte raison se garder d'ajouter des pouvoirs de nature diffuse à la liste des pouvoirs fédéraux.**⁷⁵

Ce dernier critère est donc une sorte de « balance des inconvénients » entre l'empiètement constitutionnel et l'incapacité du fédéral de gérer un sujet d'intérêt national vu le partage des compétences existant.

La doctrine de l'intérêt national a été utilisée notamment pour accorder à la législature fédérale le pouvoir de légiférer sur l'énergie nucléaire, l'aéronautique et la pollution en mer. Dans ce dernier cas, il s'agit de l'arrêt *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, où la Cour suprême résume son analyse ainsi :

La *Loi sur l'immersion de déchets en mer* s'intéresse à l'immersion de substances dont on peut démontrer ou présumer qu'elles ont un effet nocif sur le milieu marin et elle peut être considérée comme visant le contrôle ou la réglementation de la pollution des mers. La compétence législative fédérale, attribuée par le par. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en matière de pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur n'est pas suffisante en soi pour étayer la constitutionnalité du par. 4(1) de la *Loi*, puisque cette disposition, prise dans le contexte de l'ensemble de la *Loi*, ne satisfait

⁷⁴ R. c. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, par. 39; *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 157 et 159.

⁷⁵ *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 RCS 373, p. 458.

pas au critère énoncé dans les arrêts *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213, et *Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 292. Certes, l'effet qu'a sur les pêcheries la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets constitue manifestement l'un des sujets de préoccupation de la Loi, mais ce n'est pas là le seul effet de ce genre de pollution auquel la Loi s'intéresse. Le fondement d'une compétence législative fédérale pour contrôler la pollution des mers en général, dans les eaux provinciales, ne saurait se trouver dans les chefs de compétence fédérale énumérés à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pris individuellement ou collectivement.

Toutefois, le par. 4(1) de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer* est constitutionnel parce qu'il porte sur une matière relevant de la théorie de l'intérêt national qui justifie l'exercice de la compétence que possède le Parlement du Canada en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement. La théorie de l'intérêt national, qui est séparée et distincte de la théorie de la situation d'urgence nationale, 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 fussent à l'origine de nature locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d'intérêt national, sans qu'il y ait situation d'urgence nationale. Pour qu'on puisse dire qu'une matière est d'intérêt national dans un sens ou dans l'autre, elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution. Pour déterminer si une matière possède l'unicité, la particularité et l'indivisibilité requises, il est utile d'examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière. Le contrôle de la pollution de la mer satisfait à ce critère. La pollution des mers, à cause de son caractère et de ses incidences extra-provinciales surtout, mais aussi internationales, est manifestement une matière qui intéresse le Canada tout entier. La pollution des eaux de la mer, y compris les eaux maritimes provinciales, résultant de l'immersion de substances peut suffisamment se distinguer de la pollution des eaux douces due à de telles immersions pour satisfaire à l'unicité ou à l'indivisibilité requises. Même si dans bien des cas, la pollution des eaux douces a pour effet de polluer les eaux de la mer dans lesquelles elles se déversent, la pollution de la mer, à cause des différences qui existent entre les eaux de la mer et les eaux douces sur le plan de leur composition et de leur action, comporte ses propres caractéristiques et présente des considérations scientifiques qui la distinguent de la pollution des eaux douces. En outre, la distinction entre eaux salées et eaux douces, pour limiter l'application de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, satisfait au critère sur lequel la Cour, à la majorité, a insisté dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, savoir que pour qu'on puisse dire qu'une matière revêt un intérêt national et relève de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, elle doit comporter des limites vérifiables et raisonnables, pour ce qui est de son incidence sur la compétence provinciale.

Récemment, le palier fédéral a invoqué la doctrine de l'intérêt national pour justifier la création de son système national de tarification des émissions des gaz à effet de serre, qui sera discuté plus loin dans cet article⁷⁶.

3.2.4 *Le pouvoir déclaratoire*

L'article 92 par. 10 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, bien que prévoyant les champs de compétence provinciaux, énonce une exception qui crée un pouvoir déclaratoire en faveur de la législature fédérale :

Sujets soumis au contrôle exclusif de la législation provinciale

92 Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir : [...]

10. Les travaux et entreprises d'une nature locale, autres que ceux énumérés dans les catégories suivantes : [...]

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 général du Canada, ou pour l'avantage de deux ou d'un plus grand nombre des provinces;

Le pouvoir déclaratoire permet donc à la législature fédérale de s'approprier le pouvoir législatif sur des travaux et des choses (par exemple, les ouvrages hydrauliques sur la rivière des Outaouais) sans qu'elle n'ait à justifier son intervention.

4. ANALYSE DES INTERVENTIONS FÉDÉRALES SOUS L'ANGLE CONSTITUTIONNEL

Les initiatives fédérales récentes, que ce soient la tarification des GES, l'ajout des articles manufacturés en plastique à la Liste des substances toxiques ou encore les velléités fédérales de protéger le caribou forestier au Québec, donnent à penser que le législateur fédéral cherche à étendre la portée de ses compétences en matière d'environnement. Certes, comme on l'a vu plus haut, il est depuis longtemps établi que l'environnement n'est pas en soi un champ de compétence. Qualifié de « sujet diffus », de « matière obscure qui ne peut être facilement classée dans le partage actuel des compétences, sans un grand chevauchement et une grande incertitude »⁷⁷, ce domaine est, plus que beaucoup d'autres, susceptible de perturber l'équilibre fédéral-provincial, d'autant plus que le sujet est vaste.

Dans la présente section, nous allons examiner deux affaires qui illustrent chacune à leur manière la problématique du partage des pouvoirs, dans le domaine de l'environnement,

⁷⁶ Voir notamment les *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11.

⁷⁷ *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 37 et 64.

entre les législatures fédérale et provinciales. Nous allons par ce moyen tenter de circonscrire l'étendue de la compétence fédérale, dans un contexte de maintien de l'équilibre entre les pouvoirs provinciaux et fédéraux voulu par notre Constitution. La protection de l'environnement prend en effet aujourd'hui une telle importance que nous y voyons un risque de faire basculer l'équilibre constitutionnel en faveur d'une plus grande présence fédérale qui se ferait au détriment de l'exercice par les provinces de leurs propres compétences, rompant cet équilibre propre au cadre législatif canadien.

Le débat ayant récemment entouré l'adoption de la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*⁷⁸ (ci-après la « Loi sur la tarification des GES ») illustre une indiscutable préoccupation des provinces à cet égard. Parmi les provinces étant intervenues devant la Cour suprême dans le renvoi relatif à cette loi, seule la Colombie-Britannique concourait aux arguments du Procureur général du Canada⁷⁹.

Les récents et vifs échanges entre le ministre fédéral de l'Environnement et du Changement climatique et le premier ministre du Québec concernant la protection du caribou forestier au Québec⁸⁰ ne sont pas sans rappeler l'épisode de la rainette faux-grillon de l'ouest, qui avait aussi fait l'objet de débats, judiciaires ceux-là. En effet, quelques années auparavant, le gouvernement fédéral était intervenu pour protéger très localement au Québec une espèce d'amphibien appelée rainette faux-grillon de l'ouest. Les mesures prises par le fédéral ayant été validées par la Cour fédérale et sa division d'appel⁸¹, le gouvernement fédéral s'est fait fort de menacer d'y recourir à nouveau dans le dossier du caribou forestier. Contrairement à la Loi sur la tarification des GES, ce n'est pas la question de l'intérêt national qui a été en jeu, dans le cas des espèces en péril, mais plutôt la compétence fédérale en matière de droit criminel.

Dans l'arrêt *Oldman River*, le juge La Forest a suggéré que, pour résoudre la question de la compétence d'un ordre de gouvernement en matière d'environnement, il fallait d'abord examiner l'énumération des pouvoirs dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et voir comment ils peuvent être utilisés pour répondre aux problèmes environnementaux ou les éviter⁸². Ainsi, la réglementation de la pollution causée par les navires peut certainement relever de la compétence fédérale en matière de navigation. Celle relative aux pêcheries l'autorise à réglementer les effluents industriels dans les cours d'eau. Le législateur fédéral peut aussi attribuer aux conseils de bande autochtones des compétences en matière d'environnement. Sa compétence générale en matière de POBG, par laquelle il

⁷⁸ L.C. 2018, c. 12, art. 186.

⁷⁹ Les autres Provinces ayant exprimé une opposition aux dispositions de la Loi sont le Nouveau-Brunswick, le Québec, l'Ontario, le Manitoba, la Saskatchewan (qui a logé le pourvoi avec l'Ontario) et l'Alberta : *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11.

⁸⁰ « Protection du caribou - Sans des « engagements fermes » de Québec, Ottawa interviendra », *La Presse*, 12 avril 2022, <https://www.lapresse.ca/actualites/environnement/2022-04-12/protection-du-caribou/sans-des-engagements-fermes-de-quebec-ottawa-interviendra.php>

⁸¹ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, conf. par 2020 CAF 18; voir aussi *Habitations Îlots St-Jacques inc. c. P.G. du Canada*, 2019 CF 315, conf. par 2021 CAF 27.

⁸² *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 72.

s'est vu attribuer, comme on l'a vu, l'exclusivité de régir l'aéronautique⁸³, fait en sorte que les provinces ne peuvent, par exemple, zoner les aérodromes⁸⁴. Et ainsi de suite. Cependant, hormis en matière de POBG, une compétence d'exception, le législateur fédéral ne semblait pas disposer d'une compétence étendue comme celle des provinces sur toute matière de nature locale dans la province. Elle apparaissait plutôt morcelée, cloisonnée.

Il faut en effet distinguer les mesures fédérales qui peuvent aisément être rattachées à des champs de compétence précis énoncés à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* de celles qui seraient fondées sur l'intérêt national ou le droit criminel. À titre d'exemple, plusieurs règlements fédéraux régissent les effluents industriels :

- *Règlement sur les effluents de l'industrie de la viande et de la volaille*, C.R.C. ch. 818;
- *Règlement sur les effluents des établissements de transformation de la pomme de terre*, C.R.C. ch. 829;
- *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-269;
- *Règlement sur les effluents des mines de métaux et des mines de diamants*, DORS/2002-222;
- *Règlement sur les effluents des raffineries de pétrole*, C.R.C. ch. 828.

Leur lien avec la compétence fédérale sur les pêcheries est manifeste⁸⁵. Ces règlements ont été adoptés (ou réputés adoptés pour les plus anciens) en vertu de la *Loi sur les pêches*⁸⁶, plus particulièrement de ses paragraphes 34(1) et 34(2) :

34 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 34.1 à 42.5.

[...]

substance nocive

a) Toute substance qui, si elle était ajoutée à l'eau, altérerait ou contribuerait à altérer la qualité de celle-ci au point de la rendre nocive, ou susceptible de le devenir, pour le poisson ou son habitat, ou encore de rendre nocive l'utilisation par l'homme du poisson qui y vit;

b) toute eau qui contient une substance en une quantité ou concentration telle — ou qui, à partir de son état naturel, a été traitée ou transformée par la chaleur ou d'autres moyens d'une façon telle — que, si elle était ajoutée à une autre eau, elle

⁸³ *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 SCR 292, p. 311.

⁸⁴ *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38; voir aussi, en matière de zonage agricole, *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 29.

⁸⁵ Encore que, dans l'arrêt *Fowler*, la Cour suprême avait néanmoins fixé une limite à l'étendue de cette compétence relativement à une disposition visant les activités forestières à proximité des cours d'eau, l'ancien paragraphe 33(3) de la *Loi sur les pêches*, S.R.C. chap. F-14 : *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 RCS 213.

⁸⁶ L.R.C. (1985), c. F-14.

altérerait ou contribuerait à altérer la qualité de celle-ci au point de la rendre nocive, ou susceptible de le devenir, pour le poisson ou son habitat, ou encore de rendre nocive l'utilisation par l'homme du poisson qui y vit.

(2) Pour l'application de la définition de substance nocive au paragraphe (1), le gouverneur en conseil peut, par règlement :

- a) désigner certaines substances ou catégories de substances;
- b) fixer les quantités ou concentrations de certaines substances ou catégories de substances admissibles dans l'eau;
- c) désigner certains traitements ou transformations qui, apportés à l'eau, en font une substance nocive.

La réglementation relative aux fabriques de pâtes et papiers est illustrative d'une application en matière d'environnement fondée expressément sur des champs de compétence propres à chaque ordre de gouvernement autres que, quant au fédéral, le droit criminel ou l'intérêt national. Ainsi, les effluents des fabriques de pâtes et papiers sont régis à la fois par le *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers* et par un règlement provincial, le *Règlement sur les fabriques de pâtes et papiers*⁸⁷. Or, le règlement provincial ne se limite pas seulement aux effluents de ces usines, mais touche à leurs émissions à l'atmosphère, à leurs matières résiduelles et à leurs aires de stockage. Pourtant le règlement fédéral, de son côté, se limite aux effluents. Cette différence s'explique par la large compétence provinciale attribuée par la Constitution sur toute matière d'une nature purement locale ou privée dans la province⁸⁸, une compétence dont ne dispose pas le législateur fédéral. Si ce dernier cherchait spécialement à réglementer tous les aspects environnementaux d'une fabrique de pâtes et papiers, il excéderait ses compétences.

Cela dit, le gouvernement fédéral a tout de même cherché à intervenir dans un domaine éminemment provincial, les ouvrages municipaux d'assainissement des eaux. Il y a une dizaine d'années, il édictait le *Règlement sur les effluents des systèmes d'assainissement des eaux usées*⁸⁹, adopté lui aussi en vertu de la *Loi sur les pêches*. Bien que ce règlement définisse de manière très générale les ouvrages d'assainissement, les exceptions qu'il contient montrent qu'en fin de compte, ce sont presque uniquement les ouvrages municipaux qu'il vise (et ceux des réserves autochtones qui, eux, peuvent relever incontestablement de la compétence fédérale)⁹⁰. Ce règlement a contraint le gouvernement du Québec à adopter lui aussi un règlement équivalent, le *Règlement sur les ouvrages municipaux d'assainissement des eaux usées*⁹¹, de manière à se soustraire à la réglementation fédérale. Ce règlement a en effet permis au Québec d'obtenir une

⁸⁷ RLRQ, c. Q-2, r. 27.

⁸⁸ Par. 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; voir aussi le par. 92(10).

⁸⁹ DORS/2012-139.

⁹⁰ À ce sujet, voir R. Daigneault, « Initiatives municipales et droit environnemental fédéral : le choc des compétences », dans *Développement récents en droit de l'environnement (2016)*, Barreau du Québec, Service de la formation continue, Yvon Blais, 2016, p. 399 à 464.

⁹¹ RLRQ, c. Q-2, r. 34.1.

exemption, édictée par le *Décret déclarant que le Règlement sur les effluents des systèmes d'assainissement des eaux usées ne s'applique pas au Québec*⁹².

Si l'on omet la compétence fédérale en matière criminelle et que l'on s'en tient aux autres champs énumérés aux paragraphes 1A à 20 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹³, la compétence fédérale en matière d'environnement apparaît morcelée, comparativement à la compétence provinciale : par exemple, comme on l'a vu plus haut, il peut s'agir des compétences en matière de navigation, de pêcheries, mais aussi d'échanges et de commerce (dans ce dernier cas, par exemple, quant à l'interdiction de mettre en marché certaines matières) ou d'autres chefs de compétence fédérale. Hormis la compétence en matière de POBG, qui connaît cependant ses limites, on ne trouve pas au plan fédéral l'équivalent de la très large compétence d'une province sur tout ce qui est local sur son territoire.

L'État fédéral ne dispose donc pas à première vue des compétences constitutionnelles lui permettant de passer une loi interdisant en tout lieu la pollution en termes généraux. À ce sujet, on peut citer ce passage du juge La Forest, parlant au nom de la majorité, dans l'arrêt *Hydro-Québec* de la Cour suprême⁹⁴ :

Je comprends très bien qu'une interdiction particulière pourrait être générale ou globale au point d'être considérée, de par son caractère véritable, comme visant réellement à réglementer un domaine relevant des provinces et non pas exclusivement à protéger l'environnement.

Une prohibition générale comme celle de l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* du Québec⁹⁵ (ci-après la « LQE ») ou de l'article 14 de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario⁹⁶, qui entre tout à fait dans le champ de compétence provincial relatif à toute matière de nature locale ou privée dans la province, ne pourrait pas être valide constitutionnellement si c'était le Parlement qui l'édictait. D'ailleurs, même si la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*⁹⁷ (ci-après la « LCPE (1999) ») vise ce qu'elle définit comme des « substances toxiques », elle ne contient pas de disposition générale semblable aux articles 20 LQE et 14 de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario. Dans ses dispositions relatives à la prévention de la pollution, cette loi vise certaines substances toxiques uniquement, soit celles énumérées à son Annexe 1. Cette approche est conforme à ce qu'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *Hydro-Québec* au sujet des dispositions analogues de l'ancienne *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*.

Je conclus que le Parlement peut, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, édicter valablement des interdictions relatives à des actes précis en vue

⁹² DORS/2018-194.

⁹³ La compétence en matière de « loi criminelle » étant prévue au paragraphe 91(27).

⁹⁴ *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, au par. 45.

⁹⁵ RLRQ, c. Q-2.

⁹⁶ L.R.O. 1990, chap. E.19.

⁹⁷ L.C. 1999, c. 33.

de prévenir la pollution ou, autrement dit, le rejet de certaines substances toxiques dans l'environnement.⁹⁸

(nous soulignons)

Contrairement à ce qui s'observe en matière provinciale, c'est donc substance par substance que le législateur fédéral édicte des interdictions dans sa principale loi environnementale, la LCPE (1999)⁹⁹. L'annexe I de la loi énumère près de 200 « substances toxiques » (si l'on tient compte des nombreux sous-paragraphes que comptent les paragraphes 65 et 134 de cette annexe), encore que certaines de ces substances sont désignées en termes très larges, comme les « articles manufacturés en plastique »¹⁰⁰ (aspect que nous avons abordé dans une communication précédente¹⁰¹), alors que d'autres le sont de manière extrêmement précise, comme le « (4-chlorophényle)cyclopropylméthanone, O-[(4-nitrophényle)méthyl]oxime dont la formule moléculaire est C₁₇H₁₅ClN₂O₃ »¹⁰².

La compétence en matière criminelle

En matière d'environnement, c'est dans l'arrêt *Hydro-Québec*¹⁰³ que la compétence en matière criminelle a été évoquée pour la première fois par la Cour suprême pour valider une mesure environnementale fédérale. À moins de légiférer spécialement dans des domaines de compétence fédérale comme la navigation ou les pêcheries, l'assise du pouvoir d'interdiction fédéral, en matière de pollution qui s'appliquerait indépendamment de ces autres champs de compétence, repose par conséquent sur le droit criminel. Ce rattachement est venu modifier le cadre exposé dans *Oldman River*, en affranchissant le législateur fédéral de la nécessité, contraignante on en conviendra, de se rattacher à d'autres champs de compétence, morcelés ceux-là, comme on l'a vu.

La compétence fédérale en matière de droit criminel ne se limite toutefois pas à la régulation de la pollution. Elle a permis de sauvegarder une mesure relative à une espèce animale hors du domaine public fédéral, espèce qui ne relève pas expressément de la compétence fédérale contrairement par exemple aux oiseaux migrateurs, aux poissons et aux mammifères marins. Il s'agit du *Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien)*¹⁰⁴ (ci-après le « Décret d'urgence »). Ce décret est entré de plein fouet en

⁹⁸ R. c. *Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 130.

⁹⁹ Nous faisons abstraction ici de larges pans de la LCPE (1999), comme celles relatives aux rejets en mer, aux substances nouvelles au Canada, aux mouvements transfrontières de déchets et autres questions relevant plus clairement de la compétence fédérale.

¹⁰⁰ L.C. 1999, c. 33, annexe 1, par. 55.

¹⁰¹ R. Daigneault et T. Daoust, « L'imprécision dans les lois et les règlements en matière d'environnement et les risques d'application arbitraire de la règle de droit », dans *Développements récents en droit de l'environnement (2021)*, Barreau du Québec, Service de la formation continue, Yvon Blais, 2021, p. 5 à 128.

¹⁰² L.C. 1999, c. 33, par. 27.

¹⁰³ R. c. *Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213.

¹⁰⁴ DORS/2016-211.

conflit avec l'exercice tout aussi légitime d'une compétence provinciale, également en matière de protection d'une espèce animale, mais aussi de zonage. Fait particulier, il ne visait qu'une série de lots précis dans les municipalités de La Prairie et de Saint-Philippe, au sud-est de Montréal en Montérégie. Ainsi, en plus de viser une espèce qui ne relève pas expressément de la compétence législative fédérale, l'intervention était éminemment locale. La Cour fédérale a vu dans les interdictions prévues à ce décret l'exercice légitime par l'État fédéral de sa compétence en matière criminelle¹⁰⁵. La Cour d'appel fédérale a maintenu le jugement¹⁰⁶.

Cette intervention fédérale qui a compromis un projet strictement local et dûment autorisé par la Province et les instances municipales, de même que le bras-de-fer fédéral-provincial auquel on a assisté récemment au Québec quant à la protection du caribou forestier face à l'exploitation forestière donnent à penser que la compétence fédérale en matière de droit criminel pourrait perturber plus qu'on ne l'avait peut-être anticipé jusqu'ici l'équilibre constitutionnel des pouvoirs dans la fédération canadienne.

Cependant, l'arrêt *Hydro-Québec* à l'origine d'une application valide du droit criminel à des situations d'ordre environnemental reste une décision très partagée, à cinq juges contre quatre. Dans l'affaire de la rainette faux-grillon de l'ouest en Cour fédérale, le juge LeBlanc s'est néanmoins estimé lié par cet arrêt¹⁰⁷, d'autant plus qu'il a considéré¹⁰⁸ que la *Loi sur les espèces en péril*¹⁰⁹ (ci-après la « LEP ») était structurée comme la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*¹¹⁰. Cependant, et bien que le juge ait écarté le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*¹¹¹ dans son analyse, étant donné notamment qu'à ses yeux, il ne portait pas sur une question environnementale, ce renvoi reste illustratif de la difficulté de bien circonscrire ce qu'est une mesure relative au droit criminel. À notre avis, les contours de cette compétence restent encore à tracer en matière d'environnement.

L'intérêt national

Quant à la compétence en matière de POBG, comme on l'a vu plus haut (section 3.2.3) et si on omet le *Renvoi : Loi anti-inflation*¹¹², il est intéressant de souligner que c'est en matière d'environnement qu'ont été rendus les arrêts les plus significatifs de la Cour suprême relatifs à la théorie de l'intérêt national (ou des « dimensions nationales ») et au pouvoir constitutionnel fédéral en matière de POBG. Il s'agit des arrêts *Crown Zellerbach*¹¹³, *Hydro-Québec*¹¹⁴ et, tout récemment, les *Renvois relatif à la Loi sur la*

¹⁰⁵ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643.

¹⁰⁶ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2020 CAF 18.

¹⁰⁷ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, au par. 137.

¹⁰⁸ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, au par. 177.

¹⁰⁹ L.C. 2002, c. 29.

¹¹⁰ L.R.C. (1985), c. 16 (4^e suppl.).

¹¹¹ 2020 CSC 61.

¹¹² [1976] 2 R.C.S. 373.

¹¹³ *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401.

¹¹⁴ *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213.

*tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*¹¹⁵ (ci-après le « Renvoi sur la tarification des GES »).

Dans le premier cas, le débat portait sur la pollution marine, plus spécialement la réglementation, par l'État fédéral, de l'immersion de substances en mer, y compris dans les eaux intérieures d'une province, dans l'autre il s'agissait comme on l'a vu de la réglementation des rejets de substances toxiques dans l'environnement et, dans le dernier, la question portait bien entendu sur la fameuse « taxe carbone » fédérale (encore que la validité de cette « taxe » a été maintenue non pas comme « taxe », mais comme « tarification réglementaire », comme nous le verrons).

Contrairement à ce qui prévaut quant au contour de la compétence fédérale sur le droit criminel, nous disposons avec le Renvoi sur la tarification des GES d'un enseignement assez clair permettant de circonscrire la portée de la compétence fédérale en matière de POBG¹¹⁶. Cet arrêt mérite un examen détaillé quant à la portée de l'intérêt national et de la compétence fédérale en matière de POBG, appliquée à une question environnementale. Le juge Wagner, rédigeant l'arrêt au nom de la majorité, y fait un intéressant rappel historique de ces notions et en énonce les grands principes sous-jacents de manière si structurée qu'on peut pratiquement en dégager des algorithmes, dont nous nous sommes inspirés d'ailleurs, plus haut, dans ce texte. Bien qu'il conclue, au terme de sa démarche, que la législation en cause est validée en vertu du POBG, on sent néanmoins, de la part du juge Wagner, le besoin de contrebalancer la portée de cette conclusion par la qualification extrêmement étroite qu'il fait de l'objet de la loi.

Si cette compétence semble plus aisément circonscrite que celle en matière criminelle, cela relève à notre avis d'un souci de préserver avant tout l'équilibre fédéral-provincial, tant les effets d'un rattachement d'un sujet donné à la compétence en matière de POBG sont grands, vu qu'en particulier, on puisse par ce moyen faire passer en exclusivité au législateur fédéral une compétence clairement provinciale. C'est là un effet lourd de conséquences que n'a pas le rattachement d'une mesure législative à la compétence fédérale en matière criminelle. La compétence fédérale en matière criminelle, de son côté, ouvre la porte à d'inévitables chevauchements de juridiction. La cohabitation, par exemple, des législations fédérale et provinciale sur les soins de fin de vie en est une illustration patente.

4.1 La Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre

La Loi sur la tarification des GES a été adoptée en 2021 par le Parlement fédéral. Cette loi est l'aboutissement d'un processus engagé sur de longues années et est, bien

¹¹⁵ 2021 CSC 11.

¹¹⁶ Encore que la lecture de la forte dissidence du juge Brown, en désaccord profond avec les juges majoritaires sur cette question, appelle tout de même à une certaine circonspection dans une telle démarche de qualification (voir notamment le par. 455, mais aussi le par. 378 où il mentionne avec approbation la position du Procureur général du Québec.

entendu, liée aux engagements du Canada pris en adhérant à l'*Accord de Paris*¹¹⁷. De nombreux échanges ont eu lieu à ce sujet par la suite entre le gouvernement fédéral et ceux des provinces, processus dont le Renvoi sur la tarification des GES reconstitue les grandes étapes¹¹⁸. L'aboutissement de ce processus a été la sanction de la Loi sur la tarification des GES. Tout en reconnaissant l'importance de la question de la lutte aux changements climatiques, quelques provinces, comme nous le mentionnions plus haut, ont néanmoins contesté devant leurs tribunaux respectifs la validité de la Loi sur la tarification des GES, y voyant une ingérence dans les champs de compétence des provinces et une atteinte à leur autonomie législative.

On sait que les provinces, quant à la lutte aux changements climatiques, ont des points de vue très variés, compte tenu notamment de leurs contextes politiques, économiques et géographiques respectifs. Ainsi, avec son abondante énergie dite « propre »¹¹⁹ qu'est l'hydroélectricité, le Québec n'est pas dans une situation comparable, par exemple, à la Saskatchewan ou à l'Alberta, provinces pour lesquelles les hydrocarbures sont l'une des ressources principales. Ces inégalités de fait, bien entendu, influencent indéniablement les choix des gouvernements. Le Québec, longtemps le premier producteur mondial d'amiante, n'a-t-il pas tardé à bannir ce minéral?

La Loi sur la tarification des GES est du type « filet de sécurité » (ou « *backstop* » en anglais), en ce qu'elle fixe des normes minimales de tarification du carbone tout en laissant une grande latitude aux provinces d'adopter leurs propres régimes de tarification¹²⁰. Elle se compose de quatre parties. Sa partie 1 instaure le régime de base de tarification du carbone, s'appliquant par défaut à l'ensemble du territoire canadien, mais duquel les provinces ou territoires peuvent être exemptés si, de l'avis du gouvernement, ils disposent d'un régime équivalent de tarification. C'est à l'annexe 1 de la Loi que sont énumérées les juridictions ainsi exemptées. La partie 2 instaure un régime particulier pour les grands émetteurs, non sans rappeler, dans une certaine mesure, le régime de plafonnement et d'échange qu'a mis en place le Québec¹²¹. La partie 3 prévoit la possibilité d'assujettir, par règlement du gouverneur en conseil, des entreprises fédérales¹²² ou de territoires de compétence fédérale à des dispositions législatives provinciales. La partie 4 impose au ministre de l'Environnement et du Changement climatique de faire annuellement, au Parlement, un rapport sur l'application de la loi. Ce sont les parties 1 et 2 qui font fait l'objet d'une contestation devant les tribunaux.

¹¹⁷ Doc. N.U. FCCC/CP/2015/10/Add.1, 12 décembre 2015, art. 2(1)(a), 4(1), (2), (3).

¹¹⁸ 2021 CSC 11, par. 14 à 23.

¹¹⁹ On fait abstraction ici des effets permanents de l'ennoisement des terres, conséquence directe du harnachement des cours d'eau; à ce sujet voir *Conseil des Innus de Pessamit c. Hydro-Québec*, 2020 QCCS 4345.

¹²⁰ *Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 81 et 177, notamment.

¹²¹ Art. 46.1 et ss LQE; *Règlement sur le système de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre*, RLRQ, c. Q-2, r. 46.1.

¹²² L'expression « entreprise fédérale » à l'article 262 de la Loi sur la tarification des GES est analogue à celle que l'on retrouve dans la LCPE (1999).

Bien que plusieurs provinces soient intervenues devant la Cour suprême, ce sont trois d'entre elles qui, au départ, avaient introduit un recours devant leurs instances respectives. Les cours d'appel de la Saskatchewan et de l'Ontario avaient jugé constitutionnelle la Loi sur la tarification des GES, dans des décisions partagées¹²³. La Cour d'appel de l'Alberta l'avait jugée inconstitutionnelle et, par conséquent, aucun pourvoi n'a été introduit par cette province devant la Cour suprême. Sa décision était également partagée¹²⁴. La Colombie-Britannique, qui était intervenue dans le recours introduit par l'Alberta, s'est pourvue de plein droit devant la Cour suprême, en appui à la législation fédérale.

Chaque province contestante y est allée de ses propres arguments, tranchés au sein de leurs juridictions par leurs cours d'appel respectives. Les conclusions sont ainsi résumées dans l'arrêt de la Cour suprême :

L'Alberta, l'Ontario et la Saskatchewan contestent la constitutionnalité de la *LTPGES* pour des motifs liés au fédéralisme. L'Ontario plaide en outre l'inconstitutionnalité des redevances imposées par la *LTPGES*. Pour leur part, le fédéral et la Colombie-Britannique soutiennent que la *LTPGES* est constitutionnelle en vertu de la théorie de l'intérêt national.¹²⁵

Malgré la diversité des points de vue, le débat, selon la Cour suprême, se résumait à la question suivante :

La question à l'origine du renvoi dans chacun des trois pourvois est essentiellement la même : La *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* est-elle entièrement ou partiellement inconstitutionnelle?¹²⁶

Avant que la cause ne soit décidée en Cour suprême, diverses hypothèses ont été avancées quant à la validité ou l'invalidité de la loi fédérale. Ainsi, un auteur y a vu une application valable du pouvoir fédéral de taxation¹²⁷. D'autres ont justifié la pièce législative sur la base des pouvoirs fédéraux en matière de POBG dont il a été question plus haut¹²⁸.

¹²³ Décisions respectivement répertoriées sous 2019 SKCA 40 et 2019 ONCA 544, rendues par des bancs de 5 juges, avec une dissidence de 2 juges en Saskatchewan de même qu'en Ontario (mais dont l'une des juges minoritaires n'étaient qu'en partie dissidente en Ontario).

¹²⁴ Répertoriée sous 2020 ABCA 74, deux juges dissidents, formation de 5 juges.

¹²⁵ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 47.

¹²⁶ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 6.

¹²⁷ Bryan P. Schwartz, « The Constitutionality of Federal Carbon Pricing Benchmark & Backstop Proposals », *Man. L. J.*, 41:1, 211.

¹²⁸ Nathalie J. Chalifour, Peter Oliver, Taylor Wormington, « Clarifying the Matter: Modernizing Peace, Order, and Good Government in the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act* Appeals », 40 *Nat'l J. Const. L.* 153; voir aussi, mais à l'époque du *Protocole de Kyoto*, Peter W. Hogg, « Constitutional Authority over Greenhouse Gas Emissions », *Alta. L. R.* (2009) 46:2, 507; à l'opposé, cependant, voir Andrew Leach et Eric M. Adans, « Seeing Double: Peace, Order, and Good Government, and the Impact of Federal Greenhouse Gas Emissions Legislation on Provincial Jurisdiction », *Forum constitutionnel*, 29:1, 2020, 2.

4.1.1 *Le renvoi*

Sous la plume du juge Wagner, les juges majoritaires ont maintenu la validité de la Loi sur la tarification des GES sur la base des pouvoirs fédéraux en matière de POBG. Ils se sont également prononcés favorablement sur la qualification de la tarification en tant que mesure réglementaire. Dans sa dissidence, la juge Côté souscrit à la description que fait le juge Wagner des pouvoirs en matière de POBG, mais se dissocie de la qualification qu'il fait de la loi¹²⁹. Le juge Brown, pour sa part, rejette l'analyse fondée sur le POBG dans une vive dissidence¹³⁰. Le juge Rowe rejette également l'analyse fondée sur le POBG¹³¹.

En abordant la Loi sur la tarification des GES sous l'angle des pouvoirs en matière de POBG, la Cour suprême a apporté un éclairage intéressant sur la portée de ce champ de compétence. Dans une analyse très fine de ce qu'est, à son avis, la substance de cette compétence, le juge Wagner fournit des balises plus précises et plus claires que ce que les arrêts antérieurs portant sur cette question nous avaient apporté jusqu'ici. De plus, la nature plutôt abstraite de l'objet de la loi, à savoir une tarification (non pas que les changements climatiques et les émissions de GES soient des questions abstraites, mais par comparaison, par exemple, avec la pollution marine causée par le rejet de substances, qui était l'objet du débat dans *Crown Zellerbach*¹³²), fait en sorte que nous avons, avec le Renvoi sur la tarification des GES, un exposé nettement plus structuré sur ce que sont les pouvoirs en matière de POBG et la question de l'intérêt national.

4.1.2 *La qualification*

Quant à l'objet de la loi, c'est une qualification extrêmement précise et restreinte qu'en a fait la Cour suprême¹³³. Soucieux du maintien de l'équilibre dans le partage des pouvoirs que commande le fédéralisme canadien et d'éviter que les pouvoirs législatifs provinciaux soient vidés de leur substance, le juge Wagner a opté pour une description très restrictive de l'objet de la loi, par une lecture très stricte de ses dispositions. Il s'est refusé à y voir un exercice de réglementation des GES ou plus généralement des émissions atmosphériques¹³⁴. Ainsi, ce n'est pas le contrôle des GES qui a été rattaché à la compétence du Parlement fédéral en matière de POBG, ce qui aurait autrement pu être

¹²⁹ Voir *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, aux par. 222 et 295 notamment.

¹³⁰ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, aux par. 378 et 455 notamment.

¹³¹ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, aux par. 575 et 616 notamment.

¹³² *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401.

¹³³ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 51 à 88.

¹³⁴ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 58, 65 et 71.

la conséquence de la reconnaissance d'un tel sujet comme question d'intérêt national. Il en résulte que l'arrêt de la Cour suprême ne prive aucunement les provinces d'exercer leurs compétences propres quant à la réglementation des GES, l'intervention fédérale ne limitant leur compétence que dans les cas où elles institueraient une tarification inférieure aux normes minimales fixées par le gouvernement fédéral¹³⁵.

Contrairement à ce à quoi on aurait pu s'attendre, les mesures prévues dans la loi n'ont pas été qualifiées de mesures fiscales, elles n'ont pas été considérées comme une taxation¹³⁶. Plutôt, après un examen minutieux de la loi et du contexte de son adoption, le juge Wagner a ainsi résumé l'objet de la loi :

J'adopterais une formulation du caractère véritable de la *LTPGES* basée sur la tarification. À mon avis, la matière véritable de la *LTPGES* est l'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz.¹³⁷

De même :

[...] la matière véritable de la *LTPGES* est l'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz. [...] ¹³⁸

Pour en arriver à cette conclusion, il s'est appuyé sur les éléments habituellement disponibles à la Cour pour qualifier l'objet de la loi, bien que cet objet lui fût apparu clair au simple examen de la loi, de son titre-même et de ses dispositions.

Tout en rappelant que le titre d'une loi n'est pas déterminant dans l'analyse de son caractère véritable, le juge Wagner a vu dans celui de la Loi sur la tarification des GES une indication claire de sa matière :

[...] En l'espèce, la loi s'intitule « *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* ». Son titre intégral est : « *Loi visant à atténuer les changements climatiques par l'application pancanadienne de mécanismes de tarification à un large éventail de sources d'émissions de gaz à effet de serre et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois* ». Ces deux titres confirment que l'objet de la *LTPGES* est plus précis que la réglementation des émissions de GES. Comme l'indique clairement son titre intégral, la matière véritable de la *LTPGES* consiste non seulement « *à atténuer les changements climatiques* », mais à le faire « *par l'application pancanadienne de mécanismes de tarification à un large éventail de sources d'émissions de gaz à effet de serre* ».

¹³⁵ Renvois relatifs à la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 200.

¹³⁶ Renvois relatifs à la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 16 et 218.

¹³⁷ Renvois relatifs à la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 57.

¹³⁸ Renvois relatifs à la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 80.

[...] l'objet principal de celle-ci est la tarification nationale des émissions de GES, et non pas, plus largement, la réduction des émissions de GES.¹³⁹

Les autres éléments considérés par le juge apparaissent davantage, à la lecture de l'arrêt, comme des éléments corroboratifs de l'objet véritable de la loi, plutôt de démonstratifs. C'est le cas de son préambule (par. 60 et 61 du renvoi), de la preuve extrinsèque disponible (par. 62 à 68 du renvoi) et des effets juridiques de la loi (par. 69 à 73 du renvoi). Pour ce qui est des effets « pratiques » de la loi, la conclusion du juge est lapidaire (par. 78) :

À mon avis, la preuve concernant les effets pratiques dans la présente affaire n'est pas particulièrement utile pour qualifier la *LTPGES*. [...]

Une fois défini cet objet – la qualification – il fallait ensuite passer à sa classification, c'est-à-dire rattacher cet objet à un champ de compétence constitutionnelle. Dans cet exercice, il faut garder à l'esprit que l'objet véritable de la loi a été circonscrit de manière très restreinte par la Cour : « [...] la matière véritable de la *LTPGES* est l'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz. [...] ». C'est donc cette matière précise, ainsi énoncée, qu'il fallait ensuite rattacher à un champ de compétence fédéral.

[...] La première étape consiste à qualifier le caractère véritable — ou la matière — de la loi ou disposition contestée. La deuxième étape consiste à classer cette matière par référence aux chefs de compétence énumérés dans la Constitution. [...]¹⁴⁰

Cette deuxième étape suppose de répondre, par prudence, à une question préliminaire, qui est de savoir si la matière proposée « présente, pour le Canada tout entier, un intérêt suffisant pour justifier d'être prise en considération au regard [de la théorie de l'intérêt national] », requérant à cet égard une preuve propre à convaincre la cour¹⁴¹. Cette question permet d'éviter d'invoquer trop à la légère cette théorie, tout en fournissant des éléments contextuels essentiels à l'analyse subséquente, avec pour but de « limiter adéquatement l'élargissement des pouvoirs fédéraux fondés sur cette même théorie »¹⁴². Cette question préliminaire est la première de trois étapes identifiées par le juge Wagner, au stade de la classification. La seconde étape est l'analyse relative à l'unicité, à la

¹³⁹ *Revois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 58.

¹⁴⁰ *Revois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 114.

¹⁴¹ *Revois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 142.

¹⁴² *Revois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 143 et 144.

particularité et à l'indivisibilité de la matière, qu'elle soit nouvelle ou non¹⁴³. À cet égard, le fédéral doit étayer ses prétentions par une preuve convaincante¹⁴⁴.

Des principes, rappelle le juge, sous-tendent cette étape, le premier étant que la matière prétendument fédérale doit être spécifique et facilement identifiable, en plus d'être qualitativement différente d'une matière de compétence provinciale¹⁴⁵. Le second principe est la démonstration de l'incapacité provinciale dont nous avons parlé plus haut (section 3.2.3), c'est-à-dire que les provinces ne seraient pas habilitées par la Constitution à intervenir¹⁴⁶. À cela s'ajoute un troisième facteur : le défaut d'agir d'une province doit avoir des conséquences extraprovinciales graves¹⁴⁷.

En procédant à cette analyse, le juge Wagner s'est penché longuement dans son jugement sur la question de l'intérêt national, en relatant ses origines (depuis les tout débuts de la confédération canadienne)¹⁴⁸, son évolution et les étapes marquantes qu'ont été les arrêts *Crown Zellerbach* et *Renvoi : Loi anti-inflation*. Point intéressant : alors que l'application de la théorie de l'intérêt national a, en principe, pour effet de donner compétence exclusive au Parlement fédéral sur une matière donnée (et donc priver les provinces d'une telle compétence), le juge laisse pleinement place à l'application de la doctrine du double aspect.

[125] Une autre question étroitement liée est l'applicabilité de la théorie du double aspect à une matière d'intérêt national. Cette théorie « reconnaît que des situations de fait identiques peuvent être réglementées suivant des perspectives différentes, l'une relevant d'une compétence provinciale et l'autre, d'une compétence fédérale » : *Transport Desgagnés*, par. 84. Si une situation de fait peut être réglementée suivant des perspectives fédérale et provinciale différentes, et que chaque ordre de gouvernement a un intérêt impérieux à adopter des règles de droit la concernant, alors la théorie du double aspect peut s'appliquer : *ibid.*, par. 85.

[...]

[129] La théorie du double aspect prend une importance particulière dans les cas où, comme en l'espèce, le fédéral revendique compétence sur une matière impliquant l'imposition d'une norme nationale minimale au moyen d'une loi qui agit comme filet de sécurité. La reconnaissance d'une telle matière d'intérêt national va inévitablement entraîner une situation de double aspect. Du point de vue de l'autonomie des provinces, l'effet corrosif est le même. En conséquence, les

¹⁴³ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 141.

¹⁴⁴ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 141.

¹⁴⁵ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 147.

¹⁴⁶ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 152.

¹⁴⁷ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 153.

¹⁴⁸ *Russell c. La Reine* (1882), 7 App. Cas. 829 (C.P.), et *Procureur général de l'Ontario c. Procureur général du Canada*, [1896] A.C. 348 (C.P.).

tribunaux doivent reconnaître que cette vision des choses équivaut à une invitation à identifier un double aspect jusque-là inconnu, détermination emportant des conséquences évidentes sur l'autonomie des provinces.

À cet égard, cependant, il y a lieu de relever la dissidence du juge Brown, reprenant avec approbation un commentaire du Procureur général du Québec :

[378] Le procureur général du Québec présente un résumé particulièrement convaincant et valable sur le plan constitutionnel du problème que pose le recours par les juges majoritaires à la théorie du double aspect dans l'affaire qui nous occupe, et des dommages à la fédération qui s'ensuivront. Le procureur général du Québec – qui connaît bien la tarification du carbone et les mesures législatives visant à atténuer les changements climatiques – affirme que la matière proposée ne porte pas sur deux aspects de la même matière; elle porte plutôt sur le même aspect de la même matière.

Il faut aussi prendre en considération le fait que la loi a été conçue comme un « filet de sécurité » laissant une grande marge de manœuvre aux provinces. Pour la Cour, elle se limite comme on l'a vu à établir des normes minimales relatives à la tarification du carbone. De plus, la Cour rappelle que, dans l'inscription d'une province à l'annexe 1 de la loi (ou sa radiation de l'annexe), le gouvernement ne jouit pas d'une discrétion absolue et doit agir dans le respect de la finalité de la loi.

[...] le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil est limité à la fois par l'objet de la *LTPGES* et par les indications précises énoncées dans la loi à cet égard relativement aux décisions d'assujettissement : voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, par. 108; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810, par. 24. [...] ce pouvoir discrétionnaire est néanmoins limité, en ce qu'il doit être exercé conformément à l'objet pour lequel il a été conféré. En conséquence, le gouverneur en conseil ne dispose certainement pas d'une « "discrétion" absolue et sans entraves » : *Vavilov*, par. 108, citant *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140.¹⁴⁹

4.1.3 Commentaire

De l'analyse de l'arrêt de la Cour suprême sur la Loi sur la tarification des GES, on peut tirer une conclusion qui peut apparaître paradoxale. Si importante que soit devenue la question de la protection de l'environnement, non seulement à l'échelle canadienne, mais mondialement, le caractère trop vaste et par ailleurs « obscur » (pour reprendre un qualificatif émanant de la Cour suprême elle-même) qu'est le domaine de l'environnement empêche d'en faire en soi une question de POBG au plan constitutionnel. Au-delà de la question environnementale, c'est la mesure précise adoptée qui doit être analysée à travers le prisme de l'intérêt national. C'est l'objet visé par une telle mesure qui doit présenter les caractéristiques d'unicité, de particularité et

¹⁴⁹ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 73.

d'indivisibilité, ce qui est tout à fait le contraire de toute mesure à caractère environnemental qui soit large et globale.

Si des matières générales telles que « l'inflation », « la croissance économique » ou « la protection de l'environnement » étaient jugées constituer des matières d'intérêt national, l'équilibre des pouvoirs entre le fédéral et les provinces « [. . .] disparaîtrait rapidement » : p. 445.¹⁵⁰

Ainsi, on peut s'attendre à ce que, quelle que soit l'importance que prendront au fil des années les questions environnementales, nous doutons qu'elles puissent modifier substantiellement l'équilibre constitutionnel fédéral-provincial du seul fait de leur importance et d'une quelconque reconnaissance internationale. Ce qui se produira, à notre avis, c'est davantage de mesures prises par le gouvernement fédéral dans les limites permises par ses champs de compétence, laissant à des situations très exceptionnelles le recours valide au POBG.

Il risque toutefois d'en être autrement quant à ses interventions fondées sur sa compétence en matière criminelle.

4.2 Les espèces en péril et la compétence en matière de droit criminel

Nous avons vu plus haut que l'article 22 LQE peut aisément se rattacher à la compétence générale d'une province sur ce qui est de nature locale ou privée sur son territoire, sans compter la compétence de celle-ci sur la propriété et les droits civils. Les lois relatives au zonage et, plus généralement, à l'urbanisme relèvent incontestablement de la compétence provinciale¹⁵¹. Quant à la protection des espèces vivantes, les provinces et le Parlement se partagent des compétences quant aux oiseaux migrateurs, aux poissons et aux mammifères marins, mais les provinces ont manifestement une compétence plus large sur la faune et la flore.

C'est l'exercice de ces compétences qu'est venu frapper de plein fouet le Décret d'urgence relatif à la rainette faux-grillon de l'Ouest, pris en 2016 par le gouvernement fédéral, et dont la validité a été confirmée en 2020 par la Cour d'appel fédérale. Rattaché à la compétence fédérale en matière de droit criminel, il est venu régir un territoire bien précis (de très faible étendue relative, 1,85 km², par rapport au territoire provincial, mais considérable pour le ou les propriétaires ainsi dépossédés) en y édictant des interdictions portant sur des activités autrement légitimes et normales d'aménagement du territoire, dûment autorisées tant en vertu de la LQE qu'en vertu de la réglementation municipale d'urbanisme.

L'affaire met en cause une compagnie œuvrant principalement dans le développement domiciliaire, le Groupe Maison Candiac inc. Des terrains devant être développés par cette compagnie sur la Rive-Sud de Montréal comportaient des sites identifiés comme habitats

¹⁵⁰ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 102.

¹⁵¹ *Munro c. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663, p. 667.

d'une espèce d'amphibien qui, selon la preuve au dossier, était la rainette faux-grillon de l'ouest (*Pseudacris triseriata*)¹⁵², dont la population dite « des Grands Lacs/Saint-Laurent et du Bouclier canadien » figure à l'annexe 1 de la LEP en tant qu'espèce menacée (se trouvant donc être une espèce « inscrite » au sens de cette loi). Le certificat d'autorisation délivré à la Ville de La Prairie en vertu de la LQE prévoyait d'ailleurs des mesures de protection de la rainette prescrites par le ministre de l'Environnement, du Développement durable, de la Faune et des Parcs¹⁵³. Rien n'indiquait que ces mesures ne seraient pas respectées.

Dans sa décision¹⁵⁴, la Cour fédérale expose ainsi la menace principale à laquelle fait face la rainette faux-grillon de l'ouest :

[22] La plus grande menace qui pèse sur la rainette faux-grillon de l'Ouest viendrait du fait que ses habitats se trouvent sur des terres jugées d'intérêt pour le développement, qu'il soit urbain ou agricole. L'assèchement et le remblaiement des terres qui en résultent s'avèreraient en effet fatal pour plusieurs individus en plus de modifier de façon importante la qualité de l'habitat de l'espèce par la disparition des étangs temporaires essentiels à sa reproduction, notamment.

4.2.1 Le Décret d'urgence

Alors qu'elle était à développer ses terrains, la compagnie a vu son projet stoppé net par la délivrance du Décret d'urgence le 8 juillet 2016 (et aussi auparavant, par un décret semblable délivré le 17 juin 2016, mais qui n'était alors pas encore en vigueur)¹⁵⁵. En gros, ce décret interdit toute activité de drainage, d'excavation, de déboisement et de construction d'infrastructures dans une aire précise, désignée par numéros de lots. La compagnie a alors tenté de faire invalider le décret par la Cour fédérale, d'une part parce que la disposition habilitante (le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) de la Loi) excédait la compétence du Parlement et, d'autre part, parce que le décret constituait une forme d'expropriation déguisée. La compagnie a été déboutée sur ces deux motifs. Dans ces lignes, nous nous intéressons au premier de ces moyens.

Le 4 décembre 2015, la ministre fédérale de l'Environnement avait conclu à l'existence d'une menace imminente au rétablissement de la rainette faux-grillon de l'Ouest, du fait des travaux annoncés du promoteur. Elle considérait notamment que les mesures prises pour atténuer l'impact du projet domiciliaire ne permettraient probablement pas d'assurer

¹⁵² Il semble que l'espèce présente ne soit pas, en fait, la rainette faux-grillon de l'Ouest, mais plutôt la rainette faux-grillon boréale (*Pseudacris maculata*). Le Groupe Maison Candiac, dans sa contestation en Cour fédérale, a tenté d'apporter cette preuve, mais la permission lui en a été refusée compte tenu des règles de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire : *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2017 CF 430, conf. par 2017 CAF 216. Ce doute sur l'identité de l'espèce n'influence toutefois pas notre analyse.

¹⁵³ Certificat d'autorisation délivré le 10 février 2014, dossier no 7450-16-01-0372401-401104973.

¹⁵⁴ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, conf. par 2020 CAF 88.

¹⁵⁵ *Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien)*, DORS/2016-211; la référence du décret du 17 juin 2016 est TR/2016-36.

la viabilité à long terme de la métapopulation de rainettes faux-grillon de l'ouest touchée par le projet. Elle avait en conséquence recommandé l'émission d'un décret d'urgence.

Un premier décret d'urgence avait été adopté, tel que mentionné, le 17 juin 2016 par le gouverneur en conseil. Il devait entrer en vigueur 30 jours plus tard. Comme de la machinerie était toujours observée sur le site avant son entrée en vigueur, un second décret d'urgence, semblable, mais avec prise d'effet immédiate celui-là, a été émis le 8 juillet 2016. C'est ce second décret qui était visé par la contestation devant la Cour fédérale.

4.2.2 *La Loi sur les espèces en péril*

La *Loi sur les espèces en péril*, sanctionnée en 2002, vise à mettre en œuvre les obligations du Canada découlant de la *Convention des Nations Unies sur la diversité biologique*¹⁵⁶ adoptée le 5 juin 1992 et entrée en vigueur le 29 décembre 1993¹⁵⁷. C'est en 1995 que le Canada a dévoilé sa stratégie quant à cette convention et un accord fédéral-provincial sur la protection des espèces en péril s'en est suivi, favorisant une approche nationale¹⁵⁸. La LEP découle de la stratégie fédérale. Elle vise à « mettre en œuvre les obligations du Canada en vertu de la Convention sur la biodiversité »¹⁵⁹. En 2012, le Canada et le Québec ont conclu l'*Entente de collaboration pour la protection des espèces en périls au Québec*, fondée sur la reconnaissance qu'une collaboration entre les deux gouvernements et reconnaissant que la complémentarité de leurs programmes est importante pour assurer de manière plus efficace la protection et le rétablissement des espèces en péril¹⁶⁰.

La LEP distingue notamment « espèce aquatique »¹⁶¹ et oiseau migrateur des autres espèces et tient également compte du territoire où l'espèce se trouve (à savoir un territoire sous juridiction fédérale ou non). Les espèces visées par cette loi sont les espèces « inscrites », c'est-à-dire celles qui apparaissent sur la *Liste des espèces en péril* figurant à l'annexe 1 de la loi¹⁶². Ainsi que le décrit la Cour fédérale :

[57] Pour l'essentiel, la Loi s'articule autour de trois grands axes : (i) l'inscription des espèces sauvages sur la Liste des espèces en péril; (ii) l'élaboration et la mise en œuvre de programmes de rétablissement et de plans de gestion pour les espèces inscrites comme espèces en péril; et (iii) la mise en place d'un régime

¹⁵⁶ 1760 RTNU 79.

¹⁵⁷ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, par. 6.

¹⁵⁸ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, par. 12.

¹⁵⁹ *Centre québécois du droit de l'environnement c. Canada (Environnement)*, 2015 CF 773, par. 6.

¹⁶⁰ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, par. 18.

¹⁶¹ Selon le paragraphe 2(1) LEP, une « espèce aquatique » est une « [e]spèce sauvage de poissons, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les pêches* ou de plantes marines, au sens de l'article 47 de cette loi »; les « poissons » dans la LP comprennent les poissons proprement dits, mais aussi les mollusques, les crustacés et les animaux marins et les produits de leur reproduction, alors que les plantes marines s'entendent notamment « des algues benthiques et détachées, des plantes marines à fleurs et des algues brunes, rouges et vertes ainsi que du phytoplancton ».

¹⁶² *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, par. 18.

d'interdictions, assorties de sanctions, et de mesures de contrôle d'application de la Loi.

Parmi les interdictions prévues dans la LEP, on retrouve à l'article 32 l'interdiction, sous peine de sanction, de tuer un individu d'une espèce en voie de disparition ou menacée, de lui nuire, de le harceler, de le capturer, ou de le prendre. Il est également interdit de posséder, collectionner, vendre ou acheter un tel individu, une partie de celui-ci ou un produit qui en provient. La loi interdit également à l'article 33 d'endommager ou de détruire sa « résidence » (c'est-à-dire en quelque sorte, pour un animal, son nid ou sa tanière). Bien qu'elles ne distinguent pas les espèces de compétence fédérale des autres espèces en péril, ces interdictions ne seront étendues à ces autres espèces que si un décret est adopté à cet égard (article 34). D'autres interdictions visent les espèces de compétence fédérale ou celles qui se trouvent sur le territoire domanial fédéral. Les infractions et les peines, quant à elle, sont prévues à l'article 97 LEP.

4.2.3 *Le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) de la LEP*

C'est l'article 80 qui permet au gouvernement fédéral de prendre un décret d'urgence pour protéger une espèce inscrite :

80.(1) Sur recommandation du ministre compétent, le gouverneur en conseil peut prendre un décret d'urgence visant la protection d'une espèce sauvage inscrite.

(2) Le ministre compétent est tenu de faire la recommandation s'il estime que l'espèce est exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement.

(3) Avant de faire la recommandation, il consulte tout autre ministre compétent.

(4) Le décret peut :

a) dans le cas d'une espèce aquatique :

(i) désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret,

(ii) imposer des mesures de protection de l'espèce et de cet habitat, et comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de leur nuire;

b) dans le cas d'une espèce d'oiseau migrateur protégée par la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrants* se trouvant :

(i) sur le territoire domanial ou dans la zone économique exclusive du Canada :

(A) désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret,

(B) imposer des mesures de protection de l'espèce et de cet habitat, et comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de leur nuire,

(ii) ailleurs que sur le territoire visé au sous-alinéa (i) :

(A) désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret,

(B) imposer des mesures de protection de l'espèce, et comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de nuire à l'espèce et à cet habitat;

c) dans le cas de toute autre espèce se trouvant :

(i) sur le territoire domanial, dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental du Canada :

(A) désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret,

(B) imposer des mesures de protection de l'espèce et de cet habitat, et comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de leur nuire,

(ii) ailleurs que sur le territoire visé au sous-alinéa (i) :

(A) désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret,

(B) comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de nuire à l'espèce et à cet habitat.

(5) Les décrets d'urgence sont soustraits à l'application de l'article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires*.

81. Malgré le paragraphe 80(2), le ministre compétent n'est pas tenu de recommander la prise d'un décret d'urgence s'il estime que des mesures équivalentes ont été prises en vertu d'une autre loi fédérale pour protéger l'espèce sauvage.

82. Si le ministre compétent estime que l'espèce sauvage visée par un décret d'urgence ne serait plus exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement si le décret était abrogé, il est tenu de recommander au gouverneur en conseil de l'abroger.

Le sous-alinéa 80(4)(c)(ii), qui était en cause dans l'affaire *Groupe Maison Candiac*, s'étend à toute espèce ailleurs que sur le territoire domanial, la zone économique exclusive ou le plateau continental du Canada¹⁶³. On voit qu'un tel décret peut délimiter une aire d'application et désigner l'habitat nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans cette aire d'application. Il peut interdire les activités susceptibles de nuire à cette survie ou à ce rétablissement. La contravention à un décret d'urgence est passible des sanctions prévues à l'article 97 LEP.

La compagnie ne contestait pas la LEP dans son ensemble, allant même jusqu'à reconnaître, sauf quant à la disposition attaquée, que cette loi était en parfaite harmonie avec le partage des compétences¹⁶⁴. La LEP, en effet, vise principalement à protéger les espèces aquatiques (dont les poissons, au sens élargi de la *Loi sur les pêches*, c'est-à-dire s'étendant notamment aux mammifères marins, aux mollusques et aux crustacés) et les oiseaux migrateurs, ou encore toute espèce sauvage située sur le territoire domanial fédéral, espèces à l'égard desquelles la compétence fédérale ne fait pas de doute.

¹⁶³ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, par. 84.

¹⁶⁴ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, par. 90.

Aux yeux du promoteur, il en était tout autrement du sous-alinéa 80(4)(c)(ii), qu'il a tout de même qualifié de « filet de sécurité » en cas de menace imminente relative à des espèces ne relevant pas de la compétence fédérale.

Selon la Cour fédérale, un tel décret d'urgence, par les termes mêmes du sous-alinéa, ne peut comporter que deux composantes : l'identification de l'habitat nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce et l'interdiction, sous peine de sanctions, d'activités présentant une menace à cette survie ou à ce rétablissement¹⁶⁵. À la différence de la plupart des autres dispositions de la LEP, le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) ne se limite pas, dans son application, aux espèces sauvages de compétence fédérale.

Le promoteur y a vu une usurpation du pouvoir des provinces de jouer leur rôle de gardien des espèces ne relevant pas de l'État fédéral. Le sous-alinéa n'aurait pas été adopté pour réprimer un mal ou contrer un préjudice appréhendé. Il y voyait une immixtion dans les champs de compétence des provinces¹⁶⁶. Pour le promoteur, la compétence du Parlement en matière de POBG ne justifiait pas davantage l'adoption de ce sous-alinéa. Cette matière ne présentait pas l'indivisibilité, l'unicité, et la particularité requises, rappelant à cet égard que le Parlement lui-même avait reconnu que la conservation des espèces sauvages au Canada était, au contraire, « une responsabilité partagée par les gouvernements du pays »¹⁶⁷. Le promoteur, enfin, voyait dans le décret une expropriation sans indemnisation, ce qui à ses yeux l'invalidait¹⁶⁸.

De son côté, le Procureur général rappelait qu'en permettant une intervention d'urgence lorsqu'une espèce en péril est sur le point de subir un préjudice qui compromettra sa survie ou son rétablissement, le sous-alinéa constituait un « filet de sécurité » visant à compenser des situations où les mesures locales ou provinciales échouaient¹⁶⁹. Il a fait un parallèle, à cet égard, avec l'ancien article 35 de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*¹⁷⁰, qui était en cause dans l'affaire *Hydro-Québec*¹⁷¹, destiné à parer en urgence à tout danger appréciable pour l'environnement. Pour le Procureur général, le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) est également une composante accessoire aux autres interdictions prévues par la LEP. Enfin, il soutenait que la disposition relevait de la compétence fédérale en matière criminelle.

Le juge a identifié ainsi les questions à décider (par. 41) :

- a) Le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) de la Loi excède-t-il la compétence du Parlement, entraînant ainsi l'invalidité du Décret d'urgence en vertu duquel il a été adopté?

¹⁶⁵ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, par. 97 et 103.

¹⁶⁶ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, par. 92.

¹⁶⁷ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, par. 97.

¹⁶⁸ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, par. 195.

¹⁶⁹ *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, par. 181; le juge LeBlanc a effectivement estimé, suivant la preuve extrinsèque, que le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) se veut un tel « filet de sécurité » et qu'en d'autres termes, « il vise, en situation d'urgence, à combler les lacunes des régimes provinciaux et territoriaux déjà en place ».

¹⁷⁰ L.R.C. (1985), c. 16 (4^e suppl.).

¹⁷¹ *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213.

b) Le Décret d'urgence est-il nul au motif qu'il constitue une forme d'expropriation sans indemnisation?

Nous ne nous intéressons, dans ces lignes, qu'à la première question.

4.2.4 *La question de la compétence en matière criminelle*

Sur la compétence en matière criminelle, le juge a précisé que la seule réserve quant au partage des compétences est que ce pouvoir ne peut servir à empiéter « spécieusement » sur la compétence provinciale (par. 101, citant l'arrêt *Hydro-Québec* au par. 120). À ce sujet, il a estimé que le promoteur ne l'avait pas persuadé que le sous-alinéa avait une telle finalité (par. 123). Il a également souligné la différence dans la portée permise d'un décret pris en vertu de ce sous-alinéa avec celle d'un décret pris à l'égard d'espèces relevant clairement de la compétence fédérale, étant donné que seules des interdictions étant prévues dans le premier cas, et non pas l'imposition de mesures positives de protection (par. 125).

Quant au « mal » à réprimer, il a rappelé la discrétion dont dispose le Parlement pour « décider quel mal il désire supprimer au moyen d'une interdiction pénale et quel intérêt menacé il souhaite ainsi sauvegarder » (citant *Hydro Québec* au par. 119)¹⁷². Sur ce point, le juge s'est dit d'avis que l'imminence d'une situation qui menace la survie ou le rétablissement d'une espèce en péril devait être une préoccupation tout aussi légitime en droit criminel que le rejet de substances toxiques dans l'environnement (par. 110), ajoutant que « la perte d'habitat est généralement considérée comme la principale cause de perte de biodiversité pour les espèces terrestres globalement », selon la preuve au dossier (par. 113, voir aussi par. 118). Pour lui, le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) s'inscrivait dans la même logique de protection de l'environnement que la régulation du rejet de substances toxiques, une matière considérée valide, dans *Hydro Québec*, en vertu de la compétence en droit criminel (par. 114). D'ailleurs, pour le juge, la LEP est « calquée » sur le modèle de la LCPE (par. 177).

Il y a vu un lien réel entre le préjudice appréhendé et le mal à réprimer, à savoir la disparition brutale et soudaine d'une espèce et l'amoindrissement de la qualité de l'environnement qui en résulterait (par. 114), reprenant également l'analogie avec la criminalisation de la cruauté envers les animaux évoquée par le juge Martineau dans *Centre québécois du droit de l'environnement*¹⁷³ (par. 117). Ainsi que nous l'évoquions plus haut, le juge a insisté sur la difficulté avec laquelle le banc de 9 juges de la Cour suprême avait tenté de qualifier les dispositions de la *Loi sur la procréation assistée*¹⁷⁴ (par. 120 et 121). Du reste, comme ce renvoi ne concernait pas la protection de l'environnement, il en a mitigé l'utilité dans la présente affaire, l'arrêt *Hydro Québec* demeurant pour lui le principal précédent applicable à l'examen de la compétence en droit criminel en matière de protection de l'environnement (par. 122). Les juges

¹⁷² *Le Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, par. 106 et 107.

¹⁷³ *Centre québécois du droit de l'environnement c. Canada (Environnement)*, 2015 CF 773.

¹⁷⁴ L.C. 2004, c. 2.

majoritaires dans *Hydro-Québec* ont considéré exagérée la crainte que l'article 35 de la LCPE perturbe l'équilibre fédéral-provincial. Ils ont conclu que le recours au droit criminel ne constituait pas un empiètement sur la compétence provinciale¹⁷⁵ (par. 136). Pour sa part, s'inspirant des propos du juge Zinn dans *Syncrude*¹⁷⁶, le juge LeBlanc a même considéré que cela tendait à justifier un empiètement plus sérieux des champs de compétence provinciale (par. 183, 184).

Le juge a également rejeté la prétention du promoteur que le régime du sous-alinéa 80(4)(c)(ii) serait de nature purement réglementaire, en particulier du fait de la délégation au gouvernement (par. 142 et 143). Il a, à cet égard, donné raison au Procureur général qui soulignait la nécessité, en matière d'environnement, d'une approche flexible face à l'ampleur et la complexité de ce domaine et de la vaste gamme d'activités en jeu (par. 148). Il a aussi rejeté l'argument du promoteur fondé sur l'application géographique asymétrique des interdictions prescrites par le Décret d'urgence, rappelant que la Cour suprême avait déclaré valides des lois criminelles appliquées différemment d'une région à l'autre (référant en cela aux loteries et à la *Loi sur les jeunes contrevenants*¹⁷⁷, (par. 161).

Et le juge de conclure :

[141] Une loi, je le rappelle, sera considérée comme relevant de la compétence du Parlement en matière de droit criminel lorsqu'elle stipule une interdiction assortie d'une sanction et que cette interdiction est fondée sur un « objectif public légitime », associé à un « mal » que le législateur cherche à combattre et à réprimer. J'ai déjà décidé que le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) était fondé sur un tel objectif et que cet objectif était associé à un « mal » à réprimer au sens du droit criminel.

Vu ses conclusions sur la compétence en matière de droit criminel, le juge ne s'est pas prononcé sur la question du pouvoir en matière de POBG. (par. 166), mais s'est prononcé sur la doctrine des pouvoirs accessoires :

[188] En somme, j'estime que le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) est constitutionnellement valide en tant que mesure de droit criminel. Si j'ai tort et que de par son caractère véritable, il s'avère être *ultra vires* des pouvoirs du Parlement, j'estime, dans ce cas, qu'il serait sauvegardé par la doctrine des pouvoirs accessoires en ce qu'un lien rationnel et fonctionnel le rattache à un régime législatif plus vaste, la Loi, par ailleurs valide.

Il a néanmoins apporté une réserve importante :

[189] Je tiens à préciser cependant que ma conclusion quant à la validité constitutionnelle du sous-alinéa 80(4)(c)(ii) ne vaut que dans la mesure où le décret d'urgence est pris dans un contexte où, de l'avis du ministre compétent, l'espèce qui en fait l'objet est, suivant le paragraphe 80(2) de la Loi, exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement.

¹⁷⁵ *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 131.

¹⁷⁶ *Syncrude Canada Ltd. c. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 160, par. 94.

¹⁷⁷ S.C. 1980-81-82-83, c. 110.

4.2.5 Discussion

Il importe ici de retenir que le promoteur, dans l'affaire *Groupe Maison Candiac*, ne s'est pas attardé au contenu détaillé du Décret d'urgence, mais a plutôt orienté sa contestation vers la disposition habilitante, le sous-alinéa 80(4)(c)(ii). Toute l'analyse du juge LeBlanc porte sur ce sous-alinéa et non sur la « concrétisation », dans le cas particulier de la rainette faux-grillon de l'ouest, du pouvoir conféré au gouvernement fédéral par le sous-alinéa. Or, bien qu'il soit tout à fait acceptable, comme l'a confirmé la Cour suprême dans *Hydro-Québec*, qu'un pouvoir relevant de la compétence législative en matière de droit criminel puisse être délégué au pouvoir exécutif (sous réserve, bien entendu, des commentaires de la juge Côté, dans le Renvoi sur la tarification des GES abordés plus haut), encore faut-il que la mesure prise par ce dernier respecte les balises qui encadrent le pouvoir législatif habilitant.

Le paragraphe 2(1) LEP définit ainsi l'habitat essentiel : « L'habitat nécessaire à la survie ou au rétablissement d'une espèce sauvage inscrite, qui est désigné comme tel dans un programme de rétablissement ou un plan d'action élaboré à l'égard de l'espèce ». On reconnaît ici la terminologie du sous-alinéa 80(4)(c)(ii). Selon le programme de rétablissement de la rainette¹⁷⁸, la désignation de cet habitat essentiel est fondée sur deux critères : l'occupation de l'habitat par l'espèce et son caractère convenable.

Le premier critère est énoncé comme suit :

Ce critère réfère aux localisations géographiques pour lesquelles il y a un degré raisonnable de certitude de leur usage récurrent par l'espèce (un indicateur du caractère convenable des milieux humides servant à la reproduction ainsi que les habitats terrestres adjacents) et de leur contribution à la dispersion d'individus entre les populations locales adjacentes (un indicateur du maintien des processus de métapopulation).

Le second critère, sur le caractère convenable de l'habitat, réfère aux caractéristiques biophysiques des habitats où les individus peuvent combler leurs besoins liés aux différents stades de leur cycle de vie. Dans le cas de la rainette, il comprend des superficies de milieux humides pour les stades aquatiques de son cycle de vie et des superficies terrestres pour les stades terrestres. On inclut, pour les premiers, ce qui se situe dans un rayon de 300 mètres d'une mention. Pour les stades terrestres, on inclut ce qui est en deçà de 300 mètres desdits milieux humides. S'ajoutent des habitats dits « de dispersion » pour maintenir la connectivité entre les populations locales.

4.2.6 Une démarche s'apparentant au zonage

¹⁷⁸ Environnement Canada. 2015. *Programme de rétablissement de la rainette faux-grillon de l'ouest (Pseudacris triseriata), population des Grands Lacs/Saint-Laurent et Bouclier canadien, au Canada*. Série de Programmes de rétablissement de la Loi sur les espèces en péril, Environnement Canada, Ottawa, vii et 52 p., section 7.1.

Sur ce plan, il y a lieu d'examiner de quelle manière le gouvernement fédéral a procédé dans la délivrance du Décret d'urgence. Il ne comporte que 6 articles. C'est à l'article 1 qu'on y désigne ce qui est considéré, pour la rainette, comme l'habitat nécessaire à son rétablissement. L'article 2 énumère les activités interdites dans cet « habitat ». Les autres articles ont trait aux sanctions (article 97 LEP) et à la prise d'effet du Décret d'urgence. L'article 1 s'énonce comme suit :

1. Pour l'application de l'alinéa 80(4)c) de la *Loi sur les espèces en péril*, sont désignées comme habitat nécessaire au rétablissement de la rainette faux-grillon de l'Ouest les aires figurant à l'annexe.

Nous avons souligné les termes « aires figurant à l'annexe » pour illustrer ici un premier défaut du Décret d'urgence. Ce que prescrit le sous-alinéa 80(4)(c)(ii), et plus particulièrement la disposition (A) de ce sous-alinéa, c'est de « désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret ». Le Décret d'urgence se limite plutôt à désigner une « aire », sans plus, qu'il assimile à l'« habitat essentiel ». Or, il faut voir comment cette aire est décrite. L'annexe du Décret d'urgence, intitulée « Habitat nécessaire au rétablissement de la rainette faux-grillon de l'Ouest » se borne à énumérer des lots. Par exemple, le lot 1 914 106, le lot 1 914 411, le lot 2 095 404 et ainsi de suite.

L'annexe du Décret d'urgence est donc une simple énumération de 66 lots numérotés de cette manière et 56 parcelles, ou parties de lots, désignées par tenants et aboutissants. En fait, on ne vise pas ici un habitat. On délimite un territoire, à savoir les propriétés visées par le projet de développement domiciliaire. On a franchi la première étape du processus, la délimitation d'une aire. Point. Il y a quelque part sur ce territoire un habitat nécessaire au rétablissement de la rainette, sans le localiser, sans même que le Décret d'urgence n'en énumère les caractéristiques.

Le tracé de « l'aire » en question, qualifiée d'habitat nécessaire de surcroît, apparaît éminemment discrétionnaire. Dans l'affaire *Habitations Îlot St-Jacques*, le demandeur contestait l'ajout de son lot dans cette aire, alors qu'il n'était pas inclus dans la recommandation du ministre au gouvernement. Du seul fait de la présence rapportée de rainette à moins de 300 mètres du lot, son inclusion dans l'aire délimitée par le Décret d'urgence a été considérée valide¹⁷⁹.

Aucun des recours devant la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale où le Décret d'urgence été débattu ne s'est attardé à l'habilitation constitutionnelle du gouvernement fédéral de délimiter un territoire, élément premier du processus prévu au sous-alinéa 80(4)(c)(ii). Or, quelle que soit la finalité du processus et tout louable qu'il soit, le gouvernement a constitué à toutes fins utiles une aire protégée sur des terres privées¹⁸⁰,

¹⁷⁹ *Habitations Îlot St-Jacques inc. c. P.G. du Canada*, 2019 CF 315, par. 64, conf. par 2021 CAF 27.

¹⁸⁰ Ajoutons que les propriétaires n'ont pas été indemnisés, la Cour fédérale ayant refusé de voir dans le Décret d'urgence une expropriation déguisée (*Groupe Maison Candiac inc. c. P.G. du Canada*, 2018 CF 643, conf. par 2020 CAF 88); voir en particulier les par. 42, 46 et 69 à 72 de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale); de plus, bien que l'absence de programme d'indemnisation ait été vue comme une possible contravention à la LEP par le gouvernement fédéral, la Cour fédérale n'y a

une aire protégée qui est peut-être appelée « habitat nécessaire au rétablissement de la rainette », mais néanmoins une aire protégée. C'est à l'intérieur de cette aire qu'ensuite, le gouvernement fédéral édicte des interdictions et impose des sanctions, ces deux derniers éléments ayant été vus comme étant une application valide de la compétence fédérale en matière criminelle. Mais c'est faire abstraction de l'étape de départ, la délimitation de l'aire protégée.

La délimitation d'une aire à l'intérieur de laquelle des activités sont interdites constitue ni plus ni moins du zonage.

Le zonage est un outil de réglementation de l'usage d'un espace et, aussi, par voie de conséquence, de réglementation des activités – ou tout au moins de certaines d'entre elles – qui ont vocation à s'y exercer.¹⁸¹

Comme on l'a vu, le zonage est une compétence provinciale. On a reconnu exceptionnellement à la Commission de la capitale nationale des pouvoirs en cette matière, sur la base de l'intérêt national pour le Canada de bien aménager la Capitale et sa région¹⁸². Le gouvernement fédéral peut certes acquérir des terres privées à des fins de conservation puis, en vertu de sa compétence sur la dette et la propriété publiques¹⁸³ les régir à sa guise. Considérer que le gouvernement fédéral puisse, pour contrer un « mal », procéder par zonage nous semble très près de l'empiètement « spécieux » sur les champs de compétence provinciale dont parle le juge Wagner dans le Renvoi sur la tarification des GES¹⁸⁴. Une telle question n'a pas été soumise à la Cour fédérale dans les causes relatives au sous-alinéa 80(4)(B)(ii) LEP.

Il y a un autre aspect également qui nous apparaît préoccupant, quant à l'étendue du pouvoir constitutionnel fédéral en matière de droit criminel. Pour prendre la pleine mesure du Décret d'urgence, sous cet angle, il y a lieu de faire ici un parallèle avec l'arrêté d'urgence dont il a été question dans l'affaire *Hydro-Québec*. Rappelons que le juge LeBlanc, dans *Groupe Maison Candiak*, a établi une parenté de rédaction et de structure entre la LEP et la LCPE. Tout comme la LCPE accordait au ministre de l'Environnement le pouvoir d'adopter un arrêté d'urgence, la LEP prévoit la prise d'un décret d'urgence. Sur ce plan, quant à la disposition habilitante, soit le sous-alinéa 80(4)(c)(ii), il ressort du jugement de la Cour fédérale et de l'arrêt de la Cour fédérale d'appel que la disposition est valide sur la base de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Mais là où une nette distinction s'impose, c'est dans le contenu des arrêté et décret d'urgence respectifs. Or, ce n'était pas la question dont était saisie la Cour fédérale.

pas vu une cause d'invalidation du Décret d'urgence : *Habitations Îlot St-Jacques inc. c. P.G. du Canada*, 2019 CF 315, par. 64, conf. par 2021 CAF 27.

¹⁸¹ Jean-François Davignon, « Zonage », dans : Nicolas Kada éd., *Dictionnaire d'administration publique*. FONTAINE, Presses universitaires de Grenoble, « Droit et action publique », 2014, p. 519-520. URL : <https://www.cairn.info/dictionnaire-d-administration-publique--9782706121371-page-519.htm>.

¹⁸² *Munro c. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663, p. 667.

¹⁸³ Par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹⁸⁴ 2021 CSC 11, par. 120.

Si un parallèle doit se faire, non pas au niveau de la disposition habilitante, mais de l'exercice, par l'exécutif du pouvoir qui lui est délégué, il faudrait plutôt comparer le Décret d'urgence, autant dans la forme que le fond, à un hypothétique arrêté d'urgence de même facture. Ainsi que le révèle l'arrêt *Hydro-Québec*, l'arrêté d'urgence n'a pas été pris pour prévenir un manquement imminent de la part d'Hydro-Québec. Il s'agit d'une mesure à caractère général applicable en tout lieu. Nous citons ici la paragraphe 6(a) de l'arrêté d'urgence :

6. La quantité de biphényles chlorés qui peut être rejetée, dans l'environnement, dans une région du Canada ne peut excéder 1 g par jour pour chaque pièce d'équipement ou contenant ou emballage d'équipement au cours de l'exploitation, de l'entretien, de la maintenance, de la mise hors service, du transport ou de l'entreposage de l'équipement suivant:

a) des condensateurs électriques ainsi que des transformateurs électriques et de l'équipement connexe, fabriqués ou importés au Canada avant le 1er juillet 1980;¹⁸⁵

Pour véritablement comparer l'exercice des deux pouvoirs délégués, il aurait fallu comparer le Décret d'urgence avec un arrêté qui aurait visé uniquement une menace comparable à ce qui a entraîné la poursuite contre Hydro-Québec, à savoir que des BPC s'étaient écoulés vers la rivière Saint-Maurice depuis un équipement d'Hydro-Québec. Imaginons, pour les fins de cette démonstration, qu'un inspecteur fédéral constate une défaillance de l'équipement en cause d'Hydro-Québec et en fasse rapport de l'imminence d'un rejet de BPC pouvant atteindre le Saint-Maurice. Vu les termes des articles 34 et 35 de la LCPE de l'époque, du fait que les « ministres » au sens de la LCPE auraient conclu que la substance, en l'occurrence les BPC, n'est pas réglementée comme il convient et qu'une intervention immédiate serait nécessaire pour parer à tout danger appréciable pour l'environnement, le ministre fédéral de l'Environnement aurait-il pu, en vertu droit criminel, passer un arrêté d'urgence ne visant que le seul équipement en cause d'Hydro-Québec et prohiber tout rejet en provenance de cet équipement seulement?

Si l'arrêté d'urgence avait été pris uniquement à l'égard de l'installation en cause d'Hydro-Québec sous prétexte, par exemple, que la localisation de l'équipement par rapport à la rivière, ou qu'une défaillance quelconque observée faisait croire « qu'une intervention immédiate est nécessaire afin de parer à tout danger appréciable soit pour l'environnement, soit pour la vie humaine ou la santé », et donc qu'Hydro-Québec se retrouvait régie par une interdiction « individualisée » ne visant que cet équipement à l'endroit où il se trouvait, du seul fait de l'imminence du rejet de BPC, on peut à juste titre se demander si la mesure aurait été considérée valide par la Cour suprême en matière de droit criminel, en tant que « mal » à réprimer.

Le « mal » au sens particulier de la compétence en matière de « droit criminel » peut-il être particularisé à ce point dans une société libre et démocratique? Bien qu'on reconnaisse une grande discrétion au Parlement dans la définition de ce qu'est un « mal », les conclusions des juges majoritaires de la Cour suprême auraient-elles été les mêmes? Sans compter qu'il ne vise pas tout geste, mais uniquement ceux qui seraient

¹⁸⁵ *Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés*, C.P. 1989-296.

imminents, bref criminaliser un rejet de BPC en un endroit précis du seul fait qu'il serait imminent, sans intervenir ailleurs faute de la même urgence? Certes, le juge LeBlanc a rejeté l'argument du promoteur fondé sur l'application asymétrique du Décret d'urgence, mais rappelons que le débat portait sur la validité constitutionnelle, non pas du décret lui-même, mais de la disposition habilitante.

Comme le montre le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*¹⁸⁶, les contours de la compétence fédérale en matière de droit criminel sont extrêmement difficiles à circonscrire. La *Loi sur la procréation assistée*, telle qu'examinée par la Cour suprême, comportait un volet prohibitif, mais aussi un volet réglementaire qui venait encadrer des actes que l'on observait déjà dans la pratique médicale. La validité du volet réglementaire n'a pas été maintenue, la majorité estimant qu'il s'agissait de dispositions qui empiétaient dans les champs de compétence des provinces tels que l'administration des hôpitaux, la propriété et les droits civils et les matières d'une nature purement locale et privée dans la province. Dans le cas qui nous occupe, le Décret d'urgence vient substituer le gouvernement fédéral au gouvernement provincial pour encadrer des activités qui autrement relèveraient de la province.

Cependant, toute légitime, justifiée et importante (voire « d'importance supérieure », selon les propos ci-dessus du juge La Forest) qu'est la protection de l'environnement, le juge LeBel a fait à ce sujet une mise en garde très importante, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*¹⁸⁷ :

Une formulation floue ou générale du caractère véritable pourrait avoir des conséquences perverses à plusieurs niveaux : d'abord sur le rattachement à une compétence exclusive, ensuite sur la portée du débordement. Par exemple, la conclusion que le caractère véritable d'une disposition la rattache à la santé ou à l'environnement serait problématique. En effet, ces sujets sont si vastes et comportent tellement d'aspects que, selon l'angle sous lequel ils sont abordés, ils peuvent justifier l'exercice des compétences législatives de l'un ou de l'autre des deux ordres de gouvernement. Il faut donc pousser l'analyse plus loin et vérifier quel aspect du domaine est visé.

5. CONCLUSION

Avec l'importance qu'ont prises aujourd'hui les questions environnementales, non seulement au Canada mais à l'échelle du Globe, les divers ordres de gouvernement seront de plus en plus appelés à intervenir à leur égard. On constate d'ailleurs que le droit de l'environnement est en constante évolution, une évolution rapide. Et le sujet est vaste. Entre la réglementation des matières dangereuses et la protection des espèces menacées, entre l'aménagement du territoire et la pollution atmosphérique, le seul lien est la protection de l'environnement (et, on pourrait ajouter, de la santé). Autrement, il s'agit de questions fort diverses appelant à des mesures qui le sont tout autant. Et même

¹⁸⁶ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, aux par. 259 et ss.

¹⁸⁷ 2010 CSC 61.

pour chacune de ces matières, les aspects peuvent eux aussi être fort divers. Régir les matières dangereuses peut signifier en contrôler la fabrication ou l'importation, en réglementer les résidus, en encadrer l'entreposage ou le transport, etc.

Dans ces conditions, il est évident qu'en matière d'environnement, dans le contexte fédéral canadien, les questions de juridiction vont se poser fréquemment et, peut-être, avec encore plus d'acuité qu'aujourd'hui, tant les défis apparaissent de plus en plus grands sur des questions comme, par exemple, la biodiversité, les changements climatiques, la préservation des ressources en eau, pour n'en nommer que quelques-unes. Avant la décennie 90, l'arène a été occupée principalement par les provinces dans une perspective de gestion davantage locale des questions environnementales (hormis les secteurs clairement de compétence fédérale, comme la navigation et l'aéronautique, où une gestion environnementale à l'échelle locale peut être nécessaire, par exemple les ports et les aéroports). Aujourd'hui, les interventions se complexifient, se diversifient et se déclinent à diverses échelles, locales, provinciales ou territoriales, pancanadiennes, nord-américaines, internationales.

Le législateur fédéral se fait de plus en plus visible dans cette arène et, invariablement, cela soulèvera la question de l'exercice de ses compétences, compte tenu que les problèmes ne seront plus nécessairement rattachés strictement à ses champs de compétence qu'on pourrait dire « traditionnels ». D'où la place que sont appelées à prendre ses sources de compétence plus larges que sont les matières de POBG et de droit criminel. L'équilibre fédéral-provincial est bien entendu en cause et il faudra voir de quelle manière les tribunaux tenteront de le préserver et avec quelle détermination, selon les juridictions. Ce sera là un véritable travail d'équilibriste comme en fait foi la fine analyse, minutieuse, prudente, du juge Wagner dans le Renvoi sur la tarification des GES, qu'il a reconnue valide sur la base du POBG.

La compétence en droit criminel, à l'égard de laquelle l'empiètement sur les compétences provinciales, ou le chevauchement pourrait-on plus précisément dire, a été plus facilement toléré par les tribunaux (on ne peut être contre la vertu, pourrait-on dire). Dans le contexte de cette plus grande place que prend la législation environnementale aujourd'hui, sa grande variabilité et diversité, l'infinité de mesures possibles potentiellement à la disposition de chaque ordre de gouvernement, il y aura certainement lieu de mieux tracer les contours de cette source de compétence.

Dans le dossier de la rainette faux-grillon de l'ouest, toute légitime, importante et nécessaire que soit la protection de cette espèce, on peut voir que la législation fédérale permet des interventions qui vont jusqu'à, selon notre analyse, créer de véritables aires protégées locales par simple décret, avec des conséquences directes sur l'exercice par les provinces et leurs délégataires que sont les municipalités, de leurs propres compétences sur la gestion de leur territoire. Il faudra à notre avis mieux circonscrire les limites de la discrétion fédérale à définir les « maux » qu'il cherche à réprimer et mieux définir la nature d'une mesure qui peut être considérée comme relevant du droit criminel. Certes, l'interdiction de certaines activités jugées répréhensibles, nuisibles ou dangereuses, assortie de sanctions pénales, peut relever du droit criminel au sens

constitutionnel. Il en est tout autrement de prétendre que la création d'aires protégées sur le territoire d'une province par décret gouvernemental fédéral pourrait relever de ce champ de compétence.