500-09-025430-158

COUR D'APPEL DU QUÉBEC

(Montréal)

RENVOI RELATIF À LA CONSTITUTIONNALITÉ DE LA MISE EN PLACE D'UNE RÉGLEMENTATION PANCANADIENNE DES VALEURS MOBILIÈRES SOUS LA GOUVERNE D'UN ORGANISME UNIQUE, SELON LE MODÈLE ÉTABLI PAR LE « *PROTOCOLE D'ACCORD CONCERNANT LE RÉGIME COOPÉRATIF DE RÉGLEMENTATION DES MARCHÉS DES CAPITAUX* » ET AU POUVOIR DU PARLEMENT DU CANADA D'ADOPTER L'ÉBAUCHE DE LOI FÉDÉRALE INTITULÉE « *LOI SUR LA STABILITÉ DES MARCHÉS DES CAPITAUX* » EN VERTU DE LA COMPÉTENCE SUR LE COMMERCE (PARAGRAPHE 91(2) DE *LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867*)

CAHIER DE SOURCES DE LA PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC

Volume 3, onglets 33 – 39

M^e^ Jean-Yves Bernard, Ad. E.
M^e^ Francis Demers
Bernard, Roy
8^e^ étage
1, rue Notre-Dame Est
Montréal (Québec) H2Y 1B6

Tél. : 514 393-2336 (51467 / 51456)
Téléc. : 514 873-7074
jean-yves.bernard@justice.gouv.qc.ca
francis.demers@justice.gouv.qc.ca

Avocats de la
Procureure générale du Québec

M^e^ Sébastien Grammond
Université d'Ottawa
Pavillon Fauteux
57, Louis-Pasteur
Ottawa (Ontario) K1N 6N5

Tél. : 613 562-5800, poste 3235
Téléc. : 613 562-5121
sebastien.grammond@uottawa.ca

Avocat-conseil de la
Procureure générale du Québec

M^e Alexander Pless
M^e Michelle Kellam
M^e Sara Gauthier Campbell
Ministère de la Justice Canada
Tour Est, 9^e étage
Complexe Guy-Favreau
200, boul. René-Lévesque Ouest
Montréal (Québec) H2Z 1X4

Tél. : 514 283-8767
Téléc. : 514 283-3856
apless@justice.gc.ca
michelle.kellam@justice.gc.ca
sara.gauthier@justice.gc.ca

Avocats du Procureur général du Canada

M^e Nathaniel Carnegie
Ministère de la Justice Colombie-Britannique
1001 Douglas Street
Victoria (Colombie-Britannique) V8W 9J7

Tél. : 250 952-7380
Téléc. : 250 356-9154
nathaniel.carnegie@gov.bc.ca

Avocat de la Procureure générale de la Colombie-Britannique

M^e Michael Conner
Ministère de la Justice Manitoba
Bureau 1205
405 Broadway
Winnipeg (Manitoba) R3C 3L6

Tél. : 204 945-6723
Téléc. : 204 945-0053
michael.conner@gov.mb.ca

M^e Guy Régimbald
Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Bureau 2600
160, rue Elgin
Ottawa (Ontario) K1P 1C3

Tél. : 613 786-0197
Téléc. : 613 563-9869
guy.regimbald@gowlingwlg.com

Avocats du Procureur général du Manitoba

M^e^ Louis Fortier
Louis Fortier & Associés inc.
Bureau 1
1075, rue Rostand
Sherbrooke (Québec) J1J 4P3

Tél. : 819 829-0800
Téléc. : 819 829-0729
louis@louisfortier.com

Avocat de l'Association canadienne des juristes-traducteurs

TABLE DES MATIÈRES

Cahier de sources de la Procureure générale du Québec **Onglet**

Volume 1

Législation

Loi d'exécution du budget de 2009, L.C. 2009, c. 2, art. 295 1

Loi sur les instruments dérivés, RLRQ, c. I-14.01, art. 2, art. 175 *in fine,* art. 239 2

Loi sur les valeurs mobilières, RLRQ, c. V-1.1, art. 169 à 172, art. 186.1 à 186.6, art. 331.1, 331.2 et 335.1 à 335.3 3

Règlement 25-101 sur les agences de notation désignées, RLRQ, c. V-1.1, r. 8.1 4

Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O., c. S.5, art. 2.2, 126 et 127 5

Loi sur l'Autorité des marchés financiers, RLRQ, c. A-33.2, articles 59 à 91 6

Règlement 44-101 sur le placement de titres au moyen d'un prospectus simplifié, RLRQ, c. V-1.1, r. 16 7

Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières, L.R.C. 1985, c. 18 (3e suppl.), art. 4(2)*d*) 8

BSIF, Lignes directrices E-22, *Exigences de marges pour les dérivés non compensés centralement*, en ligne : http://www.osfi-bsif.gc.ca/fra/fi-if/rg-ro/gdn-ort/gl-ld/pages/e22.aspx. 9

Loi sur les banques, L.C. 1991, c. 46, art. 415.2, 415.2(1), 415.3 et 484.1(1) 10

Loi no 1 d'exécution du budget de 2016, projet de loi C-15, 42e Parlement, 1re session, art. 156, ajoutant les art. 415.2(1) et 484.1(1) à la *Loi sur les banques* 11

Lois sur la compensation et le règlement des paiements, L.C. 1996, c. 6, annexe 12

Loi constitutionnelle de 1982, partie V 13

TABLE DES MATIÈRES

Cahier de sources de la Procureure générale du Québec **Onglet**

Volume 1 *(suite)*

Législation *(suite)*

Formule Fulton-Favreau (1964), reproduite dans (1966-67) 12 R.D. McGill 579 14

Volume 2

Loi de 2006 sur le transfert des valeurs mobilières, L.O. 2006, c. 8 15

Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés, RLRQ, c. T-11.002 16

Code civil (art. 2684.1, 2701.1 2713.1-2713.9, 2714.1-2714.7) 17

Loi sur les offices des produits agricoles, L.R.C. 1985, c. F- 4, art. 22(3) 18

Loi sur les transports routiers, L.R.C. 1985, c. 29 (3e suppl.) 19

Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune, RLRQ, c. C-61.1, art. 62 et suiv. 20

Loi sur les pêcheries commerciales et la récolte commerciale de végétaux aquatiques, RLRQ, c. P-9.01 21

Loi sur les loteries, les concours publicitaires et les appareils d'amusement, RLRQ, c. L-6 22

Loi sur le parc marin du Saguenay – Saint-Laurent, L.C. 1997, c. 37 23

Loi sur le parc marin du Saguenay – Saint-Laurent, RLRQ, c. P-8.1 24

Loi sur les règlements, RLRQ, c. R-18.1. 25

Loi sur le ministère du Conseil exécutif, RLRQ, c. M-30, art. 3.8 26

TABLE DES MATIÈRES

Cahier de sources de la Procureure générale du Québec **Onglet**

Volume 2 *(suite)*

Législation *(suite)*

Loi sur les renvois à la Cour d'appel, RLRQ, c. R-23 27

Règlement 91-507 sur les référentiels centraux et la déclaration de donnes sur les dérivés, RLRQ c. I-14.01, r. 1.1 28

Règlement 24-102 sur les obligations relatives aux chambres de compensation, *en vigueur le 17 février 2015* 29

Règlement 94-101 sur la compensation des dérivés par contrepartie centrale, en voie d'adoption 30

Règlement 94-102 sur la compensation des dérivés et la protection des sûretés et des positions des clients, en voie d'adoption 31

Jurisprudence

Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837, 2011 CSC 66 32

Volume 3

Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457, 2010 CSC 61 33

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217 34

Ward c. Canada (Procureur général), [2002] 1 R.C.S. 569, 2002 CSC 17 35

Hodge c. The Queen, [1883] 9 A.C. 117 (C.P.) 36

Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick, [1892] A.C. 437 (C.P.) 37

A.-G. of Ontario c. A.-G. Canada, [1896] A.C. 348 (C.P.) 38

TABLE DES MATIÈRES

Cahier de sources de la Procureure générale du Québec **Onglet**

Volume 3 *(suite)*

Jurisprudence *(suite)*

Québec (Procureure générale) c. Canada (Procureure générale), 2011 QCCA 591 39

Volume 4

Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général), [2015] 1 R.C.S. 693, 2015 CSC 14 40

Renvoi relatif à la Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373 41

Banque Canadienne de l'Ouest c. Alberta, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22 42

Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles), [2015] 3 R.C.S. 251, 2015 CSC 46 43

Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture), [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31 44

R. c. Morgentaler, [1993] 3 R.C.S. 463 45

Reference as to the validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act, [1949] R.C.S. 1 46

Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail), [1988] 1 R.C.S. 749 47

R. v. Smith, [1960] R.C.S. 776 48

Gregory & Company Inc. c. Quebec Securities Commission, [1961] R.C.S. 584 49

Lymburn c. Mayland, [1932] A.C. 318 50

TABLE DES MATIÈRES

Cahier de sources de la Procureure générale du Québec **Onglet**

Volume 5

Jurisprudence *(suite)*

Multiple Access Ltd. c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161 51

Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission), [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21 52

Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports), [1992] 1 R.C.S. 3 53

Saumur c. Ville de Québec, [1953] 2 R.C.S. 299 54

A.G. Canada c. A.G. Alberta, [1916] 1 A.C. 588 55

Pezim c. *Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557 56

RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199 57

R. c. W. McKenzie Securities Ltd. (1966), 56 D.L.R. (2d) 56 (C.A. Man.) 58

Bennett c. *British Columbia (Securities Commission)* (1991), 82 D.L.R. (4th) 129 (C.S.C.-B.), confirmé par (1992), 94 D.L.R. (4th) 339 (C.A.C.-B.) 59

Kaynes c. BP, PLC, 2014 ONCA 580 60

Re Legault and Law Society of Upper Canada (1975), 8 O.R. (2d) 585 (C.A.) 61

Re Underwood McLellan & Associates and Association of Professional Engineers of Saskatchewan (1979), 103 D.L.R. (3d) 268 (C.A. Sask.) 62

Cowen c. A.G. British Columbia, [1941] R.C.S. 321 63

Renvoi : Résolution pour modifier la constitution, [1981] 1 R.C.S. 753 64

TABLE DES MATIÈRES

Cahier de sources de la Procureure générale du Québec **Onglet**

Volume 5 *(suite)*

Jurisprudence *(suite)*

A.G. Nova Scotia c. A.G. Canada, [1951] R.C.S. 31 65

P.E.I. Potato Marketing Board c. Willis, [1952] 2 R.C.S. 392 66

Volume 6

Coughlin c. Ontario Highway Transport Board, [1968] R.C.S. 569 67

Fédération des producteurs de volaille du Québec c. Pelland, [2005] 1 R.C.S. 292, 2005 CSC 20 68

R. c. Furtney, [1991] 3 R.C.S. 89 69

Renvoi relativement à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles, [1978] 2 R.C.S. 1198 70

Attorney-General for Ontario c. Reciprocal Insurers, [1924] A.C. 328 (C.P.) 71

In re The Insurance Act of Canada, [1932] A.C. 41 (C.P.) 72

Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act, [1984] 1 R.C.S. 297 73

Supermarchés Dominion ltée c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 844 74

A.G. British Columbia c. A.G. Canada, [1937] A.C. 377 75

Ontario (A.G.) c. Winner, [1954] A.C. 541 76

A.G. Canada c. A.G. Quebec, [1921] 1 A.C. 413 77

Renvoi relatif à la réforme du Sénat, [2014] 1 R.C.S. 704, 2014 CSC 32 78

TABLE DES MATIÈRES

Cahier de sources de la Procureure générale du Québec **Onglet**

Volume 7

Jurisprudence *(suite)*

Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] 2 R.C.S. 525 79

Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6, [2014] 1 R.C.S. 433, 2014 CSC 21 80

Re Initiative and Referendum Act, [1919] A.C. 935 (C.P.) 81

SEFPO c. Ontario (Procureur général), [1987] 2 R.C.S. 2 82

Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals enacted by Order in Council and of an Order of the Controller of Chemicals made pursuant thereto, [1943] R.C.S. 1 83

R. c. Mercure, [1988] 1 R.C.S. 234 84

R. c. Drybones, [1970] R.C.S. 282 85

Bribery Commissioner c. Ranasinghe, [1965] A.C. 172 (C.P.) 86

A.G. New South Wales c. Trethowan, [1932] A.C. 526 (C.P.) 87

Canada (Procureur général) c. Friends of the Canadian Wheat Board, 2012 CAF 183 88

Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute, [1980] 1 R.C.S. 54 89

Manitoba Gov't Employees Assoc. and The Government of Mantoba [1978] 1 R.C.S. 1123 90

TABLE DES MATIÈRES

Cahier de sources de la Procureure générale du Québec **Onglet**

Volume 8

Jurisprudence *(suite)*

The King v. Easter Terminal Elevator Co., [1925] R.C.S. 434 91

Labatt c. Procureur general du Canada, [1980] 1 R.C.S. 914 92

General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641 93

Reference Re Securities Act (Canada) 2011 ABCA 77 94

Doctrine

Rousseau, Stéphane. *L'encadrement du secteur des /valeurs mobilières par les provinces : coopération, harmonisation et innovation*, Montréal, Thémis, 2012 95

Lee, Ian B. « The General Trade and Commerce Power after the *Securities Reference* », dans Anita Anand (dir.), *What's Next for Canada? Securities Regulation After the Reference*, Toronto, Irwin Law, 2012 96

Pinard, Danielle. « Les énoncés de fait du législateur et le contrôle judiciaire de constitutionnalité au Canada : de l'utilisation des préambules et autres dispositions non normatives des lois », (2008-09) 24 R.N.D.C. 27 97

Johnston, David et Kathleen D. Rockwell. *Canadian Securities Regulation*, 4e éd., Toronto, LexisNexis Butterworths, 2006 98

Johnston, David, Kathleen D. Rockwell et Cristie Ford. *Canadian Securities Regulation*, 5e éd., Toronto, LexisNexis Butterworths, 2014 99

TABLE DES MATIÈRES

Cahier de sources de la Procureure générale du Québec **Onglet**

Volume 8 *(suite)*

Doctrine *(suite)*

Lederman, W.R. « The Balanced Interpretation of the Federal Distribution of Legislative Powers in Canada », dans Paul-André Crépeau et C.B. Macpherson (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto et Montréal, University of Toronto Press et Presses de l'Université de Montréal, 1965 100

Desrosiers, Éric. « Après la crise du papier commercial, un bilan », *Le Devoir*, 23 janvier 2009, en ligne : http://www.ledevoir.com/economie/actualites-economiques/228896/apres-la-crise-du-papier-commercial-un-bilan 101

Smiley, Donald V. et Ronald L. Watts. *Le fédéralisme intra-étatique au Canada*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986 102

Anderson, George. *Le fédéralisme : une introduction*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2010 [*Federalism: An Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2009] 103

Poirier, Johanne. « Souveraineté parlementaire et armes à feu : le fédéralisme coopératif dans la ligne de mire », (2015) 45 R.D.U.S. 47 104

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2014 105

Bayefsky, Anne F. *Canada's Constitution Act 1982 &* Amendments*: A Documentary History*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1989 106

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, éd. feuilles mobiles, Toronto, Carswell 107

TABLE DES MATIÈRES

Cahier de sources de la Procureure générale du Québec **Onglet**

Volume 8 *(suite)*

Doctrine *(suite)*

Morin, Jacques-Yvan et José Woehrling. *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, Montréal, Thémis, 1992 108

Monahan, Patrick et Byron Shaw. *Constitutional Law*, 4e éd., Toronto, Irwin Law, 2013 109

La Forest, Gérard V. « Delegation of Legislative Power in Canada », (1975) 21 R.D. McGill 131 110

Poirier, Johanne. « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales » (2009) 1 R.Q.D.C., en ligne : http://www.aqdc.org/volumes/pdf/poirier-une_source_paradoxale.pdf 111

Han-Ru Zhou, « Revisiting the “Manner and Form” Theory of Parliamentary Sovereignty », (2013) 129 L.Q.R. 610 112

Onglet 33

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

and

Attorney General of New Brunswick, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Michael Awad, Canadian Conference of Catholic Bishops and Evangelical Fellowship of Canada *Interveners*

INDEXED AS: REFERENCE RE *ASSISTED HUMAN REPRODUCTION ACT*

2010 SCC 61

File No.: 32750.

2009: April 24; 2010: December 22.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Assisted reproduction — Whether ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of Assisted Human Reproduction Act, S.C. 2004, c. 2, exceed legislative authority of Parliament under s. 91(27) of Constitution Act, 1867.

In 1989, the federal government established the Royal Commission on New Reproductive Technologies (the "Baird Commission") to study assisted human reproduction. In its report, the Baird Commission expressed concern about certain practices in the field and pressed for legislation. Between 1993 and 1995, the federal government consulted with the provinces, the territories and independent groups for advice on the issue, and the result was the passage of the *Assisted Human Reproduction Act* in 2004. The Act contains prohibitions and other provisions designed to administer and enforce them. It is set up as follows:

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Procureur général du Québec *Intimé*

et

Procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Michael Awad, Conférence des évêques catholiques du Canada et Alliance évangélique du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À LA *LOI SUR LA PROCRÉATION ASSISTÉE*

2010 CSC 61

N° du greffe : 32750.

2009 : 24 avril; 2010 : 22 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Droit criminel — Procréation assistée — Les articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, ch. 2, excèdent-ils la compétence législative que confère au Parlement l'art. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867?

En 1989, le gouvernement fédéral a mis sur pied la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction (la « Commission Baird ») appelée à se pencher sur la procréation assistée. Dans son rapport, la Commission Baird a exprimé des inquiétudes au sujet de certaines pratiques dans le domaine et elle a pressé le gouvernement de légiférer. Entre 1993 et 1995, le gouvernement fédéral a consulté les provinces, les territoires et des groupes indépendants sur la question, ce qui a mené à l'adoption en 2004 de la *Loi sur la procréation assistée*. La Loi renferme des interdictions et d'autres dispositions visant leur mise en œuvre et leur contrôle d'application. Elle est conçue comme suit :

(1) Sections 5 to 9 prohibit human cloning, the commercialization of human reproductive material and the reproductive functions of women and men, and the use of *in vitro* embryos without consent. (2) Sections 10 to 13 prohibit various activities unless they are carried out in accordance with regulations made under the Act, under licence and in licensed premises. These "controlled activities" involve manipulation of human reproductive material or *in vitro* embryos, transgenic engineering and reimbursement of the expenditures of donors and surrogate mothers. (3) Sections 14 to 19 set up a system of information management related to assisted reproduction. (4) Sections 20 to 39 establish the Assisted Human Reproduction Agency of Canada. (5) Sections 40 to 59 charge the Agency with administering and enforcing the Act and regulations, and authorize it to issue licences for certain activities related to assisted reproduction. (6) Sections 60 and 61 provide for penalties, (7) ss. 65 to 67 authorize the promulgation of regulations, and (8) s. 68 gives the Governor in Council power to exempt the operation of certain provisions if there are equivalent provincial laws in force that cover the field.

(1) Les articles 5 à 9 interdisent le clonage humain, la commercialisation du matériel reproductif humain et des fonctions reproductives de la femme et de l'homme, ainsi que l'utilisation d'embryons in vitro sans consentement. (2) Les articles 10 à 13 interdisent diverses activités, sauf conformité aux règlements pris en vertu de la Loi, obtention d'une autorisation et déroulement dans un établissement autorisé. Ces « activités réglementées » s'entendent de la manipulation du matériel reproductif humain ou d'embryons in vitro, de la transgénèse et du défraiement des donneurs et des mères porteuses. (3) Les articles 14 à 19 établissent un système de gestion de l'information relative à la procréation assistée. (4) Les articles 20 à 39 créent l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée. (5) Les articles 40 à 59 confient à l'Agence la mise en œuvre de la Loi et des règlements et le contrôle de leur application, et ils lui confèrent le pouvoir d'autoriser certaines activités liées à la procréation assistée. (6) Les articles 60 et 61 prévoient des peines, (7) les art. 65 à 67 autorisent l'adoption de règlements et (8) l'art. 68 confère au gouverneur en conseil le pouvoir d'écarter l'application de certaines dispositions de la Loi dans une province déjà dotée de dispositions équivalentes.

The Attorney General of Quebec accepted that some of the provisions were valid criminal law, but challenged the constitutionality of the balance of the Act in a reference to the Quebec Court of Appeal. According to the Attorney General of Quebec, ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 are attempts to regulate the whole sector of medical practice and research related to assisted reproduction, and are *ultra vires* the federal government. The Quebec Court of Appeal held that the impugned sections were not valid criminal law since their pith and substance was the regulation of medical practice and research in relation to assisted reproduction.

Le procureur général du Québec a reconnu que certaines dispositions de la Loi constituaient des règles de droit criminel valides, mais il a contesté la constitutionnalité des autres dans un renvoi adressé à la Cour d'appel du Québec. À son avis, les art. 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 visent à réglementer tout le domaine de la pratique médicale et de la recherche liées à la procréation assistée et excèdent la compétence du gouvernement fédéral. La Cour d'appel du Québec a statué que les dispositions contestées n'étaient pas des règles de droit criminel valides, car leur raison d'être véritable était la réglementation de la pratique médicale et de la recherche liées à la procréation assistée.

Held: The appeal should be allowed in part.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

Sections 8, 9, 12, 19 and 60 of the Act are constitutional.

Les articles 8, 9, 12, 19 et 60 de la Loi sont constitutionnels.

Sections 10, 11, 13, 14 to 18, 40(2), (3), (3.1), (4) and (5), and 44(2) and (3) exceed the legislative authority of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*.

Les articles 10, 11, 13, 14 à 18, les par. 40(2), (3), (3.1), (4) et (5), et les par. 44(2) et (3) excèdent la compétence législative du Parlement du Canada suivant la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Sections 40(1), (6) and (7), 41 to 43, 44(1) and (4), 45 to 53, 61 and 68 are constitutional to the extent that they relate to constitutionally valid provisions.

Les paragraphes 40(1), (6) et (7), les art. 41 à 43, les par. 44(1) et (4), les art. 45 à 53, 61 et 68 sont constitutionnels dans la mesure où ils se rattachent à des dispositions constitutionnelles.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Charron JJ.: The Act is essentially a series of prohibitions, followed by a set of subsidiary provisions for their administration. While the Act will have beneficial effects and while some of its effects may impact on provincial matters, neither its dominant purpose nor its dominant effect is to set up a regime that regulates and promotes the benefits of artificial reproduction. The fact that the Baird Commission may have referred to positive aspects of assisted reproduction technology in its report does not establish that these benefits were the focus of Parliament's efforts. Furthermore, while the Act employs both a penal and regulatory form, Parliament may validly employ regulations as part of a criminal law provided it targets a legitimate criminal law purpose.

Here, the matter of the statutory scheme, viewed as a whole, is a valid exercise of the federal power over criminal law. The dominant purpose and effect of the legislative scheme is to prohibit practices that would undercut moral values, produce public health evils, and threaten the security of donors, donees, and persons conceived by assisted reproduction. While this initiative necessarily touches on provincial jurisdiction over medical research and practice, these fields are the subject of overlapping federal and provincial jurisdiction. Parliament has a strong interest in ensuring that basic moral standards govern the creation and destruction of life, as well as their impact on persons like donors and mothers. The Act seeks to avert serious damage to the fabric of our society by prohibiting practices that tend to devalue human life and degrade participants. Overlapping with the morality concerns are concerns for public health and security which may be properly targeted by criminal law. These are valid criminal law purposes.

The prohibitions in ss. 8 to 13 come within the scope of the federal criminal law power and are valid criminal law. The provisions are related to ss. 5 to 7, which are conceded to be valid criminal law. Section 8 prohibits the use of reproductive material for the artificial creation of embryos, unless the donor has consented in accordance with the regulations. This relates to the fundamental importance ascribed to human autonomy. Section 9 prohibits persons from obtaining reproductive material from underage donors, except for the purpose of preserving the sperm or ovum or for the purpose of creating a human being that the person reasonably believes will be raised by the donor. This provision

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Charron : La Loi est essentiellement constituée d'une série d'interdictions dont un ensemble de dispositions accessoires assure la mise en œuvre. Même si la Loi aura des effets bénéfiques et que certains d'entre eux peuvent se répercuter sur des sujets de compétence provinciale, ni son objet principal, ni son effet principal ne sont d'établir un régime de réglementation et de promotion des avantages de la procréation artificielle. Certes, dans son rapport, la Commission Baird renvoie aux aspects positifs des techniques de procréation assistée, mais cela n'établit pas que ces avantages sont l'objet central des mesures prises par le Parlement. En outre, la Loi revêt une forme à la fois pénale et réglementaire, mais le Parlement peut à bon droit recourir à la réglementation pour légiférer en droit pénal, à condition qu'il ait un objectif légitime en droit criminel.

En l'espèce, eu égard à sa matière, le régime législatif, considéré globalement, résulte d'un exercice légitime du pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel. L'objet et effet principal du régime législatif est l'interdiction de pratiques qui sont de nature à saper des valeurs morales, à créer des maux pour la santé publique et à compromettre la sécurité des donneurs, des receveurs et des personnes conçues grâce à la procréation assistée. La mesure législative touche nécessairement la compétence provinciale sur la recherche et la pratique médicales, mais il s'agit de domaines où les compétences fédérale et provinciale se chevauchent. Le Parlement a grandement intérêt à ce que les règles éthiques fondamentales régissent la création et la destruction de la vie, de même que les répercussions de celles-ci sur, par exemple, les donneurs et les mères. La Loi prévient la détérioration importante du tissu social en interdisant les pratiques qui tendent à dévaloriser la vie humaine et à avilir les personnes qui y recourent. Au souci moral s'ajoutent le souci sanitaire et celui lié à la sécurité, lesquels peuvent fonder une règle de droit criminel. Il s'agit de véritables objets de droit criminel.

Les interdictions prévues aux art. 8 à 13 relèvent du pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel et elles constituent des règles de droit criminel valides. Elles se rattachent aux art. 5 à 7, dont la constitutionnalité est reconnue au regard du droit criminel. L'article 8 interdit l'utilisation de matériel reproductif pour créer artificiellement un embryon, sauf lorsque le donneur y consent conformément aux règlements, ce qui traduit l'importance fondamentale accordée à l'autonomie de la personne. L'article 9 interdit l'obtention de matériel reproductif d'une personne n'ayant pas l'âge fixé, sauf pour conserver ce matériel ou pour créer un être humain dont on est fondé à croire qu'il sera élevé par

seeks to protect vulnerable youth from exploitation and undue pressure. It is an absolute prohibition like ss. 5 to 7, without any accompanying regulations.

Sections 10 and 11 buttress the prohibitions in s. 5. In essence, s. 10 prohibits dealing with human reproductive material without a licence. It targets health risks and moral concerns related to the artificial creation of human life. Section 11 prohibits transgenic engineering unless permitted by the regulations and performed by a licence-holder. By using a selective prohibition to broaden the absolute prohibitions in s. 5 on the creation of chimeras and hybrid entities, s. 11 recognizes that mixing human and non-human genetic material can raise moral concerns long before such experiments result in the creation of a new life form. Working together, licensing and regulation provide for enforceable, tailored prohibitions, which leave the provinces free to regulate the beneficial aspects of genetic manipulation.

Section 12 prohibits reimbursement of donors and surrogate mothers except in accordance with the regulations and with a licence. This provision is rooted in the same concerns as ss. 6 and 7, which prohibit the commercialization of reproduction. Section 13 is an absolute prohibition on the performance of licensed activities in unlicensed premises, backed by a penalty. The artificial creation of human life in clandestine facilities would pose serious health risks to those involved. Ensuring that the facilities of assisted human reproduction are properly supervised also relates to Parliament's moral concerns.

Together with ss. 5 to 7, ss. 8 to 13 form a valid prohibition regime that is consistent with the objectives of the Act as a whole. These provisions contain prohibitions, backed by penalties, and are directed in pith and substance to valid criminal law goals. Although some of the prohibitions impact on the regulation of medical research and practice, the impact is incidental to the legislation's dominant criminal law purpose and limited to those ends. Furthermore, subject to the Act's prohibitions, the provinces are free to enact legislation promoting beneficial practices in the field of assisted reproduction.

While not criminal law in pith and substance, the administrative, organizational, and enforcement provisions in ss. 14 to 68 are integrated into the prohibition

le donneur. Sa raison d'être est de protéger le mineur vulnérable contre l'exploitation et l'incitation pressante. Il constitue une interdiction absolue à l'instar des art. 5 à 7 et il ne s'accompagne d'aucun règlement.

Les articles 10 et 11 appuient les interdictions prévues à l'art. 5. L'article 10 interdit essentiellement l'activité liée au matériel reproductif humain, sauf autorisation préalable. Il vise les risques sanitaires et les préoccupations d'ordre moral liés à la création artificielle de la vie. L'article 11 interdit la transgénèse, sauf en conformité avec les règlements et avec une autorisation. En recourant à une interdiction sélective pour accroître la portée des interdictions absolues que prévoit l'art. 5 et qui frappent la création de chimères et d'hybrides, l'art. 11 reconnaît que la combinaison de matériel génétique humain et non humain peut susciter des préoccupations morales bien avant qu'une telle expérience aboutisse à la création d'une nouvelle forme de vie. Ensemble, autorisation et réglementation circonscrivent le régime d'interdiction et le rendent susceptible d'application, ce qui laisse aux provinces le loisir de réglementer les aspects bénéfiques de la manipulation génétique.

L'article 12 interdit, sauf conformité aux règlements et obtention d'une autorisation, le défraiement d'un donneur ou d'une mère porteuse. Il se fonde sur les mêmes préoccupations que celles qui sous-tendent les art. 6 et 7, lesquels interdisent la commercialisation de la reproduction. L'article 13 frappe d'une interdiction absolue l'exercice d'une activité autorisée dans un établissement non autorisé, et son non-respect rend passible d'une peine. Créer artificiellement une forme de vie humaine dans un local clandestin peut présenter un risque sanitaire important pour les intéressés. Bien encadrer les établissements où l'on recourt à la procréation assistée répond également aux préoccupations morales du Parlement.

Avec les art. 5 à 7, les art. 8 à 13 constituent un régime d'interdiction valide qui est compatible avec les objectifs de la Loi dans son ensemble. Ils renferment des interdictions, appuyées de sanctions, et ils sont véritablement axés sur la réalisation d'objectifs légitimes du droit criminel. Certaines des interdictions qu'ils prévoient ont une incidence sur la réglementation de la recherche et de la pratique médicales, mais cette incidence est accessoire à l'objet principal de la Loi relevant du droit criminel et elle est délimitée par cet objet. De plus, sous réserve des interdictions de la Loi, les provinces peuvent adopter des lois favorisant les pratiques bénéfiques dans le domaine de la procréation assistée.

Même s'ils ne constituent pas des règles de droit criminel par leur caractère véritable, les art. 14 à 68, qui ont trait à la mise en œuvre, à l'organisation et au contrôle

regime set up by ss. 5 to 13. Some of these ancillary provisions are criminal in nature and do not significantly intrude on provincial powers, such as the provisions for enforcement (ss. 45 to 59), promulgation of regulations (ss. 65 to 67), and imposition of penalties (ss. 60 and 61). The organizational provisions in ss. 20 to 39 are also essentially part of the criminal prohibitions in ss. 5 to 13. The information management provisions in ss. 14 to 19 and the administrative provisions in ss. 40 to 44 represent a minor incursion on provincial powers. They generally fall under the provincial powers over property and civil rights and matters of a merely local or private nature. However, since these are very broad heads of power, the intrusion is less serious. Moreover, the provisions do not purport to create a substantive right, but function merely to assist in enforcing the Act. Without the prohibition regime in ss. 5 to 13, they would serve no purpose. Furthermore, the provisions are designed to supplement, rather than exclude, provincial legislation. Finally, Parliament has a history of administering and enforcing statutes addressing issues of morality, health and security by way of licensing bodies. Since the ancillary provisions constitute a minor incursion on provincial jurisdiction, the rational and functional connection test should be applied to determine whether they are valid under the ancillary powers doctrine.

Sections 14 to 68 support the legislative scheme in a way that is rational in purpose and functional in effect. Sections 14 to 19 define standards of consent and privacy, charge the Agency with managing personal health information, and establish rules for the medical profession. These provisions harness the flow of information, first to deal appropriately with consent and related privacy issues, and second to facilitate compliance with the Act. Sections 40 to 44 relate to the issuance of licences for controlled activities, and are directly related to prohibiting harmful and immoral conduct while excepting beneficial activity. The provisions relating to inspection and enforcement found in ss. 45 to 59 are also part and parcel of the scheme prohibiting immoral and potentially harmful uses of human reproductive material. Sections 60 and 61, which provide penal sanctions, are necessary for criminal law provisions. Finally, s. 68 permits the Governor in Council to declare provisions of the Act inapplicable in a province where a provincial law contains similar provisions, pursuant to an agreement with that province. This provision recognizes the fact that assisted human reproduction is an area of

d'application, sont intégrés au régime d'interdiction que créent les art. 5 à 13. Certaines des dispositions accessoires sont foncièrement pénales et n'empiètent pas beaucoup sur les pouvoirs provinciaux, comme celles sur le contrôle d'application (art. 45 à 59), sur l'adoption de règlements (art. 65 à 67) et sur l'imposition de peines (art. 60 et 61). Les dispositions à vocation organisationnelle correspondant aux art. 20 à 39 font aussi essentiellement partie des interdictions de nature criminelle prévues aux art. 5 à 13. Les dispositions relatives à la gestion de l'information — les art. 14 à 19 — et celles de mise en œuvre — les art. 40 à 44 — constituent un empiétement minime sur la compétence provinciale. Elles ressortissent généralement aux pouvoirs provinciaux sur la propriété et les droits civils et sur les matières d'une nature purement locale ou privée. Cependant, s'agissant de chefs de compétence très étendus, l'empiétement est moins grave. Qui plus est, les dispositions ne créent pas de droit substantiel, mais contribuent seulement à l'application de la Loi. Sans le régime d'interdiction des art. 5 à 13, ces dispositions seraient sans objet. Aussi, elles visent à compléter le régime législatif, et non à écarter le droit provincial. Enfin, le Parlement a déjà, dans le passé, assuré au moyen d'organismes d'autorisation la mise en œuvre et le contrôle d'application de lois s'attaquant à la morale, à la santé et à la sécurité. Comme les dispositions accessoires constituent un empiétement minime sur la compétence provinciale, il convient d'appliquer le critère du lien rationnel et fonctionnel pour déterminer si elles sont valides au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires.

Les articles 14 à 68 appuient le régime législatif d'une manière rationnelle quant à l'objet et fonctionnelle quant à l'effet. Les articles 14 à 19 définissent les exigences applicables au consentement et à la protection des renseignements personnels, confient à l'Agence la gestion des renseignements personnels médicaux et assujettissent à des règles la profession médicale. Ces dispositions encadrent la communication de renseignements, d'abord pour régler convenablement la question du consentement et les questions connexes touchant à la protection des renseignements personnels, puis pour faciliter le respect de la Loi. Les articles 40 à 44 ont pour objet la délivrance d'autorisations pour l'exercice d'activités réglementées, ce qui est directement lié au fait d'interdire l'activité préjudiciable et immorale et de prévoir une exception pour l'activité bénéfique. Les dispositions relatives à l'inspection et au contrôle d'application se trouvent aux art. 45 à 59 de la Loi et font également partie du régime interdisant l'utilisation immorale et potentiellement préjudiciable du matériel reproductif humain. Les articles 60 et 61, qui prévoient des sanctions pénales, sont nécessaires à l'application de règles de droit criminel. Enfin, l'art. 68

overlapping jurisdiction, and allows provincial schemes to govern exclusively where provincial laws are equivalent to the federal scheme. The ancillary provisions are thus valid under the ancillary powers doctrine.

Per LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: Sections 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of the Act exceed the legislative authority of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*. The provisions of the Act concerning controlled activities, namely those involving assistance for human reproduction and related research activities, do not fall under the criminal law power, but belong to the jurisdiction of the provinces over hospitals, property and civil rights, and matters of a merely local nature.

The first step of the constitutional analysis involves identifying the pith and substance (purpose and effects) of the impugned provisions. Those provisions must be considered separately before considering their connection with the other provisions of the Act, since the purposes and effects of a statute's many provisions can be different. It is also important to identify the pith and substance of the impugned provisions as precisely as possible, since a vague characterization could lead not only to the dilution of and confusion with respect to the constitutional doctrines, but also to an erosion of the scope of provincial powers as a result of the federal paramountcy doctrine. If the pith and substance of the provisions falls within the jurisdiction of the other level of government, it is necessary first to assess the extent of the overflow in light of the purpose of the provisions and to weigh their effects. It must then be determined whether the provisions form part of an otherwise valid statute. Finally, the impugned provisions must be considered in the context of the entire statute in order to determine whether they are sufficiently integrated with the other provisions of the otherwise valid statute. This review must make it possible to establish a relationship between the extent of the jurisdictional overflow and the importance of the provisions themselves within the statute of which they form a part. There are two applicable concepts: functionality and necessity. The more necessary the provisions are to the effectiveness of the rules set out in the part of the statute that is not open to challenge, the greater the acceptable overflow will be. Care must be taken to maintain the constitutional balance of powers at all stages of the constitutional analysis.

de la Loi permet au gouverneur en conseil de déclarer certaines dispositions de la Loi inapplicables dans une province dotée de dispositions équivalentes, moyennant un accord avec la province. Cette disposition reconnaît que la procréation assistée est un domaine où les compétences se chevauchent et elle permet qu'un régime provincial équivalent s'applique en lieu et place du régime fédéral. Les dispositions accessoires sont donc constitutionnelles au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires.

Les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein : Les articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi excèdent la compétence législative conférée au Parlement du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les dispositions de la Loi qui concernent les activités réglementées, c'est-à-dire l'assistance à la procréation et les activités de recherche connexes, ne relèvent pas du droit criminel, mais plutôt de la compétence des provinces sur les hôpitaux, la propriété et les droits civils et les matières d'une nature purement locale.

La première étape de l'analyse constitutionnelle consiste à déterminer le caractère véritable (objet et effets) des dispositions contestées. Celles-ci doivent être étudiées séparément, avant d'examiner le lien qu'elles entretiennent avec les autres dispositions de la Loi, car l'objet et l'effet des nombreuses dispositions d'une loi peuvent être différents. Il importe aussi de déterminer avec le plus de précision possible ce caractère véritable, car une formulation floue entraînerait un risque non seulement de dilution et de confusion des doctrines constitutionnelles, mais aussi d'érosion du champ d'action des compétences provinciales en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale. Si le caractère véritable des dispositions relève de l'autre ordre de gouvernement, il faut d'abord évaluer l'étendue du débordement en fonction de l'objet des dispositions et mesurer les effets de celles-ci. Il faut ensuite vérifier si les dispositions s'insèrent dans une loi par ailleurs valide. Finalement, on doit considérer les dispositions contestées dans le contexte de l'ensemble de la loi pour déterminer si elles sont suffisamment intégrées aux autres dispositions de la loi par ailleurs valides. Cet examen doit permettre d'établir un rapport entre l'étendue du débordement de compétence et l'importance des dispositions elles-mêmes au sein de la loi dont elles font partie. Deux notions s'appliquent : fonctionnalité et nécessité. Plus les dispositions seront nécessaires à l'efficacité des normes figurant dans la partie non contestable de la loi, plus la marge de tolérance du débordement sera grande. Le souci du maintien de l'équilibre fédératif doit être présent à chacune des étapes de l'analyse constitutionnelle.

In this case, the purpose and the effects of the impugned provisions relate to the regulation of a specific type of health services provided in health-care institutions by professionals to individuals who for pathological or physiological reasons need help to reproduce. Their pith and substance is the regulation of assisted human reproduction as a health service. In the Act, substantive and formal distinctions are drawn between prohibited activities and controlled activities. This dichotomy appears clearly from Parliament's statement of principles in s. 2 and from the titles used in the Act itself. Furthermore, whereas the category of controlled activities concerns services that are available to persons in need of assistance because of an inability to reproduce and that are used by professionals who provide the required help, the activities that are prohibited completely do not involve techniques used in assisted human reproduction. The impugned provisions do not have the same purpose as the unchallenged provisions. They were enacted to establish mandatory national standards for assisted human reproduction. As can be seen from the legislative history, this was how Parliament believed that the benefits of assisted human reproductive technologies and related research for individuals, for families and for society in general could be most effectively secured. When it decided to regulate what are called "controlled" activities, Parliament took into account the concerns expressed about the ethical and moral aspects and the safety of assisted reproductive activities. And in so doing it intended to implement a recommendation from the Baird Commission in order to ensure that Canadians could have access to assisted reproduction services. Regarding the activities that are prohibited completely, Parliament responded to what was presented to it as a consensus that they are reprehensible. Those prohibitions are therefore intended to prevent activities and the use of technologies that do not form part of the process of genetic research or assisted human reproduction.

A review of the effects of the provisions of the Act confirms that the impugned scheme seriously affects the practice of medicine and overlaps or conflicts with many Quebec statutes and regulations. The impugned provisions have a direct impact on the relationship between physicians called upon to use assisted reproductive technologies, donors, and patients. Section 8 sets out rules on consent for the removal and use of human reproductive material, even though rules on consent already exist in the *Civil Code of Québec*. Similarly, s. 12 implicitly authorizes surrogacy contracts, whereas the *Code* provides that such contracts are null. Moreover, ss. 10, 11, 13, 40(1) and 42 require researchers and physicians who engage in activities

En l'espèce, l'objet et les effets des dispositions contestées sont de réglementer un secteur particulier des services de santé dispensés dans des établissements de soins de santé par des professionnels au bénéfice de personnes qui, pour des raisons pathologiques ou physiologiques, ont besoin d'aide pour procréer. Leur caractère véritable est la réglementation de la procréation assistée en tant que service de santé. La Loi fait des distinctions matérielles et formelles entre les actes interdits et les activités réglementées. Cette dichotomie ressort de l'énoncé de principes du Parlement à l'art. 2 et des titres employés dans la loi elle-même. De plus, alors que les activités réglementées visent des services dont peuvent bénéficier les personnes qui ont besoin d'assistance en raison de leur incapacité à procréer et auxquels ont recours les professionnels qui fournissent l'aide requise, les actes interdits totalement ne sont pas des techniques utilisées pour la procréation assistée. L'objet des dispositions contestées n'est pas le même que celui des dispositions non contestées. Les dispositions contestées visent à établir des normes impératives nationales en matière de procréation assistée. L'historique législatif démontre que ce moyen était celui que le Parlement jugeait le plus efficace pour garantir les avantages que présentent, pour les individus, les familles et la société en général, la procréation assistée et la recherche dans le domaine. En encadrant les activités dites réglementées, le Parlement a tenu compte des préoccupations éthiques, morales et de sécurité exprimées relativement à la procréation assistée et il a entendu donner suite à une recommandation de la Commission Baird afin que les Canadiens et Canadiennes puissent avoir accès à des services d'assistance à la procréation. Quant aux actes prohibés totalement, le Parlement a réagi à ce qui lui a été présenté comme un consensus sur leur caractère répréhensible. Les prohibitions visent ainsi à empêcher l'exécution d'actes et l'utilisation de techniques qui ne s'insèrent pas dans le processus de recherche génétique ou de procréation assistée.

L'examen des effets des dispositions de la Loi confirme que le régime contesté affecte sérieusement l'exercice de la médecine et chevauche un grand nombre de lois et de règlements québécois ou entre en conflit avec eux. Les dispositions contestées touchent directement la relation entre le médecin appelé à recourir aux techniques de procréation assistée, le donneur et le patient. L'article 8 prescrit des règles applicables au consentement au prélèvement et à l'usage du matériel reproductif humain alors que des règles relatives au consentement existent déjà dans le *Code civil du Québec*. De même, l'art. 12 autorise implicitement la conclusion d'un contrat de mère porteuse, alors que ce type de relation contractuelle est déclaré nul par le *Code*. Par ailleurs, les art. 10, 11 et 13,

related to treatments for infertility to obtain licences from the Federal Agency even though other Quebec legislation already requires them to obtain permits. Sections 14 to 19 establish a system for the management and disclosure of information relating to assisted reproductive activities, but Quebec already has its own rules governing the use of assisted reproductive technologies by health-care institutions and physicians, and the disclosure of confidential information is also subject to provisions of several Quebec statutes and regulations. Finally, the oversight by the Federal Agency under ss. 45 to 53 duplicates the oversight provided for in other Quebec statutes.

The impugned provisions, viewed from the perspective of their pith and substance, are not connected with the federal criminal law power. The criminal law power does not give Parliament an unconditional right to take action to protect morality, safety and public health. To be connected with this federal head of power, a law or a provision must (1) suppress an evil, (2) establish a prohibition and (3) accompany that prohibition with a penalty. It is not enough to identify a public purpose that would have justified Parliament's action. That purpose must also involve suppressing an evil or safeguarding a threatened interest. The evil must be real and the apprehension of harm must be reasonable. This requirement constitutes an essential element of the substantive component of the definition of criminal law, and it applies with equal force where the legislative action is based on morality. Recourse to the criminal law power cannot be based solely on concerns for efficiency or consistency, as such concerns, viewed in isolation, do not fall under the criminal law. In the case at bar, although a connection can be made between the pith and substance of the absolute prohibitions and a risk of harm, the same cannot be said of the regulation of the other activities and of the regulatory scheme that is established in the Act. Nothing in the record suggests that the controlled activities should be regarded as conduct that is reprehensible or represents a serious risk to morality, safety or public health. A review of all the work of the Baird Commission and the evidence confirms that, where the impugned provisions are concerned, Parliament's action did not have the purpose of upholding morality and was not based on a reasoned apprehension of harm, but was instead intended to establish national standards for assisted human reproduction.

The impugned provisions represent an overflow of the exercise of the federal criminal law power. Their

ainsi que le par. 40(1) et l'art. 42 obligent les chercheurs et les médecins qui accomplissent des actes liés aux traitements contre l'infertilité d'obtenir une autorisation de l'Agence fédérale, alors que l'obligation d'obtenir un permis est déjà imposée par d'autres lois québécoises. Les articles 14 à 19 instaurent un système de gestion et de communication de l'information concernant les pratiques de procréation assistée, mais au Québec, de telles règles régissent déjà les établissements de santé et les médecins lorsqu'ils ont recours aux techniques de procréation assistée, et la communication de l'information confidentielle est aussi régie par un grand nombre de textes législatifs québécois. Enfin, la surveillance exercée par l'Agence fédérale en vertu des art. 45 à 53 fait double emploi avec celle découlant de l'application d'autres lois québécoises.

Les dispositions contestées, considérées sous l'angle de leur caractère véritable, ne se rattachent pas à la compétence fédérale sur le droit criminel. La compétence en droit criminel ne confère pas au Parlement un droit inconditionnel d'intervenir pour protéger la morale, la sécurité et la santé publique. Pour être rattachée à ce chef de compétence fédérale, une loi ou une disposition doit (1) réprimer un mal, (2) énoncer une interdiction et (3) accompagner cette interdiction d'une sanction. Il n'est pas suffisant d'identifier une fin publique qui aurait justifié l'intervention du Parlement. Encore faut-il qu'il s'agisse de la répression d'un mal ou de la protection d'intérêts menacés. Le mal doit être réel et l'appréhension du préjudice doit être raisonnable. Cette exigence constitue une composante essentielle du volet matériel de la définition du droit criminel, et elle se pose tout autant lorsque l'intervention législative est fondée sur la morale. Le recours au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel ne saurait se fonder simplement sur un souci d'efficacité ou d'uniformité, puisqu'un tel objet, pris isolément, ne relève pas du droit criminel. En l'espèce, si le caractère véritable des prohibitions absolues peut être lié à un risque de préjudice, il n'en va pas de même de la réglementation des autres activités et du régime de contrôle mis en place par la Loi. Le dossier ne fait état d'aucun élément qui assimilerait les activités réglementées à des actes répréhensibles ou présentant des risques graves pour la morale, la sécurité ou la santé publique. L'examen de l'ensemble des travaux de la Commission Baird et de la preuve confirme que l'intervention du Parlement, en ce qui a trait aux dispositions attaquées, n'avait aucunement comme objectif de préserver la morale et n'était pas fondée sur une appréhension raisonnée de préjudice, mais visait plutôt à établir des normes nationales pour régir la procréation assistée.

Les dispositions contestées débordent les limites de la compétence fédérale en droit criminel. De fait, leur

pith and substance is connected with the provinces' exclusive jurisdiction over hospitals, property and civil rights, and matters of a merely local nature. The impugned provisions affect rules with respect to the management of hospitals, since Parliament has provided that the Act applies to all premises in which controlled activities are undertaken. Furthermore, the fact that several of the impugned provisions concern subjects that are already governed by the *Civil Code of Québec* and other Quebec legislation is an important indication that in pith and substance, the provisions lie at the very core of the provinces' jurisdiction over civil rights and local matters.

Given the extent of the overflow in this case, it cannot be found that an ancillary power has been validly exercised unless the impugned provisions have a relationship of necessity with the rest of the statute. However, the scheme established by the prohibitory provisions does not depend on the existence of the regulatory scheme. As well, it is clear from the legislative history that the prohibitory provisions were in fact always considered to stand alone and that the regulation of certain activities did not depend on the prohibition of other activities. It must be inferred from this that in setting up the regulatory scheme, Parliament's intention was to enact legislation in relation to a matter outside its jurisdiction.

The provisions pursuant to which the Federal Agency is responsible for implementing the regulatory scheme are purely ancillary and have no independent purpose. They are invalid. Furthermore, the constitutional defects are not remedied by s. 68, which authorizes the Governor in Council to declare certain provisions inapplicable if the federal minister and the government of a province so agree, as the jurisdictional overflow remains just as great as long as regulation of the activities in question remains dependent on the will of the federal government. Finally, if the principle of subsidiarity were to play a role in the case at bar, it would favour connecting the rules in question with the provinces' jurisdiction over local matters, not with the criminal law power.

Per Cromwell J.: The matter of the impugned provisions is regulation of virtually every aspect of research and clinical practice in relation to assisted human reproduction. The matter of the challenged provisions is best classified as relating to the establishment, maintenance and management of hospitals, property and civil rights in the province and matters of a merely local or private nature in the province. Sections 10, 11, 13, 14 to 18, 40(2), (3), (3.1), (4) and (5), and 44(2) and (3) exceed the legislative authority of the Parliament

caractère véritable se rattache à la compétence exclusive des provinces sur les hôpitaux, sur la propriété et les droits civils et sur les matières d'une nature purement locale. Les dispositions contestées touchent les normes de gestion des hôpitaux, car le Parlement a assujetti à la Loi tous les établissements où des activités réglementées sont exercées. De plus, le fait que plusieurs des dispositions contestées portent sur des sujets déjà régis par le *Code civil du Québec* et d'autres lois québécoises est une indication importante que, par leur caractère véritable, les dispositions se situent au cœur même de la compétence provinciale sur les droits civils et sur les matières locales.

Étant donné l'ampleur du débordement en l'espèce, pour conclure à la validité de l'exercice d'une compétence accessoire, les dispositions contestées doivent avoir un rapport de nécessité avec le reste de la loi. Or, le régime créé par les dispositions d'interdiction ne dépend pas de l'existence du régime de réglementation. De plus, il ressort de l'historique législatif que, dans les faits, les dispositions prohibitives ont toujours été considérées comme autonomes et que la réglementation de certaines activités ne dépendait pas de l'interdiction d'actes distincts. Compte tenu de ceci, il y a lieu d'inférer que la mise en place du régime de réglementation traduit la volonté du Parlement de légiférer sur une matière qui ne relève pas de sa compétence.

Les dispositions conférant à l'Agence fédérale la responsabilité de mettre en œuvre le régime réglementaire sont purement accessoires et sont dénuées de tout objet indépendant. Elles sont invalides. De plus, l'art. 68 qui permet au gouverneur en conseil de déclarer certaines dispositions inapplicables lorsque le ministre fédéral et le gouvernement provincial en sont convenus ne corrige pas les vices constitutionnels, car le débordement de compétence demeure aussi important tant que le contrôle des activités en cause reste assujetti au bon vouloir de l'ordre fédéral. Enfin, si le principe de subsidiarité devait jouer en l'espèce, il militerait en faveur du rattachement des normes en cause à la compétence provinciale relative aux matières locales, et non au droit criminel.

Le juge Cromwell : La matière dont relèvent les dispositions contestées correspond à la réglementation de presque toutes les facettes de la recherche et de l'activité clinique liées à la procréation assistée. Il convient de rattacher les dispositions contestées à l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, la propriété et les droits civils dans la province et les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province. Les articles 10, 11, 13 et 14 à 18, les par. 40(2), (3), (3.1), (4) et (5), ainsi que les par. 44(2) et (3) excèdent la compétence

of Canada under the *Constitution Act, 1867*. However, ss. 8, 9 and 12 in purpose and effect prohibit negative practices associated with assisted reproduction and fall within the traditional ambit of the federal criminal law power. Similarly, ss. 40(1), (6) and (7), 41 to 43, and 44(1) and (4) set up the mechanisms to implement s. 12 and, to the extent that they relate to provisions of the Act which are constitutional, were properly enacted by Parliament. Sections 45 to 53, to the extent that they deal with inspection and enforcement in relation to constitutionally valid provisions of the Act, are also properly enacted under the criminal law power. The same is true for ss. 60 and 61, which create offences. Section 68 is also constitutional, although its operation will be limited to constitutional sections of the Act. Given that the other provisions establishing the Assisted Human Reproduction Agency of Canada are not contested, there is no constitutional objection to s. 19.

législative du Parlement du Canada suivant la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, les art. 8, 9 et 12, eu égard à leur objet et à leur effet, interdisent des activités néfastes liées à la procréation assistée et relèvent traditionnellement de la compétence législative fédérale en droit criminel. De même, les par. 40(1), (6) et (7), les art. 41 à 43 et les par. 44(1) et (4) établissent les mécanismes de mise en œuvre de l'art. 12 et, dans la mesure où ils se rattachent à des dispositions constitutionnelles de la Loi, ils ont été valablement édictés par le Parlement. Les articles 45 à 53, dans la mesure où ils ont trait à l'inspection et au contrôle d'application se rapportant aux dispositions constitutionnelles de la Loi, ressortissent également au pouvoir de légiférer en droit criminel. Il en est de même des art. 60 et 61, qui créent des infractions. L'article 68 est constitutionnel, bien qu'il ne s'appliquera qu'aux dispositions constitutionnelles de la Loi. Vu l'absence de contestation des autres dispositions créant l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée, rien ne fait obstacle à la constitutionnalité de l'art. 19.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Boggs c. La Reine*,

49; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497.

By LeBel and Deschamps JJ.

Referred to: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753; *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The*

[1981] 1 R.C.S. 49; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Russell c. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Papp c. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497.

Citée par les juges LeBel et Deschamps

Arrêts mentionnés : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753; *Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Papp c. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Toronto*

Combines and Fair Prices Act, 1919, [1922] 1 A.C. 191; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226.

By Cromwell J.

Referred to: *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting clinical and research activities relating to assisted procreation, R.S.Q., c. A-5.01.

Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-4.2, ss. 9 *et seq.*, 17 *et seq.*, 79 *et seq.*, 339 *et seq.*, 413.2, 414, 437.

Act respecting medical laboratories, organ, tissue, gamete and embryo conservation, and the disposal of human bodies, R.S.Q., c. L-0.2, s. 31.

Assisted Human Reproduction Act, S.C. 2004, c. 2.

Assisted Human Reproduction (Section 8 Consent) Regulations, SOR/2007-137.

Bill C-6, *An Act respecting assisted human reproduction and related research*, 3rd Sess., 37th Parl., 2004.

Bill C-13, *An Act respecting assisted human reproduction*, 2nd Sess., 37th Parl., 2002.

Bill C-47, *An Act respecting human reproductive technologies and commercial transactions relating to human reproduction*, 2nd Sess., 35th Parl., 1996.

Bill C-56, *An Act respecting assisted human reproduction*, 1st Sess., 37th Parl., 2001-2002.

Bill C-247, *An Act to amend the Criminal Code (genetic manipulation)*, 1st Sess., 36th Parl., 1997.

Star Newspapers Ltd. c. Canada, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Workmen's Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184; *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226.

Citée par le juge Cromwell

Arrêts mentionnés : *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1.

Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991, art. 10 à 25, 541.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 52 à 56, 62, 156 [abr. L.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 9], 157 [abr. L.C. 1987, ch. 24, art. 4], 158 [*idem*], 207(1)*a*), 265.

Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 150, 237.

Code criminel, S.R.C. 1906, ch. 146, art. 207, 303, 306.

Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 207, 303, 306.

Code criminel, *1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 179, 271, 272.

Code de déontologie des médecins, R.R.Q., ch. M-9, r. 4.1, art. 20, 21, 28, 29, 49.

Code des professions, L.R.Q., ch. C-26.

Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. 1985, ch. 16 (4e suppl.), art. 34(6).

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92.

Loi médicale, L.R.Q., ch. M-9, art. 42.

Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, ch. 2.

Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée, L.R.Q., ch. A-5.01.

Bill C-336, *An Act to amend the Criminal Code (genetic manipulation)*, 1st Sess., 37th Parl., 2001.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1.
Canadian Environmental Protection Act, R.S.C. 1985, c. 16 (4th Supp.), s. 34(6).
Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991, arts. 10 to 25, 541.
Code of ethics of physicians, R.R.Q., c. M-9, r. 4.1, ss. 20, 21, 28, 29, 49.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92.
Court of Appeal Reference Act, R.S.Q., c. R-23.
Criminal Code, R.S.C. 1906, c. 146, ss. 207, 303, 306.
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, ss. 207, 303, 306.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 52 to 56, 62, 156 [rep. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 9], 157 [rep. S.C. 1987, c. 24, s. 4], 158 [*idem*], 207(1)(*a*), 265.
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, ss. 150, 237.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, ss. 179, 271, 272.
Medical Act, R.S.Q., c. M-9, s. 42.
Professional Code, R.S.Q., c. C-26.
Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres, L.R.Q., ch. L-0.2, art. 31.
Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q., ch. R-23.
Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-4.2, art. 9 et suiv., 17 et suiv., 79 et suiv., 339 et suiv., 413.2, 414, 437.
Projet de loi C-6, *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, 3e sess., 37e lég., 2004.
Projet de loi C-13, *Loi concernant la procréation assistée*, 2e sess., 37e lég., 2002.
Projet de loi C-47, *Loi concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la reproduction humaine*, 2e sess., 35e lég., 1996.
Projet de loi C-56, *Loi concernant la procréation assistée*, 1re sess., 37e lég., 2001-2002.
Projet de loi C-247, *Loi modifiant le Code criminel (manipulation génétique)*, 1re sess., 36e lég., 1997.
Projet de loi C-336, *Loi modifiant le Code criminel (manipulation génétique)*, 1re sess., 37e lég., 2001.
Règlement sur la procréation assistée (article 8 de la Loi), DORS/2007-137.

Authors Cited

Baylis, Françoise. Expert Report. *The Regulation of Assisted Human Reproductive Technologies and Related Research: A Public Health, Safety and Morality Argument*. August 2006.
Beaudoin, Gérald-A., en collaboration avec Pierre Thibault. *La Constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés*, 3e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2004.
Bissonnette, François. Rapport d'expertise. *La procréation médicalement assistée au Canada et au Québec — Survol et enjeux*. Avril 2006.
Bordet, Sylvie, Sabrina Feldman and Bartha Maria Knoppers. "Legal Aspects of Animal-Human Combinations in Canada" (2007), 1 *M.H.L.P.* 83.
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
Campbell, Angela. "Defining a Policy Rationale for the Criminal Regulation of Reproductive Technologies" (2002), 11 *Health L. Rev.* 26.
Canada. Discussion Group on Embryo Research. *Research on Human Embryos in Canada* (Final Report). Ottawa: 1995.
Canada. Health Canada. News Release 1995-57. *Health Minister Calls for Moratorium on Applying Nine Reproductive Technologies and Practices in Humans*, July 27, 1995.

Doctrine citée

Baylis, Françoise. Expert Report. *The Regulation of Assisted Human Reproductive Technologies and Related Research : A Public Health, Safety and Morality Argument*. August 2006.
Beaudoin, Gérald-A., en collaboration avec Pierre Thibault. *La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés*, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004.
Bissonnette, François. Rapport d'expertise. *La procréation médicalement assistée au Canada et au Québec — Survol et enjeux*. Avril 2006.
Bordet, Sylvie, Sabrina Feldman and Bartha Maria Knoppers. « Legal Aspects of Animal-Human Combinations in Canada » (2007), 1 *P.D.S.M.* 83.
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.
Campbell, Angela. « Defining a Policy Rationale for the Criminal Regulation of Reproductive Technologies » (2002), 11 *Health L. Rev.* 26.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, nº 188, 1re sess., 37e lég., 21 mai 2002.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, nº 192, 1re sess., 37e lég., 27 mai 2002.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, nº 047, 2e sess., 37e lég., 28 janvier 2003.

Canada. Health Canada. *Proposals for Legislation Governing Assisted Human Reproduction: An Overview*, May 2001.

Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 013, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001 (online: http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040776&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=E).

Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 013, 2nd Sess., 37th Parl., December 9, 2002 (online: http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=628385&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=E).

Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 016, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online: http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040839&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=E).

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 188, 1st Sess., 37th Parl., May 21, 2002.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 192, 1st Sess., 37th Parl., May 27, 2002.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 138, No. 047, 2nd Sess., 37th Parl., January 28, 2003.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 138, No. 072, 2nd Sess., 37th Parl., March 18, 2003, p. 4335.

Canada. Royal Commission on New Reproductive Technologies. *Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies*. Ottawa: Minister of Government Services Canada, 1993.

Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

Gaudreault-DesBiens, Jean-François. "The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy", in Sujit Choudhry, Jean-François Gaudreault-DesBiens and Lorne Sossin, eds., *Dilemmas of Solidarity: Rethinking Redistribution in the Canadian Federation*. Toronto: University of Toronto Press, 2006, 185.

Great Britain. Scottish Home Department. *Report of the Departmental Committee on Human Artificial Insemination*. London: Her Majesty's Stationery Office, 1960.

Healy, Patrick. "Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada" (1995), 40 *McGill L.J.* 905.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, nº 072, 2e sess., 37e lég., 18 mars 2003, p. 4335.

Canada. Chambre des communes. *Témoignages du Comité permanent de la santé*, nº 013, 1re sess., 37e lég., 3 mai 2001 (en ligne : http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040776&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F).

Canada. Chambre des communes. *Témoignages du Comité permanent de la santé*, nº 013, 2e sess., 37e lég., 9 décembre 2002 (en ligne : http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=628385&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=F).

Canada. Chambre des communes. *Témoignages du Comité permanent de la santé*, nº 016, 1re sess., 37e lég., 17 mai 2001 (en ligne : http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040839&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F).

Canada. Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction. *Un virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*. Ottawa : Ministre de Services gouvernementaux Canada, 1993.

Canada. Groupe de discussion sur la recherche sur les embryons. *Recherche sur l'embryon humain au Canada* (Rapport final). Ottawa : 1995.

Canada. Santé Canada. Communiqué 1995-57. *La ministre de la Santé annonce un moratoire sur neuf techniques et pratiques de reproduction*, 27 juillet 1995.

Canada. Santé Canada. *Propositions relatives au projet de loi régissant l'assistance à la procréation : Aperçu*, mai 2001.

Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.

Gaudreault-DesBiens, Jean-François. « The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy », in Sujit Choudhry, Jean-François Gaudreault-DesBiens and Lorne Sossin, eds., *Dilemmas of Solidarity : Rethinking Redistribution in the Canadian Federation*. Toronto : University of Toronto Press, 2006, 185.

Grande-Bretagne. Scottish Home Department. *Report of the Departmental Committee on Human Artificial Insemination*. London : Her Majesty's Stationery Office, 1960.

Healy, Patrick. « Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada » (1995), 40 *R.D. McGill* 905.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1).

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1).

Lederman, W. R. "Mr. Justice Rand and Canada's Federal Constitution" (1979-1980), 18 *U.W.O. L. Rev.* 31.

Mundell, D. W. "Tests for Validity of Legislation under the British North America Act: A Reply to Professor Laskin" (1955), 33 *Can. Bar Rev.* 915.

Nisker, Jeff. Expert Report. *Quebec Challenge to Assisted Human Reproduction Act — Response to the Report by François Bissonnette MD FRCSC*. August 2006.

Sheldon, S., and S. Wilkinson. "Should selecting saviour siblings be banned?" (2004), 30 *J. Med. Ethics* 533.

Somerville, Margaret. "Reprogenetics: Unprecedented Challenges to Respect for Human Life" (2005), 38 *Law/Tech. J.* 1.

Tremblay, André. *Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en Matière de Propriété et de Droits civils*. Ottawa: Université d'Ottawa, 1967.

Lederman, W. R. « Mr. Justice Rand and Canada's Federal Constitution » (1979-1980), 18 *U.W.O. L. Rev.* 31.

Mundell, D. W. « Tests for Validity of Legislation under the British North America Act : A Reply to Professor Laskin » (1955), 33 *R. du B. can.* 915.

Nisker, Jeff. Expert Report. *Quebec Challenge to Assisted Human Reproduction Act — Response to the Report by François Bissonnette MD FRCSC*. August 2006.

Sheldon, S., and S. Wilkinson. « Should selecting saviour siblings be banned? » (2004), 30 *J. Med. Ethics* 533.

Somerville, Margaret. « Reprogenetics : Unprecedented Challenges to Respect for Human Life » (2005), 38 *Law/Tech. J.* 1.

Tremblay, André. *Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en Matière de Propriété et de Droits civils*. Ottawa : Université d'Ottawa, 1967.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Gendreau, Chamberland and Rayle JJ.A.), 2008 QCCA 1167, 298 D.L.R. (4th) 712, [2008] R.J.Q. 1551, [2008] Q.J. No. 5489 (QL), 2008 CarswellQue 9848, in the matter of a reference concerning the question whether some sections of the *Assisted Human Reproduction Act* are *ultra vires* the Parliament of Canada. Appeal allowed in part.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Gendreau, Chamberland et Rayle), 2008 QCCA 1167, [2008] R.J.Q. 1551, 298 D.L.R. (4th) 712, [2008] J.Q. nº 5489 (QL), 2008 CarswellQue 5365, dans l'affaire du renvoi sur la question de savoir si certains articles de la *Loi sur la procréation assistée* excèdent la compétence du Parlement du Canada. Pourvoi accueilli en partie.

René LeBlanc, *Peter W. Hogg* and *Glenn Rivard*, for the appellant.

René LeBlanc, *Peter W. Hogg* et *Glenn Rivard*, pour l'appelant.

Jocelyne Provost and *Maude Randoin*, for the respondent.

Jocelyne Provost et *Maude Randoin*, pour l'intimé.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Graeme G. Mitchell, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Graeme G. Mitchell, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Lillian Riczu and *Randy Steele*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Lillian Riczu et *Randy Steele*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Written submissions only for the intervener Michael Awad.

Argumentation écrite seulement pour l'intervenant Michael Awad.

Written submissions only by *William J. Sammon*, *Don Hutchinson* and *Faye Sonier*

Argumentation écrite seulement par *William J. Sammon*, *Don Hutchinson* et *Faye Sonier* pour

for the interveners the Canadian Conference of Catholic Bishops and the Evangelical Fellowship of Canada.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Charron JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] Every generation faces unique moral issues. And historically, every generation has turned to the criminal law to address them. Among the most important moral issues faced by this generation are questions arising from technologically assisted reproduction — the artificial creation of human life. Parliament has passed a law dealing with these issues under its criminal law power. The question on appeal is whether this law represents a proper exercise of Parliament's criminal law power. I conclude that it does.

[2] Since time immemorial, human beings have been conceived naturally. Human beings have sought to enhance this process, to be sure; fertility rites, prayers and various medical and quasi-medical prescriptives to enhance fertility are part of human history. Human beings have also sought to constrain the process, through rules governing sexual conduct and marriage. These rules are deeply embedded in morality, which speaks to our conception of how human beings should behave for their own good and the greater good of society. Through morality, often abetted by the criminal law, society has traditionally found collective answers to reproductive issues. Yet, until recently, the fundamental processes by which new human beings were conceived remained largely beyond technological manipulation.

[3] This changed in the latter part of the 20th century, with the development of technology that

les intervenantes la Conférence des évêques catholiques du Canada et l'Alliance évangélique du Canada.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Charron rendus par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Chaque génération est aux prises avec des problèmes moraux particuliers et elle s'en remet traditionnellement au droit criminel pour trouver des solutions. Parmi les principaux problèmes éthiques auxquels se confronte la génération actuelle, il y a ceux liés à la procréation médicalement assistée — la création artificielle de la vie humaine. Dans l'exercice de sa compétence en droit criminel, le Parlement a adopté une loi pour y parer. Dans le présent pourvoi, notre Cour doit déterminer s'il s'agit d'un exercice légitime du pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel. Je conclus que c'est le cas.

[2] Depuis des temps immémoriaux, les êtres humains sont conçus de façon naturelle. L'être humain a toujours cherché à optimiser la procréation: rites de fertilité, prières et diverses thérapeutiques médicales ou quasi médicales visant à accroître la fécondité s'inscrivent dans l'aventure humaine. Il a également tenté de contenir la procréation au moyen de règles régissant le comportement sexuel et le mariage. Ces règles sont profondément ancrées dans notre morale, c'est-à-dire dans notre conception du comportement qui devrait être celui de l'être humain pour son propre bien et celui de la société en général. C'est dans le sens moral, souvent soutenu par le droit criminel, que la société a traditionnellement trouvé des réponses collectives aux problèmes liés à la procréation. Or, jusqu'à tout récemment, les processus fondamentaux de la conception échappaient en grande partie à la technologie et aux manipulations qu'elle permet.

[3] La situation a changé à la fin du XX^{e} siècle grâce à la mise au point de techniques permettant

a health standpoint. He submits that the practice of medicine in the field of assisted human reproduction does not differ from the practice of medicine in any other area in regard to the professional qualifications of the practitioners, to the respect they must show patients and to compliance with the ethical, disciplinary and administrative rules governing the practice of medicine in general. Subjecting this field of medical practice to the control and oversight of a national agency represents, in this case, a major overflow of the exercise of federal legislative jurisdiction into matters within the provinces' authority. The Attorney General of Quebec does not deal with the *AHR Act* as a whole. Rather, he submits that the impugned provisions cannot be based on the federal criminal law power, because their purpose is not to suppress or prevent an evil, while a statutory provision cannot be criminal in nature without having that as its purpose. To hold these provisions to be constitutional would be to distort the principles of Canadian federalism.

la santé. Il soutient que la pratique médicale dans le domaine de la procréation assistée ne diffère en rien de l'exercice de la médecine dans les autres domaines sur le plan de la qualification des professionnels concernés, du respect qu'ils portent à leurs patients ou de leur adhésion aux règles éthiques, déontologiques et administratives qui gouvernent la pratique de la médecine en général. L'assujettissement de ce champ de la pratique médicale au pouvoir de contrôle et de surveillance d'une agence nationale constitue en l'espèce un débordement majeur de la compétence législative fédérale sur des matières qui relèvent du pouvoir de légiférer des provinces. Le procureur général du Québec ne s'en prend pas à l'ensemble de la *LPA*. Il soutient plutôt que les dispositions contestées ne peuvent se fonder sur la compétence fédérale en droit criminel parce qu'elles ne visent pas à réprimer ou à prévenir un mal, la répression ou la prévention d'un mal constituant un critère essentiel pour attribuer à une disposition législative un caractère criminel. La reconnaissance de la validité constitutionnelle de ces dispositions ferait violence aux principes du fédéralisme canadien.

V. Opinion of the Quebec Court of Appeal, 2008 QCCA 1167, 298 D.L.R. (4th) 712

[180] The Attorney General of Quebec referred a question to the Quebec Court of Appeal under the *Court of Appeal Reference Act* in order to obtain its opinion on the constitutionality of the impugned provisions. In its decision, the Court of Appeal expressed the opinion that the *AHR Act* [TRANSLATION] "reveals the legislative intent to cover the entire field of assisted reproduction, with respect to both clinical practice and research" (para. 122). It noted that in this regard the *AHR Act* [TRANSLATION] "may be characterized as comprehensive and exhaustive legislation on the subject, just as the Baird Commission wished" (*ibid.*). The Court of Appeal held that the impugned provisions could not be considered to be criminal law legislation (at paras. 137 and 138):

[TRANSLATION] However valid these intentions [namely the setting of national standards] are, they do not have the effect of conferring a criminal law purpose

V. Avis de la Cour d'appel du Québec, 2008 QCCA 1167, [2008] R.J.Q. 1551

[180] Le procureur général du Québec a saisi la Cour d'appel du Québec en vertu de la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel* d'une demande d'avis sur la constitutionnalité des dispositions attaquées. Dans son arrêt, la Cour d'appel du Québec estime que la *LPA* « fait voir la volonté législative de couvrir tout le champ de la procréation assistée tant en ce qui a trait à la pratique clinique qu'à la recherche » (par. 122). Elle note qu'à cet égard, la *LPA* « peut être qualifiée de législation globale et exhaustive sur le sujet, comme l'avait voulu la Commission Baird » (*ibid.*). La Cour d'appel conclut que les dispositions contestées ne peuvent être considérées comme des mesures législatives relatives au droit criminel (par. 137 et 138) :

Quelque valables que soient ces intentions [l'établissement de normes nationales], cela n'a pas pour effet de conférer à la réglementation de la procréation assistée

on the control of assisted reproductive activities. The question is not whether the Act is good or bad, or whether it achieves its objectives or not, but whether its purpose is criminal in nature. In the present case, with the exception of the outright prohibitions, the record reveals no "evil" that needs to be repressed. Rather, it establishes the intent to control the clinical and research aspects of a medical activity in order to create a uniformity that is considered to be desirable. The appropriateness of a single piece of legislation applying to Canada as a whole and regulating a permitted and recognized activity is not a purpose that confers criminal law jurisdiction.

To sum up, the fundamental and dominant purpose of the impugned part of the Act is the safeguarding of health and not the elimination of an "evil".

[181] The Court of Appeal did not discuss the connection between the provisions that are being challenged and those that are not. It simply concluded that the impugned provisions lay beyond the scope of Parliament's criminal law power and did not discuss the ancillary powers doctrine.

VI. Applicable Constitutional Principles and Doctrines

[182] Before discussing the legislative powers relied on in this case, we must emphasize the existence and the scope of certain constitutional principles that shape Canadian federalism. The Court considered these principles in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217. It identified four principles that underlie our Constitution as a whole, and its evolution: constitutionalism and the rule of law, democracy, the protection of minorities, and federalism (paras. 48-82). Of particular interest to us in the case at bar is federalism. According to this principle, the powers of the different levels of government in a federation are co-ordinate, not subordinate, powers. Federalism implies that a government does not encroach on the powers of the other level of government (para. 56).

[183] In that reference, the Court also commented that the proper operation of Canadian federalism sometimes requires the application of a principle

un objet de nature criminelle. La question n'est pas celle de savoir si la loi est la meilleure ou la pire, si elle atteint ses objectifs ou non, mais si elle vise un objet de droit criminel. Or, en l'espèce, sauf pour les actes totalement interdits, le dossier ne révèle aucun « mal » à réprimer. Il établit plutôt une volonté de contrôler une activité médicale, tant dans son aspect clinique que dans le cadre de la recherche parce que cela favoriserait une uniformité jugée souhaitable. La pertinence d'une législation unique pour tout le Canada en vue de réglementer une activité admise et reconnue n'est pas un objectif attributif de compétence en droit criminel.

En résumé, l'objet fondamental et dominant de la partie contestée de la loi est la protection de la santé et non pas l'élimination d'un « mal ».

[181] La Cour d'appel ne se penche pas sur le lien entre les dispositions de la loi qui sont contestées et celles qui ne le sont pas. Elle conclut simplement que les dispositions attaquées outrepassent la compétence du Parlement en droit criminel, sans étudier la doctrine de la compétence accessoire.

VI. Principes et doctrines constitutionnels applicables

[182] Avant d'examiner le contenu des compétences législatives invoquées en l'espèce, il importe de rappeler l'existence et la portée de principes constitutionnels qui encadrent le fonctionnement du fédéralisme canadien. À l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, la Cour s'est penchée sur ces principes. Elle en a dégagé quatre qui sous-tendent l'ensemble de notre Constitution et son évolution : le constitutionnalisme et la primauté du droit; la démocratie; le respect des minorités; le fédéralisme (par. 48-82). Celui qui nous intéresse plus particulièrement dans la présente affaire est le fédéralisme. Suivant ce principe, les sphères de compétences des ordres de gouvernement au sein d'une fédération sont des pouvoirs coordonnés, et non subordonnés. En effet, le fédéralisme implique le respect des compétences respectives des deux niveaux de gouvernement (par. 56).

[183] Dans ce renvoi, notre Cour a aussi rappelé que le fonctionnement du fédéralisme canadien invitait parfois à l'application d'un principe

of subsidiarity in the arrangement of relationships between the legislative powers of the two levels of government. According to this principle, legislative action is to be taken by the government that is closest to the citizen and is thus considered to be in the best position to respond to the citizen's concerns (on the application of this principle in public law, see *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, at para. 3). In *Reference re Secession of Quebec*, the Court expressed the opinion that "[t]he federal structure of our country also facilitates democratic participation by distributing power to the government thought to be most suited to achieving the particular societal objective having regard to this diversity" (para. 58). In taking this position, the Court recognized the possibility inherent in a federal system of applying the principle of subsidiarity, thereby enhancing its democratic dimension and democratic value added. Moreover, in *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, the majority warned against the asymmetrical effect of the doctrine of interjurisdictional immunity, observing that this doctrine could be seen as undermining the principle of subsidiarity (para. 45). In their view, the powers assigned in the *Constitution Act, 1867* to the provinces on the one hand and the central government on the other are largely consistent with the principle of subsidiarity. According to Professor Hogg, the broad interpretation that the Privy Council and this Court generally gave the provincial jurisdiction over property and civil rights is explained by their acceptance of the principle of subsidiarity (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 5-13). This principle is therefore an important component of Canadian federalism.

de subsidiarité dans l'aménagement des rapports entre les compétences législatives des deux ordres de gouvernement. Ce principe veut que l'intervention législative provienne de l'ordre de gouvernement qui est le plus proche du citoyen et qui est ainsi jugé le plus à même de répondre aux préoccupations de ce citoyen (sur l'application de ce principe en droit public, voir *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, par. 3). À l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour a en effet exprimé l'opinion que « [l]a structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité » (par. 58). Cette position reconnaît cette capacité propre à un régime de type fédéral à mettre en œuvre le principe de subsidiarité, ce qui accentue sa dimension et sa plus-value démocratiques. De plus, dans *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, la majorité s'est mise en garde contre l'effet asymétrique de la doctrine de la protection des compétences, notant que cette doctrine peut être considérée comme une menace au principe de subsidiarité (par. 45). La nature des compétences attribuées aux provinces d'une part et à l'autorité centrale d'autre part dans la *Loi constitutionnelle de 1867* serait largement conforme au principe de subsidiarité. Selon le Professeur Hogg, l'interprétation généreuse qu'ont généralement donnée le Conseil privé et notre Cour à la compétence provinciale en matière de propriété et droits civils s'explique par leur acceptation du principe de subsidiarité (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), p. 5-13). Ce principe constitue donc une composante importante du fédéralisme canadien.

[184] In performing their function as interpreters of the law in the context of Canada's federal system, the Canadian courts have developed a number of doctrines based on constitutional principles, two of which could apply in the instant case: the double aspect doctrine and the ancillary powers doctrine. Because it can be difficult to legislate effectively within a rigid, formal framework, these two doctrines introduce a measure of flexibility

[184] Dans leur rôle d'interprètes du droit, à l'occasion de la mise en œuvre du régime fédéral du Canada, les tribunaux canadiens ont élaboré un certain nombre de doctrines fondées sur les principes constitutionnels. Deux d'entre elles sont susceptibles de s'appliquer en l'espèce : le double aspect et la compétence accessoire. Parce qu'il est souvent difficile de légiférer efficacement dans un cadre formel rigide, ces deux doctrines

that enables governments at different levels to co-operate in pursuing their legislative mandates. The constitutional analysis required by these two doctrines involves identifying the *pith and substance* of the impugned statute or provisions. The identification of the pith and substance focusses on the rule applicable to the facts or conduct. The pith and substance is identified by considering both the rule's purpose and its effects: *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at paras. 53-54. Several expressions have been used to describe the purpose of a rule: "dominant purpose" (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 29), "leading feature or true character" (*R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 481-82), and "dominant or most important characteristic" (*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 62-63). We will use the expression "dominant purpose", which incorporates all the necessary nuances.

[185] Activities, acts or conduct can sometimes be viewed from different normative perspectives, one relating to a federal power and the other to a provincial power. Where this is the case, the double aspect doctrine is engaged: *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6, at para. 22; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, at p. 1074; *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753; *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (P.C.); *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (P.C.);

introduisent un élément de souplesse qui permet aux ordres de gouvernement de poursuivre leur mission législative respective dans un esprit de coopération. L'analyse constitutionnelle que commandent ces deux doctrines se fonde sur la détermination du *caractère véritable* de la loi ou des dispositions contestées. On détermine le caractère véritable en examinant la norme qui régit les faits ou les conduites. Ce caractère est déterminé par l'examen de l'objet de la norme et de ses effets : *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 53-54. Plusieurs expressions sont utilisées pour décrire l'objet de la norme : « objet principal » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 29), « idée maîtresse » (*R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 481-482), ou encore, « caractéristique principale ou la plus importante » (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 62-63). Nous utiliserons l'expression « objet principal », qui capte toutes les nuances requises.

[185] Des activités, actes ou comportements peuvent parfois être appréhendés suivant des perspectives normatives différentes, l'une relevant d'une compétence fédérale, l'autre d'une compétence provinciale, auquel cas, la doctrine du double aspect entre en jeu : *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6, par. 22; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, p. 1074; *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753; *Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (C.P.); *Attorney-General of*

Hodge v. The Queen (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.); *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.).

[186] Where the pith and substance of a rule set out in a statute considered as a whole is connected with an exclusive power of the other level of government, the statute is necessarily invalid.

[187] Where the connection with a power is challenged in respect of only one or more provisions of the statute, the court must inquire into whether another doctrine — the ancillary powers doctrine — applies. The analytical approach to applying this doctrine has been well established in Canadian law since *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, in which Dickson C.J. proposed and justified the approach in the following words:

> The steps in the analysis may be summarized as follows: First, the court must determine whether the impugned provision can be viewed as intruding on provincial powers, and if so to what extent (if it does not intrude, then the only possible issue is the validity of the act). Second, the court must establish whether the act (or a severable part of it) is valid; in cases under the second branch of s. 91(2) this will normally involve finding the presence of a regulatory scheme and then ascertaining whether that scheme meets the requirements articulated in *Vapor Canada*, *supra*, and in *Canadian National Transportation*, *supra*. If the scheme is not valid, that is the end of the inquiry. If the scheme of regulation is declared valid, the court must then determine whether the impugned provision is sufficiently integrated with the scheme that it can be upheld by virtue of that relationship. This requires considering the seriousness of the encroachment on provincial powers, in order to decide on the proper standard for such a relationship. If the provision passes this integration test, it is *intra vires* Parliament as an exercise of the general trade and commerce power. If the provision is not sufficiently integrated into the scheme of regulation, it cannot be sustained under the second branch of s. 91(2). I note that in certain cases it may be possible to dispense with some of the aforementioned steps if a clear answer to one of them will be dispositive of the issue. For example, if the provision in question has no relation to the regulatory scheme then the question of its validity may be quickly answered on that ground

Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada, [1894] A.C. 189 (C.P.); *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.); *Papp c. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.).

[186] Lorsque le caractère véritable de la norme énoncée dans la loi, considérée dans son ensemble, se rattache à une compétence exclusive de l'autre ordre de gouvernement, cette loi est forcément invalide.

[187] Si le rattachement à une compétence n'est contesté qu'à l'égard d'une ou plusieurs dispositions de la loi, il faut se demander si une autre doctrine — celle de la compétence accessoire — s'applique. La méthode d'analyse suivie pour l'application de cette doctrine est établie dans notre droit depuis l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, où le juge en chef Dickson l'énonce et la justifie comme suit :

> Les étapes de l'analyse peuvent être résumées de la façon suivante : premièrement, la cour doit déterminer si la disposition contestée peut être considérée comme empiétant sur les pouvoirs provinciaux et, dans l'affirmative, dans quelle mesure (si elle ne constitue pas un empiétement, la seule question possible est alors celle de la validité de la loi). Deuxièmement, la cour doit établir si la loi (ou une partie séparable de celle-ci) est valide; dans les cas visés par le deuxième aspect du par. 91(2), cela comportera normalement l'identification d'un système de réglementation et la vérification de sa conformité aux conditions formulées dans les arrêts *Vapor Canada* et *Transports Nationaux du Canada*, précités. Si le système est invalide, l'examen prend fin ici. Si on conclut à la validité du système, la cour doit alors déterminer si la disposition contestée est suffisamment intégrée au système pour pouvoir être maintenue en raison de ce rapport. Cela exige de la cour qu'elle examine la gravité de l'empiétement sur les pouvoirs provinciaux pour décider du critère qu'il convient d'appliquer à un tel rapport. Si la disposition respecte ce critère d'intégration, elle est conforme à la compétence du Parlement en tant qu'exercice de son pouvoir général en matière d'échanges et de commerce. Si la disposition n'est pas suffisamment intégrée au système de réglementation, elle ne peut être maintenue en vertu du deuxième aspect du par. 91(2). Je souligne que, dans certains cas, il est possible de passer outre à certaines étapes déjà mentionnées si une réponse claire à l'une d'entre elles décide du litige. Par exemple, si la disposition en question n'a

alone. The approach taken in a number of past cases is more easily understood if this possibility is recognized. [pp. 671-72]

aucun rapport avec le système de réglementation, il est alors possible de décider rapidement de sa validité en fonction de ce seul moyen. La méthode retenue dans un certain nombre de décisions antérieures se comprend plus facilement si cette possibilité est admise. [p. 671-672]

This test was restated in *Kitkatla Band*, at para. 58, and in *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302, at para. 21.

L'analyse a été reprise dans *Bande Kitkatla*, par. 58, et dans *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302, par. 21.

[188] As a result of some clarifications made in *Canadian Western Bank*, at para. 32, regarding the doctrine of interjurisdictional immunity, we now prefer — rather than speaking of an "encroachment", as in *General Motors*, *Kirkbi* and *Kitkatla Band* — to use the word "overflow" when discussing the ancillary powers doctrine. As this Court noted in *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, laws may validly overflow from the jurisdiction of the government that enacted them so long as the overflow remains ancillary. Because the word "encroachment" evokes the effects of a statute or of provisions on a purpose falling within the core of a power of the other level of government, it is more appropriately linked with the doctrine of interjurisdictional immunity, which concerns the applicability of laws, not their validity.

[188] À la suite des précisions apportées dans *Banque canadienne de l'Ouest*, au par. 32, au sujet de la doctrine de la protection des compétences, au lieu d'employer le terme « empiétement », comme dans *General Motors*, *Kirkbi* et *Bande Kitkatla*, nous préférons plutôt retenir le mot « débordement » lors de l'étude de la doctrine de la compétence accessoire. En effet, comme l'a reconnu notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.S.C. 783, une loi peut validement déborder le champ de compétence de l'ordre qui l'adopte si ce débordement conserve un caractère accessoire. Parce qu'il évoque les effets d'une loi ou de dispositions sur un objet relevant du cœur de la compétence d'un autre ordre, le terme « empiétement » convient plutôt à la doctrine de la protection des compétences exclusives, doctrine qui concerne l'applicabilité des lois, et non leur validité.

[189] According to the approach adopted in *General Motors*, the first step is to identify the pith and substance (purpose and effects) of the impugned provisions. If the pith and substance falls within the jurisdiction of the other level of government, the extent of the overflow must be assessed. It must then be determined whether the provisions that overflow from the jurisdiction of the government that enacted them form part of an otherwise valid statute. Finally, the impugned provisions must be considered in the context of the entire statute in order to determine whether they are sufficiently integrated with the other provisions of the otherwise valid statute.

[189] Selon la démarche établie dans *General Motors*, il faut d'abord déterminer le caractère véritable (objet et effets) des dispositions contestées. S'il relève de l'autre ordre de gouvernement, il faut évaluer l'étendue du débordement. Il faut ensuite vérifier si les dispositions qui débordent de la compétence de l'ordre qui les a adoptées s'insèrent dans une loi par ailleurs valide. Finalement, on doit considérer les dispositions attaquées dans le contexte de l'ensemble de la loi pour déterminer si elles sont suffisamment intégrées aux autres dispositions de la loi par ailleurs valides.

[190] It is important to identify the pith and substance of the impugned provisions as precisely as possible. A vague or general characterization of

[190] Il importe de déterminer avec le plus de précision possible le caractère véritable des dispositions contestées. Une formulation floue ou

the pith and substance could have perverse effects on more than one level: first on the connection with an exclusive power and then on the extent of the overflow. For example, a finding that a provision is in pith and substance in relation to health or to the environment would be problematic. Those subjects are so vast and have so many aspects that, depending on the angle from which they are approached, they can support the exercise of legislative powers of either level of government. It is therefore necessary to take the analysis further and determine what aspect of the field in question is being addressed. Logically, except in cases of highly specific powers, the pith and substance of a provision or a statute will be less general than that of the power itself. If the characterization of the pith and substance of a provision is too general, there is a danger of its being superficially connected with a power of the other level of government. Moreover, in such a case, because of the numerous aspects of the more general subject matters, the extent of the overflow will also necessarily be exaggerated. The identification of the pith and substance of a provision or a statute is therefore subject to the same requirement of precision as the identification of the purpose of a provision establishing a limit in the context of the infringement of a right in an analysis under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In both cases, properly identifying the purpose forms the cornerstone of the analysis (see *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721, at para. 21). If vague characterizations of the pith and substance of provisions were accepted, this could lead not only to the dilution of and confusion with respect to the constitutional doctrines that have been developed over the years, but also to an erosion of the scope of provincial powers as a result of the federal paramountcy doctrine.

[191] In sum, the need for precision in characterizing the pith and substance of a statute or a provision assumes greater importance where a connection must be made with a power whose limits are imprecise. In the event of uncertainty, it becomes

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. En toute logique, sauf pour les cas des compétences très particulières, le caractère véritable d'une disposition ou d'une loi se situe forcément à un niveau de généralité inférieur à celui de la compétence. De même, si l'on formule le caractère véritable d'une disposition de façon trop générale, l'on risque de rattacher superficiellement le caractère véritable de cette disposition à une compétence de l'autre ordre de gouvernement. De plus, dans un tel cas, en raison des nombreuses facettes que présentent les matières plus générales, l'importance du débordement ne peut être qu'également artificiellement gonflée. La détermination du caractère véritable d'une disposition ou d'une loi est donc soumise à la même exigence de précision que celle de l'objectif d'une mesure limitative dans le contexte de la justification d'une atteinte à un droit dans le cadre de l'analyse en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans les deux cas, la détermination adéquate de l'objectif constitue la pierre d'assise de l'analyse (voir *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, par. 21). L'acceptation d'une formulation floue du caractère véritable d'une disposition entraînerait un risque non seulement de dilution et de confusion des doctrines constitutionnelles élaborées au fil des ans, mais aussi d'érosion du champ d'action des compétences provinciales en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale.

[191] En somme, la détermination précise du caractère véritable d'une loi ou d'une disposition revêt plus d'importance lorsque le rattachement doit se faire à une compétence aux contours imprécis. En cas d'incertitude, il faut alors s'en remettre

necessary to turn to the broader, unwritten rules that serve as the basis of and provide a framework for Canadian federalism, and the crucial role of which we have already noted.

[192] Despite its importance, the identification of the pith and substance remains only one part of the first step in applying the ancillary powers doctrine. It is also necessary to assess the extent of the overflow. This assessment becomes particularly important at the final step of the analysis because, if the provisions — considered in isolation — would be *ultra vires* the legislature that enacted them, the court must review the extent to which they are integrated into the otherwise valid statute of which they form a part. This review must make it possible to establish a relationship between the extent of the jurisdictional overflow and the importance of the provisions themselves within the statute of which they form a part. There are two applicable concepts: rationality — or simple functionality, to use the language from *General Motors* — and necessity.

[193] The need to maintain the balance resulting from the division of legislative powers provided for in the *Constitution Act, 1867* justifies the adoption of a variable test. In the words of Dickson C.J. in *General Motors*, "[a]s the seriousness of the [overflow into] provincial powers varies, so does the test required to ensure that an appropriate constitutional balance is maintained" (p. 671). Thus, although the fact that a provision is functionally integrated into valid legislation is enough for a finding of validity in the case of provisions that, viewed in isolation, overflow only slightly from the legislative authority of the government that enacted them, provisions that greatly exceed that authority would have to meet the test of necessity. In other words, the more necessary the provisions are to the effectiveness of the rules set out in the part of the statute that is not open to challenge, the greater the acceptable overflow will be.

[194] The Attorney General of Canada does not follow the approach established in *General Motors*, according to which the impugned provisions must

aux principes non écrits plus larges qui fondent et structurent l'ordre constitutionnel canadien et dont nous avons déjà rappelé le rôle capital.

[192] Malgré son importance, la détermination du caractère véritable ne constitue qu'un volet de la première étape de l'application de la doctrine de la compétence accessoire. Il faut aussi évaluer le débordement. Cette évaluation est particulièrement importante à la dernière étape de l'analyse, car dans le cas de dispositions qui, isolément, ne relèveraient pas de l'autorité législative qui les a adoptées, il faut étudier leur intégration à la loi par ailleurs valide dont elles font partie. L'examen doit permettre d'établir un rapport entre l'étendue du débordement de compétence et l'importance des dispositions elles-mêmes au sein de la loi dont elles font partie. Deux notions s'appliquent : rationalité — ou plutôt simple fonctionnalité, selon le vocabulaire utilisé dans *General Motors* — et nécessité.

[193] L'adoption d'un critère à géométrie variable est justifiée par la nécessité de maintenir l'équilibre établi par le partage des pouvoirs législatifs dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme l'écrit le juge en chef Dickson dans *General Motors* : « Puisque la gravité [du débordement] sur les pouvoirs provinciaux varie, il en va de même du critère requis pour maintenir un équilibre constitutionnel approprié » (p. 671). En conséquence, si l'existence d'un rapport fonctionnel avec un texte législatif valide suffit pour valider des dispositions qui, isolément, ne déborderaient que légèrement la compétence législative de l'ordre de gouvernement qui les a adoptées, le critère de nécessité s'applique aux dispositions qui excéderaient largement cette compétence. En d'autres termes, plus les dispositions seront nécessaires à l'efficacité des normes figurant dans la partie non contestable de la loi, plus la marge de tolérance du débordement sera grande.

[194] Au lieu de suivre la démarche établie dans *General Motors* qui commande d'examiner d'abord les dispositions contestées, le procureur général du

be considered first. Instead, he proposes beginning with an analysis of the legislation as a whole. He had proposed this same approach in *General Motors* (p. 666): to begin by reviewing the legislative framework established in the *Combines Investigation Act* and then to analyse the impugned provision itself. The Court rejected that approach (pp. 666-67). Nevertheless, the Chief Justice takes it in the case at bar. With all due respect, the approach in question does not make it possible to identify the pith and substance of the impugned provisions. In our view, the *General Motors* test is grounded in logic. As Dickson C.J. wrote, "in answering this initial question the court is considering the provision on its own and not assessing the act" (p. 667). The purpose of one provision may very well be to prohibit cloning whereas the purpose of another is the regulation of insemination. Since the purposes and effects of a statute's many provisions can be different, it is important to consider the impugned provisions separately before considering their connection with the other provisions of the statute.

[195] The Chief Justice applies three criteria to justify the overflow from federal jurisdiction. In *General Motors*, Dickson C.J. did in fact identify three factors that justified the impugned overflow in that case: the provision was a remedial one, such overflows were not unprecedented, and the overflow in that case was limited. We do not believe that these factors can be applied automatically without reference to the context, however. Indeed, it would be surprising if a past overflow from the jurisdiction of one level of government could serve to justify subsequent overflows without eroding the heads of power concerned. It is necessary in every case to take into account the observable tangible effects of the impugned provisions on the relevant heads of power.

[196] In short, care must be taken to maintain the constitutional balance of powers at all stages of the constitutional analysis. Be it in identifying the pith and substance of a statute or a provision or in reviewing the limits of an assigned power or of the exercise of an ancillary power, the courts must

Canada propose de commencer par l'analyse de l'ensemble de la loi. C'est ce qu'il avait aussi proposé dans *General Motors* (p. 666) : étudier d'abord le cadre législatif établi dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* puis analyser la disposition contestée elle-même. Notre Cour a rejeté cette approche (p. 666-667). La Juge en chef la retient pourtant. Avec le respect que nous lui devons, cette approche ne permet pas de discerner le caractère véritable des dispositions contestées. À notre avis, la grille d'analyse appliquée dans *General Motors* est logique. Par conséquent, comme l'écrit le juge en chef Dickson, « en répondant à cette question initiale la cour examine la disposition en elle-même et non la loi » (p. 667). Une disposition peut très bien avoir pour objet la prohibition du clonage, alors qu'une autre réglemente l'insémination. Puisque l'objet et l'effet des nombreuses dispositions d'une loi peuvent être différents, il importe d'étudier les dispositions contestées séparément, avant d'examiner le lien qu'elles entretiennent avec les autres dispositions de la loi.

[195] Par ailleurs, la Juge en chef recourt à trois critères pour justifier le débordement de la compétence fédérale. Dans *General Motors*, le juge en chef Dickson a bien identifié trois éléments qui, dans cette affaire, justifiaient le débordement contesté : la disposition avait un caractère réparateur, de tels débordements avaient déjà eu lieu dans le passé et le débordement dans cette affaire était limité. Or, nous ne croyons pas que ces éléments puissent s'appliquer d'emblée indépendamment du contexte. D'ailleurs, il serait étonnant que le débordement antérieur par un ordre de gouvernement puisse excuser un débordement ultérieur sans qu'il n'en résulte une érosion des chefs de compétence en cause. Il faut dans chaque espèce tenir compte des effets concrets et observables qu'ont les dispositions en cause sur les compétences législatives pertinentes.

[196] En somme, le souci du maintien de l'équilibre fédératif doit être présent à chacune des étapes de l'analyse constitutionnelle. Que ce soit à l'occasion de la détermination du caractère véritable d'une loi ou d'une disposition ou au moment de l'examen des limites d'une compétence attribuée

bear the importance of the unwritten constitutional principles in mind and must adhere to them.

[197] Having reviewed the constitutional principles that may apply in the instant case, we will now analyse the impugned provisions, which will require us to review the case law concerning the various heads of power being relied on by the parties.

VII. Analysis of the Impugned Provisions

[198] The constitutional question posed by the Attorney General of Quebec refers to ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of the *AHR Act*. At first glance, one might think that the Attorney General of Quebec has carved up the *AHR Act*. However, a closer examination of his submissions shows that the question he posed relates to the provisions that do not impose an absolute prohibition and the ones concerning the application of those provisions.

A. *Pith and Substance of the Impugned Provisions*

[199] In accordance with the principles discussed above, this step in the constitutional analysis involves identifying the pith and substance of the impugned provisions. The pith and substance can be drawn from the purpose and the effects of the provisions. But this is only the first step. If this initial step of the analysis raises doubts regarding the validity of the impugned provisions, the analysis must be taken further so as to consider the connection between the provisions that are being challenged and those that are not. The Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec take diametrically opposed positions with respect to the pith and substance of the impugned provisions.

[200] It should be noted that, in the view of the Attorney General of Canada, all the provisions of the *AHR Act* pertain to "facets of the same novel reality, the artificial creation of human life"

ou de l'exercice d'une compétence accessoire, les tribunaux doivent se rappeler l'importance des principes constitutionnels non écrits et veiller à les respecter.

[197] Après avoir examiné les principes constitutionnels susceptibles de s'appliquer en l'espèce, nous passons maintenant à l'analyse des dispositions contestées, ce pour quoi il nous faut revoir les arrêts portant sur les différents chefs de compétence invoqués par les parties.

VII. Analyse des dispositions contestées

[198] La question constitutionnelle posée par le procureur général du Québec renvoie aux art. 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la *LPA*. À première vue, on pourrait penser que le procureur général du Québec a procédé à un découpage de la *LPA*. Cependant, un examen plus attentif de ses moyens fait ressortir que la question qu'il pose vise les dispositions qui ne comportent pas d'interdiction totale ainsi que celles qui prévoient leur mise en application.

A. *Caractère véritable des dispositions contestées*

[199] Conformément aux principes décrits précédemment, cette étape de l'analyse constitutionnelle consiste à déterminer le caractère véritable des dispositions contestées. Ce caractère peut être dégagé de l'objet et des effets des dispositions. Toutefois, il ne s'agit que d'une première étape. Si la conclusion de cette première analyse suscite des doutes quant à la validité des dispositions contestées, il y a lieu de pousser l'analyse en considérant le rattachement des dispositions contestées à celles qui ne le sont pas. Le procureur général du Canada et le procureur général du Québec défendent des thèses diamétralement opposées en ce qui concerne le caractère véritable des dispositions contestées.

[200] Rappelons que, pour le procureur général du Canada, toutes les dispositions de la *LPA* concernent « autant de facettes d'une même réalité, nouvelle et inédite, la création artificielle de la vie

(Factum, at para. 41). The *AHR Act* contemplates "a range of practices that are all related to that activity, and that all pose risks to the fundamental values of public morality and health underlying this mix of concerns" (para. 46). The context of the creation of life transcends the field of medical practice. According to the Attorney General of Canada, most of the provisions held by the Court of Appeal to be invalid have nothing to do with the practice of medicine, and none of them solely concern it.

[201] The Attorney General of Quebec states that what the Attorney General of Canada regards as an "exemption regime" amounts, on the contrary, to the regulation of an entire area of medicine and research in order to define its evolving framework and ensure safe, accessible health care. According to the Attorney General of Quebec, the impugned provisions affect the health-care services needed to treat infertility, the regulation of health-care specialists who provide those services, the doctor-patient relationship and the rights and obligations arising out of that relationship. In his opinion, all these matters fall indisputably within the provinces' power to make laws in relation to hospitals, education, civil rights and matters of a local or private nature.

(1) Purpose of the Provisions

[202] The words of the statute itself can of course be of assistance in the identification of the purpose of impugned provisions. However, the context of the enactment of the statute often reveals as much as, if not more than, the words used. It is both appropriate and necessary to review the context as part of the statutory interpretation process, in constitutional as well as in other matters (*Reference re Firearms Act*, at para. 17). We must therefore go back to the Baird Commission's studies and the extensive work that followed, as well as to the bills that preceded the enactment of the *AHR Act*. It should be borne in mind that the Baird Commission had a very broad mandate. It was asked to "report on current and potential medical and scientific developments related to new reproductive

humaine » (mémoire, par. 41). La *LPA* vise « un ensemble de pratiques, toutes liées à ce domaine d'activités et présentant toutes des risques de préjudice aux valeurs fondamentales de moralité et de santé publiques qui sous-tendent cet amalgame de préoccupations » (par. 46). Le contexte de la création de la vie déborde le cadre de la pratique médicale. De l'avis du procureur général du Canada, la plupart des dispositions jugées invalides par la Cour d'appel n'ont aucun lien avec la pratique de la médecine et aucune d'elles ne concerne uniquement cette question.

[201] Ce qui, pour le procureur général du Canada, constitue un régime d'exceptions représente au contraire, pour le procureur général du Québec, une réglementation d'un secteur complet de la médecine et de la recherche afin d'en définir le cadre évolutif et d'assurer des soins de santé sûrs et accessibles. Selon le procureur général du Québec, les dispositions contestées touchent à la prestation des soins de santé requis pour traiter l'infertilité, à la surveillance des spécialistes de la santé qui dispensent ces soins, à la relation médecin-patient ainsi qu'aux droits et aux obligations créés par cette relation. À son avis, tous ces sujets relèvent incontestablement de la compétence des provinces sur les hôpitaux, l'éducation, les droits civils et les matières d'une nature locale ou privée.

(1) Objet des dispositions

[202] Le texte de la loi est certes utile pour bien cerner l'objet de dispositions contestées. Cependant, le contexte de son adoption est souvent aussi révélateur, sinon davantage, que les mots utilisés. L'examen du contexte joue un rôle légitime et nécessaire dans l'interprétation législative, y compris en matière constitutionnelle (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 17). Il faut donc retourner aux études de la Commission Baird et aux nombreux travaux qui ont suivi, de même qu'aux projets de loi qui ont précédé l'adoption de la *LPA*. On se souviendra que la Commission Baird avait reçu un mandat très large. Elle devait « présenter un rapport sur les progrès actuels et prévisibles de la science et de la médecine en matière de techniques nouvelles de reproduction, sur le plan de

technologies, considering in particular their social, ethical, health, research, legal and economic implications and the public interest" (P.C. 1989-2150). To appreciate the scope of the subjects it addressed in its work, one need only name a few of the topics it discussed: the costs of new reproductive technologies, the appropriate allocation of resources, monitoring of the quality of care, research into risk factors and the prevention of infertility, and a study on adoption systems in Canada.

[203] The Baird Commission made recommendations that would require action by a large number of stakeholders, including the federal government, provincial and territorial governments and certain professional organizations. It first recommended that the federal government use its criminal law power to prohibit activities that are fundamentally incompatible with the values of Canadian society:

> We have judged that certain activities conflict so sharply with the values espoused by Canadians and by this Commission, and are so potentially harmful to the interests of individuals and of society, that they must be prohibited by the federal government under threat of criminal sanction. [p. 1022]

[204] Regarding the controlled activities, the Baird Commission considered that national standards were required. It took the view that Parliament could rely on the peace, order and good government power to act in this regard (p. 19). It summarized its position as follows:

> In summary, the significance of research, development, and use of new reproductive technologies for Canadian society as a whole; the national as well as international character of the issues involved; the interrelatedness of their intra- and extraprovincial dimensions; and the potential effects of provincial failure to regulate the intraprovincial aspects of the subject, taken together, indicate the need for national uniformity in legislative treatment rather than provincial or regional diversity. To safeguard the individual and societal interests involved, we believe that regulation of new reproductive technologies must occur at the national level, although provincial and professional involvement will

leurs répercussions pour la santé et la recherche et de leurs conséquences morales, sociales, économiques et juridiques ainsi que pour le grand public » (C.P. 1989-2150). Pour saisir l'ampleur des sujets sur lesquels a porté son travail, il suffit de prendre connaissance de quelques-uns des thèmes abordés : coûts des nouvelles techniques de reproduction, utilisation judicieuse des ressources, contrôle de la qualité des soins, étude des facteurs de risque et des moyens de prévenir l'infertilité, et examen des régimes d'adoption au Canada, etc.

[203] La Commission Baird a adressé des recommandations à un grand nombre d'intéressés, dont le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux et territoriaux et certains organismes professionnels. Dans un premier temps, elle a recommandé que le gouvernement fédéral utilise son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel pour interdire des actes fondamentalement incompatibles avec les valeurs de la société canadienne :

> Nous avons jugé que certaines activités sont tellement contraires aux valeurs chères à la population canadienne et à la Commission, et qu'elles peuvent nuire à un tel point aux intérêts des particuliers et de la société, qu'il est impérieux que le gouvernement fédéral prononce contre elles des interdictions assorties de peines au criminel. [p. 1159]

[204] Quant aux activités réglementées, la Commission Baird a estimé que leur assujettissement à des normes nationales s'imposait. Elle était d'avis que le Parlement pouvait intervenir en invoquant son pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement (p. 21). Elle a résumé ainsi sa position :

> En résumé, l'importance de la recherche, du développement et de l'utilisation des nouvelles techniques de reproduction pour l'ensemble de la société canadienne, le caractère national aussi bien qu'international des questions en jeu, l'indissociabilité des dimensions intra et extraprovinciales et les conséquences éventuelles de l'absence de réglementation intraprovinciale pour les divers aspects des techniques de reproduction justifient l'adoption de mesures législatives uniformes au niveau national plutôt que des mesures provinciales ou régionales susceptibles de différer les unes des autres. Nous estimons que, pour sauvegarder les intérêts individuels et collectifs en cause, les nouvelles techniques de

be essential to the success of this endeavour. Only then will it be possible to overcome an increasing fragmentation of regulatory control and the difficulty of monitoring as practices and technologies expand and multiply.

The Commission therefore proposes that federal legislation be passed making some uses of the technologies illegal, thus establishing boundaries around what Canada considers acceptable use. [p. 22]

[205] The Baird Commission also recommended that the federal government set up a national body to oversee activities in the field of assisted human reproduction. According to its report, such a body would have to permit the creation and implementation of comprehensive and effective nationwide standards and monitoring devices. Such a system was considered preferable to a piecemeal federal reform carried out by individual departments. It would also be preferable to relying on individual responses by each province and territory, or on non-governmental or self-regulatory initiatives (pp. 112-13).

[206] It is clear that the Baird Commission wanted certain activities to be denounced and prohibited because, in its view, there was a consensus that they were reprehensible. But the Commission also wanted assisted human reproduction and related research activities to be regulated for the purpose of establishing uniform standards that would apply across Canada. Thus, it can be seen that the distinction drawn in the *AHR Act* between prohibited activities and controlled activities corresponds to the two distinct categories of activities for which the Baird Commission recommended two distinct approaches with different purposes.

[207] The concern the Baird Commission expressed about the prohibited activities reappeared at every stage of the process leading up to the enactment of the *AHR Act*. Thus, in 1995, Health Canada announced a moratorium on certain reproductive technologies and practices (News Release 1995-57). The moratorium applied to many of the activities that would subsequently be prohibited in the

reproduction doivent être réglementées au niveau national, bien qu'il demeure essentiel d'avoir le soutien des provinces et des organismes professionnels pour assurer le succès de cette réglementation. C'est la seule façon d'empêcher la désarticulation de la réglementation et de surmonter le problème du contrôle dans un domaine où les pratiques et les techniques ne cessent de se développer et de se multiplier.

La Commission propose par conséquent que le pouvoir fédéral légifère pour interdire certaines utilisations des techniques visées et, ce faisant, pour fixer les limites de ce que le Canada estime acceptable. [p. 24]

[205] La Commission Baird a recommandé par ailleurs au gouvernement fédéral d'établir un organisme national de contrôle des activités de procréation assistée. Selon son rapport, un tel organisme devait permettre d'établir et d'appliquer partout au pays des normes et des mesures de contrôle globales et efficaces. Un tel système était jugé préférable à une réforme fédérale ponctuelle mise en œuvre par des ministères. Cela valait mieux que de miser sur des mesures prises par chaque province et territoire, sur des initiatives non gouvernementales ou sur l'autoréglementation (p. 129).

[206] Il est clair que la Commission Baird visait, d'une part, à dénoncer et interdire certains actes parce que, selon elle, leur caractère répréhensible faisait consensus. D'autre part, elle souhaitait l'encadrement de l'aide à la procréation et de la recherche connexe afin d'établir des normes uniformes pour l'ensemble du Canada. On constate donc que la distinction établie dans la *LPA* entre actes interdits et activités réglementées correspond bien à ces deux catégories distinctes d'actes ou d'activités pour lesquels la Commission Baird recommandait autant d'approches différenciées visant des objectifs différents.

[207] La préoccupation de la Commission Baird concernant les actes interdits apparaît à toutes les étapes antérieures à l'adoption de la *LPA*. Ainsi, en 1995, Santé Canada a établi un moratoire sur certaines techniques et pratiques de reproduction (Communiqué 1995-57). Ce moratoire s'appliquait à une grande partie des actes qui ont ultérieurement été interdits dans la *LPA*. Par ailleurs, quelques

AHR Act. A few months after the announcement of the moratorium, a discussion group on embryo research that had been set up by the federal government submitted a report to Health Canada. This group recommended that the criminal law be used to prohibit certain activities, but that other activities simply be regulated. In its report, it gave the following justification for the alternative approach it was proposing for those other activities:

> This form of legislative intervention is best suited to precise, yet flexible control of an activity where the objective is to set standards of activity (as distinguished from standards of behavior).

(*Research on Human Embryos in Canada* (1995), at p. 26)

[208] The first bill on assisted human reproduction was introduced in 1996 (C-47). It included the main prohibitory provisions now found in the *AHR Act*. For example, payment for surrogacy was prohibited, but there was no provision like the one that exists today to the effect that a surrogate mother could be reimbursed for her expenditures. As well, the use of genetic material without the donor's consent was prohibited, but the terms of consent were not regulated. The next two bills took the form of proposed amendments to the *Criminal Code* (C-247, C-336). Like the one that preceded them, these bills provided only for prohibitions.

[209] When considered in parallel with the adoption of a moratorium and the tabling of three successive bills that related to only certain of the prohibited activities, the statements by the Baird Commission and the 1995 discussion group that the objective in regulating assisted reproductive activities was to establish national standards confirms that the purpose of the current legislative provisions concerning the prohibited activities must be distinguished from that of the provisions concerning the controlled activities. The former concern what were considered to be reprehensible activities that fell within the ambit of the criminal law, while the latter concern activities that were not to

mois après l'annonce du moratoire, un groupe de discussion sur la recherche relative aux embryons, mis sur pied par le gouvernement fédéral, a présenté son rapport à Santé Canada. Ce groupe a recommandé de recourir au droit criminel pour prohiber certains actes et d'établir un simple cadre réglementaire pour d'autres activités. Dans son rapport, le groupe justifiait comme suit l'approche différente proposée pour ces autres activités :

> Cette forme d'intervention législative convient le mieux pour assurer un contrôle précis, quoique souple, d'une activité lorsque l'objectif visé est d'établir des standards pour celle-ci (à ne pas confondre avec les normes comportementales).

(*Recherche sur l'embryon humain au Canada* (1995), p. 29)

[208] Le premier projet de loi sur la procréation assistée a été déposé en 1996 (C-47). Il contenait les principales dispositions prohibitives que nous retrouvons à la *LPA*. Par exemple, la rétribution de la mère porteuse était interdite, mais aucune disposition ne prévoyait, comme maintenant, que cette dernière pourrait être remboursée des frais qu'elle a pu supporter. De plus, l'utilisation du matériel génétique sans le consentement du donneur était défendue sans que les modalités du consentement ne soient établies par règlement. Les deux projets de loi suivants ont pris la forme de projets de modification du *Code criminel* (C-247, C-336). Comme celui qui les a précédés, ces projets ne comportaient que des prohibitions.

[209] Les affirmations de la Commission et du groupe de discussion de 1995 que l'objectif de la réglementation des activités liées à la procréation assistée est l'établissement de normes nationales viennent confirmer, si on les examine en parallèle avec l'adoption d'un moratoire et le dépôt de trois projets de loi consécutifs ne portant que sur certains actes interdits, que l'objet des mesures législatives actuelles portant sur les actes interdits doit être distingué de celui des dispositions relatives aux activités réglementées. Les actes visés dans le premier cas sont présentés comme des actes répréhensibles qui tombent sous le coup du droit criminel. Par contre, les activités visées dans le second cas

be prohibited, since they were considered acceptable or even legitimate (Baird Report, at pp. 86, 109 and 140). However, these last activities were to be subject to national standards.

[210] The way the *AHR Act* is drafted makes it clear that the dichotomy between reprehensible activities and desirable ones is embodied in the coexistence of two distinct schemes and that Parliament therefore adopted the two recommendations of the Baird Commission unconditionally. From this perspective, there appears to be a perfect correspondence between the recommendations and the legislation. The principles that supposedly guided Parliament and that are set out in s. 2 include the formal statement that certain practices "raise health and ethical concerns that justify their prohibition" (para. (*f*)). Parliament also declared (at para. (*b*)) that

the benefits of assisted human reproductive technologies and related research for individuals, for families and for society in general can be most effectively secured by taking appropriate measures for the protection and promotion of human health, safety, dignity and rights in the use of these technologies and in related research;

[211] The Act contains, on the one hand, a list of prohibited activities. The evidence shows that Parliament could consider these activities unacceptable on the basis of the Baird Report, the discussion group's comments on embryo research and the work of Health Canada. As we mentioned above, these activities include human cloning (s. 5(1)(*a*)) and creating an embryo for any purpose other than creating a human being (s. 5(1)(*b*)). Moreover, although both the prohibited and the controlled activities involve the manipulation of genetic material, most of the prohibited activities cannot be considered to be acts connected with assisted human reproduction. On the other hand, the evidence also shows that the same authorities recognized that some assisted reproductive technologies are beneficial to society and should accordingly be supported, although they also need to be regulated. Finally, some of these technologies, such as transplanting sperm into a woman's body and *in vitro* fertilization, have been used for over 25 years.

ne doivent pas être interdites, car on les tient pour acceptables et même légitimes (Rapport Baird, p. 99, 125 et 158). Toutefois, on veut assujettir ces activités à des normes nationales.

[210] En fait, il devient évident à la lecture de la *LPA* que la dichotomie actes répréhensibles et activités souhaitables est consacrée par la coexistence de deux régimes distincts et que le Parlement a donc retenu sans réserve les deux recommandations de la Commission Baird. Sous cet angle, la correspondance entre les recommandations et la loi paraît totale. Les principes censés guider le Parlement et énoncés à l'art. 2 précisent formellement que certaines pratiques « soulèvent des questions de santé et d'éthique qui en justifient l'interdiction » (al. *f*)). Par ailleurs, le Parlement déclare aussi (al. *b*)) que

la prise de mesures visant à la protection et à la promotion de la santé, de la sécurité, de la dignité et des droits des êtres humains constitue le moyen le plus efficace de garantir les avantages que présentent pour les individus, les familles et la société en général, la procréation assistée et la recherche dans ce domaine;

[211] Dans la loi, on trouve, d'une part, une liste d'actes interdits. La preuve révèle que le Parlement pouvait les considérer comme inacceptables, et ce, en prenant appui sur le Rapport Baird, sur les observations du groupe de discussion sur la recherche relative aux embryons et sur les travaux de Santé Canada. Ces actes, rappelons-le, sont par exemple le clonage humain (al. 5(1)*a*)) et la création d'embryon à des fins autres que la création d'un être humain (al. 5(1)*b*)). D'ailleurs, même si les actes interdits et les activités réglementées ont en commun la manipulation de matériel génétique, la plupart des actes interdits ne sauraient être considérés comme des actes liés à la procréation assistée. D'autre part, la preuve révèle également que les mêmes autorités reconnaissaient que plusieurs techniques de procréation assistée présentent des avantages pour la société et, de ce fait, doivent être soutenues, mais également encadrées. Enfin, plusieurs de ces techniques ont cours depuis plus d'un quart de siècle, comme l'implantation de spermatozoïdes dans le corps de la femme et la fécondation in vitro.

[212] Both the Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec filed excerpts from Hansard and expert reports dating from after the enactment of the *AHR Act* that describe how the social context and assisted human reproductive technologies have evolved since the time of the Baird Commission and the discussion group. Several reports show clearly that assisted human reproduction has now grown more important. For example, Dr. Jeff Nisker explains that the need to have recourse to these technologies has increased because many women now put off the decision to have children until they are in their 30s or 40s, that is, at a stage in their lives when their fertility may be reduced owing to physiological or environmental factors (*Quebec Challenge to Assisted Human Reproduction Act* (2006), at pp. 12-13). Dr. François Bissonnette (*La procréation médicalement assistée au Canada et au Québec — Survol et enjeux* (2006), at p. 7) also discusses the history of assisted human reproductive technologies, and he notes that the scientific community regards infertility as a pathological problem (p. 4). He adds that the first sperm banks date back to the early 1960s. He reports that, as of 2006, nearly 300,000 births worldwide could be attributed to the use of such technologies. Thus, the witnesses do not see assisted human reproductive technologies as a social "evil", but as a "solution" to reproductive problems caused by pathological or physiological factors.

[213] In short, while it is true that certain groups in Canadian society are opposed to assisted human reproductive technologies and fundamentally challenge their legitimacy, the evidence shows that assisted human reproduction is usually regarded as a form of scientific progress that is of great value to individuals dealing with infertility problems. The same attitudes are adopted with respect to research into reproductive technologies. For the purposes of this appeal, there is no need to summarize the evidence on every field of research into new reproductive technologies. Suffice it to observe that no one has denounced research into assisted human reproduction on the basis that it is reprehensible. Despite the agreement that technologies related to assisted human reproduction need to be regulated, it is clear

[212] Les procureurs généraux du Canada et du Québec ont produit des extraits des débats parlementaires et des rapports d'experts postérieurs à l'adoption de la *LPA* qui décrivent l'évolution du contexte social et des techniques de procréation assistée depuis les travaux de la Commission Baird et du groupe de discussion. Plusieurs rapports font ressortir l'importance accrue de la procréation assistée de nos jours. Par exemple, le D[r] Jeff Nisker explique que le besoin de recourir à ces techniques est plus grand, car de nombreuses femmes reportent jusqu'à la trentaine ou à la quarantaine leur décision d'avoir des enfants, c'est-à-dire à une étape de leur vie où des facteurs physiologiques ou environnementaux peuvent diminuer leur fécondité (*Quebec Challenge to Assisted Human Reproduction Act* (2006), p. 12-13). Le D[r] François Bissonnette (*La procréation médicalement assistée au Canada et au Québec — Survol et enjeux* (2006), p. 7) fait lui aussi l'historique des techniques de procréation assistée et souligne que le monde scientifique considère l'infertilité comme un problème pathologique (p. 4). Il indique également que les premières banques de sperme datent du début des années 1960. Il rapporte qu'en 2006, on pouvait attribuer à l'utilisation de ces techniques près de 300 000 naissances survenues dans le monde. Les témoins ne voient donc pas dans les techniques de procréation assistée un « mal » social, mais bien une « solution » à des problèmes de procréation d'origine pathologique ou physiologique.

[213] En somme, s'il est vrai que certains groupes au sein de la société canadienne s'opposent aux techniques de procréation assistée et en contestent fondamentalement la légitimité, la preuve révèle que l'assistance à la procréation est le plus souvent perçue comme un progrès scientifique ayant une grande valeur pour les personnes souffrant d'infertilité. Les mêmes positions sont adoptées à l'égard de la recherche liée à ces techniques. Il n'est pas nécessaire, pour les besoins du présent pourvoi, de résumer la preuve portant sur chacun des domaines de la recherche sur les nouvelles techniques de procréation. Il suffit de rappeler que nul n'a dénoncé la recherche sur les techniques de procréation assistée en la tenant pour répréhensible. Malgré la reconnaissance du besoin d'un encadrement, la preuve

from the evidence that research into such technologies is considered to be not only desirable, but necessary. Thus, Dr. Roger Gosden, in testifying before the Standing Committee on Health on May 17, 2001 (at 11:40 (online)), stressed the important role that research plays in enhancing our understanding of the causes of infertility, improving the success rate of infertility treatments and avoiding inherited diseases.

[214] In the course of the debate in Parliament, particular attention was devoted to research involving transgenics. Some members suggested that such research be prohibited rather than being regulated (as it is under s. 11 of the *AHR Act*). In responding to two proposed amendments, Health Canada representatives explained that such an approach would not be desirable.

[215] Regarding a proposal for a total ban on transgenics, the chair of the Standing Committee on Health asked Rodney Ghali, a science policy analyst from the Special Projects Division of the Department of Health, what the impact of prohibiting all transgenic research would be. Mr. Ghali answered that research in this huge field, which is beneficial for all Canadians, included research into cancer, Huntington's disease and other diseases of the nervous system. The proposed amendment was rejected (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 013, 2nd Sess., 37th Parl., December 9, 2002, at 10:25-10:35 (online)).

[216] Similarly, in response to a motion to amend that would have resulted in a ban on transgenics, Jeannot Castonguay, the Parliamentary Secretary to the then Minister of Health, explained in the House of Commons that such a ban "would have the effect of immediately, and permanently, putting an end to the efforts of numerous Canadian researchers and laboratories to develop therapies for the treatment of a number of dread diseases, among them cancer and Alzheimer's" (*House of Commons Debates*, vol. 138, No. 072, 2nd Sess., 37th Parl., March 18, 2003, at p. 4335).

confirme que la recherche sur les techniques liées à la procréation assistée est non seulement jugée souhaitable, mais également nécessaire. Ainsi, lors de son témoignage devant le Comité permanent de la santé le 17 mai 2001 (11:40 (en ligne)), le D[r] Roger Gosden a souligné l'importance de la recherche pour bien comprendre les causes de l'infertilité, pour améliorer le taux de réussite des traitements contre l'infertilité et pour éviter les maladies héréditaires.

[214] La recherche impliquant la transgénèse a fait l'objet d'une attention particulière lors des débats. Certains parlementaires suggéraient qu'un tel type de recherche soit prohibé plutôt que réglementé (comme c'est le cas à l'art. 11 de la *LPA*). Des représentants de Santé Canada appelés à répondre à deux demandes d'amendement ont expliqué qu'une telle approche ne serait pas souhaitable.

[215] En réponse à une proposition visant à interdire totalement la transgénèse, la présidente du Comité permanent de la Santé a demandé à Rodney Ghali, analyste des politiques à la Division des projets spéciaux du ministère de la Santé, quelles seraient les répercussions de la suppression de toute recherche transgénique. Celui-ci a répondu que cet important domaine de recherche, bénéfique pour les Canadiens et Canadiennes, s'étendait à la recherche sur le cancer, la maladie de Huntington et d'autres maladies du système nerveux. La proposition d'amendement a été rejetée (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé*, n[o] 013, 2[e] sess., 37[e] lég., 9 décembre 2002, 10:25-10:35 (en ligne)).

[216] De même, Jeannot Castonguay, secrétaire parlementaire de la ministre de la Santé de l'époque, en réponse à une motion d'amendement visant à interdire la transgénèse, a expliqué devant la Chambre des communes qu'une telle interdiction « aurait pour conséquence de stopper immédiatement et de façon permanente les efforts de nombreux chercheurs et laboratoires au Canada qui veulent développer des thérapies pour traiter de nombreuses maladies accablantes, que ce soit le cancer, l'Alzheimer ou autres » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, n[o] 072, 2[e] sess., 37[e] lég., 18 mars 2003, p. 4335).

[217] We therefore cannot agree with the Attorney General of Canada that the impugned provisions concerning the controlled activities have the same purpose as the unchallenged provisions concerning the prohibited activities. Parliament responded to what was presented to it as a consensus that some of the prohibited activities are reprehensible. Those prohibitions are therefore intended to prevent activities and the use of technologies that do not form part of the process of genetic research or assisted human reproduction. Parliament clearly showed that its intention was to prohibit them, and they are in fact prohibited completely. It showed no such intention with respect to the activities that are not prohibited completely. As can be seen from the legislative history, the technologies and activities included among the controlled activities are very different in nature from the activities that are prohibited completely. These are technologies and activities to which professionals working in the field commonly have recourse. Parliament did not indicate that it intended to prohibit or even limit them. The purpose of the impugned provisions is instead to set up a national scheme to regulate the activities in question. In light of s. 2(*b*) of the *AHR Act*, we would add that this was how Parliament believed that "the benefits of assisted human reproductive technologies and related research for individuals, for families and for society in general can be most effectively secured" (see also S. Bordet, S. Feldman and B. M. Knoppers, "Legal Aspects of Animal-Human Combinations in Canada" (2007), 1 *M.H.L.P.* 83, at p. 85).

[217] Il ne nous est donc pas possible de retenir la thèse du procureur général du Canada suivant laquelle l'objet des dispositions contestées portant sur les activités réglementées est le même que celui des dispositions non contestées portant sur les actes interdits. Le Parlement a réagi à ce qui lui a été présenté comme un consensus sur le caractère répréhensible de certains actes. Ces prohibitions visent ainsi à empêcher l'exécution d'actes et l'utilisation de techniques qui ne s'insèrent pas dans le processus de recherche génétique ou de procréation assistée. Le Parlement a clairement montré son intention de les interdire. Les prohibitions sont d'ailleurs totales. Ce n'est pas le cas à l'égard des activités réglementées qui ne sont pas totalement prohibées. Comme le montre l'historique législatif, les techniques et actes constituant des activités réglementées sont d'une nature bien différente de celle des actes prohibés totalement. Il s'agit de techniques et d'actes auxquels recourent couramment les professionnels qui œuvrent dans le domaine. Le Parlement n'a manifesté aucune intention de les interdire ou même de les limiter. Les dispositions contestées ont plutôt pour objet d'instaurer un régime national d'encadrement des activités visées. Nous appuyant sur l'al. 2*b*) de la *LPA*, nous estimons en outre que ce moyen était celui que le Parlement jugeait « le plus efficace [pour] garantir les avantages que présentent pour les individus, les familles et la société en général la procréation assistée et la recherche dans ce domaine » (voir aussi S. Bordet, S. Feldman et B. M. Knoppers, « Legal Aspects of Animal-Human Combinations in Canada » (2007), 1 *P.D.S.M.* 83, p. 85).

(2) Effect of the Provisions

(2) Effet des dispositions

[218] Identifying the pith and substance of the impugned provisions involves a consideration not only of their purpose, but also of their effects. "Effects" of the provisions means the actual impact of the application of the provisions on Canadians: *Reference re Firearms Act*, at para. 18. As we mentioned above, the Attorney General of Canada submits that the impugned provisions have little or nothing to do with health and that none of them pertain either to the quality of medical procedures or to the management of health-care institutions

[218] La détermination du caractère véritable des dispositions contestées requiert non seulement l'examen de leur objet, mais aussi celui de leurs effets. Les effets des dispositions contestées s'entendent des conséquences pratiques de leur application pour les Canadiens et les Canadiennes : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 18. Le procureur général du Canada, nous l'avons mentionné, soutient que les dispositions contestées n'ont qu'un lien ténu avec la santé, voire n'en ont pas du tout, et qu'aucune ne concerne la qualité des services

(Factum, at para. 92). The Attorney General of Quebec counters that the impugned scheme seriously affects the practice of medicine and overlaps or conflicts with many Quebec statutes and regulations. In our opinion, a review of the effects of the provisions of the *AHR Act* confirms the position of the Attorney General of Quebec.

[219] For instance, s. 8 of the *AHR Act* sets out rules on consent for the removal and use of human reproductive material. Section 8 would appear to be very broad in scope: it applies to any removal or use of human reproductive material for the purpose of creating an embryo. This means that it applies to any manipulation of this nature. However, the purpose of the provision is to establish a framework for consent to such manipulations, not to prohibit them. But it should be noted that s. 265 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, already prohibits the removal of genetic material without consent (see P. Healy, "Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada" (1995), 40 *McGill L.J.* 905, at p. 941).

[220] The impugned provisions have a direct impact on the relationship between physicians called upon to use assisted reproductive technologies, donors, and patients. Moreover, rules on consent already exist in the *Civil Code of Québec*, R.S.Q., c. C-1991 ("*C.C.Q.*") (arts. 10 to 25), the *Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2 ("*AHSSS*") (ss. 9 *et seq.*), and the *Code of ethics of physicians*, R.R.Q., c. M-9, r. 4.1 (ss. 28, 29 and 49). To give another example, ss. 12(1)(*c*) and 12(3) of the *AHR Act* address the reimbursement of surrogate mothers for expenditures incurred and for the loss of work-related income. Section 12 implicitly authorizes surrogacy contracts, whereas art. 541 *C.C.Q.* provides that such contracts are null.

[221] Moreover, ss. 10, 11, 13, 40(1) and 42 of the *AHR Act* require researchers and physicians who

médicaux ni la gestion des établissements de santé (mémoire, par. 92). Le procureur général du Québec avance au contraire que le régime contesté affecte sérieusement l'exercice de la médecine et chevauche un grand nombre de lois et de règlements québécois ou entre en conflit avec eux. À notre avis, l'examen des effets des dispositions de la *LPA* confirme la thèse du procureur général du Québec.

[219] Ainsi, l'art. 8 de la *LPA* prescrit des règles applicables au consentement au prélèvement et à l'usage du matériel reproductif humain. L'article 8 possède en apparence une portée très large : il vise tout prélèvement et toute utilisation de matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon, de sorte que toutes les manipulations de cette nature tombent sous le coup de la disposition. Cependant, le but de la disposition est bien d'établir un régime régissant le consentement à ces manipulations, et non de les interdire. Il convient toutefois de rappeler que le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, à l'art. 265, prohibe déjà le prélèvement de matériel génétique sans consentement (voir P. Healy, « Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada » (1995), 40 *R.D. McGill* 905, p. 941).

[220] Les dispositions contestées touchent directement la relation entre le médecin appelé à recourir aux techniques de procréation assistée, le donneur et le patient. De plus, nous signalons que des règles relatives au consentement existent déjà dans le *Code civil du Québec*, L.R.Q., ch. C-1991 (« *C.c.Q.* »), aux art. 10 à 25, dans la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2 (« *LSSSS* »), art. 9 et suiv., et dans le *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., ch. M-9, r. 4.1, art. 28, 29 et 49. En outre, l'al. 12(1)*c*) et le par. 12(3) de la *LPA* traitent du remboursement à la mère porteuse des dépenses supportées ou des pertes de revenu de travail subies. L'article 12 autorise implicitement la conclusion d'un contrat de mère porteuse, alors que l'art. 541 *C.c.Q.* déclare nul un tel contrat.

[221] Par ailleurs, les art. 10, 11 et 13, ainsi que le par. 40(1) et l'art. 42 de la *LPA* obligent

engage in activities related to treatments for infertility to obtain licences from the Federal Agency. But the *AHSSS* already requires hospital centres and specialized medical centres to obtain permits (s. 437 of the *AHSSS*). The *Act respecting medical laboratories, organ, tissue, gamete and embryo conservation, and the disposal of human bodies*, R.S.Q., c. L-0.2, s. 31, imposes the same obligation on laboratories and on organ and tissue banks. Given that obtaining a licence from the Federal Agency is a prerequisite for undertaking a controlled activity in any premises (s. 13 of the *AHR Act*), this obligation could require compliance with conflicting requirements or could, at the very least, result in extensive duplication in the requirements of the two levels of government.

[222] Sections 14 to 19 of the *AHR Act* establish a system for the management and disclosure of information relating to assisted reproductive activities. They provide for the establishment of a registry and set out rules for access to and disclosure of relevant information. But Quebec already has its own rules governing the use of assisted reproductive technologies by health-care institutions and physicians. Moreover, the doctor-patient relationship is protected by professional secrecy as provided for in s. 42 of the *Medical Act*, R.S.Q., c. M-9. And the disclosure of confidential information is also subject to provisions of several Quebec statutes and regulations, including the *Code of ethics of physicians* (ss. 20 and 21) and the *AHSSS* (see, *inter alia*, ss. 17 *et seq.*).

[223] Finally, under ss. 45 to 53 of the *AHR Act*, inspectors from the Federal Agency are granted broad powers to enter places or conveyances and examine and seize information or material. These provisions apply not only to physicians and researchers, but also to all health-care institutions where assisted reproductive activities or related research activities are conducted. This oversight by the Federal Agency duplicates the oversight provided for in the *Medical Act*, the *Code of ethics of*

les chercheurs et les médecins qui accomplissent des actes liés aux traitements contre l'infertilité d'obtenir une autorisation de l'Agence fédérale. Il convient de souligner que la *LSSSS* impose déjà aux centres hospitaliers et aux centres médicaux spécialisés l'obligation d'obtenir un permis (art. 437 de la *LSSSS*). La *Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres*, L.R.Q., ch. L-0.2, art. 31, impose la même obligation aux laboratoires et banques d'organes et de tissus. Comme l'obligation d'obtenir un permis délivré par l'Agence fédérale constitue une condition préalable à la pratique d'une activité réglementée dans un établissement (art. 13 de la *LPA*), elle risque de contraindre au respect d'exigences incompatibles ou, à tout le moins, d'entrainer d'importants chevauchements des exigences fixées par les deux ordres de gouvernement.

[222] Les articles 14 à 19 de la *LPA* instaurent un système de gestion et de communication de l'information concernant les pratiques de procréation assistée. Ils prévoient l'établissement d'un registre, en plus de fixer les règles régissant l'accès aux renseignements pertinents et la communication de ceux-ci. Or, au Québec, de telles règles régissent déjà les établissements de santé et les médecins lorsqu'ils ont recours aux techniques de procréation assistée. De plus, la relation patient-médecin est protégée par le secret professionnel, comme le prévoit l'art. 42 de la *Loi médicale*, L.R.Q., ch. M-9. La communication de l'information confidentielle est aussi régie par un grand nombre de textes législatifs et réglementaires québécois, dont le *Code de déontologie des médecins* (art. 20 et 21) et la *LSSSS* (voir, entre autres, les art. 17 et suiv.).

[223] Enfin, les art. 45 à 53 de la *LPA* accordent aux inspecteurs de l'Agence fédérale de larges pouvoirs de visite, d'examen et de saisie de données ou de matériel. La loi assujettit à ces dispositions non seulement les médecins et les chercheurs, mais aussi tous les établissements de soins de santé où se déroulent des activités liées à la procréation ou des activités de recherche connexes. Cette surveillance exercée par l'Agence fédérale fait double emploi avec celle découlant de l'application de la

physicians, the *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26, and the *AHSSS*. The *AHSSS* also includes numerous provisions that grant extensive powers of investigation to Quebec agencies created under it (see, *inter alia*, ss. 413.2 and 414 of the *AHSSS*).

[224] To illustrate the scope of the provincial rules that apply to health-care professionals and institutions, it will be helpful to review certain characteristics of Quebec's health-care system, which has a vertical aspect as regards supervision and sanctions and a horizontal aspect as regards the provision of health care. The Minister of Health and Social Services oversees Quebec's health and social services agencies (ss. 339 *et seq.* of the *AHSSS*), which are in turn responsible for overseeing the application of Quebec's standards and organizing services within their respective territories. Public health institutions, in co-operation with private clinics and doctors' offices, provide health services and social services (ss. 79 *et seq.* of the *AHSSS*). Moreover, health-care professionals are regulated by their respective professional orders under the *Professional Code* and the other statutes that apply specifically to the orders in question. The same structure applies regardless of the nature of the health service in issue.

[225] Thus, even though an integrated system already exists in Quebec for all medical and related research activities, including those that, from ethical, moral and medical standpoints, are similar to activities associated with assisted human reproduction, the *AHR Act* establishes a distinct framework and special rules for those associated with assisted human reproduction. As a result, the *AHR Act*'s special system for assisted reproductive activities, with all its potential for red tape, has a considerable impact on all those who participate in such activities, both professionals who undertake them and the institutions where they take place.

[226] We concluded above that the purpose of the impugned provisions was to establish mandatory

Loi médicale, du *Code de déontologie des médecins*, du *Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26, et de la *LSSSS*. Cette dernière loi comporte d'ailleurs de nombreuses dispositions qui accordent des pouvoirs d'enquête étendus à des agences québécoises qu'elle crée (voir, entre autres, les art. 413.2 et 414 de la *LSSSS*).

[224] Pour bien illustrer l'étendue des règles provinciales applicables aux professionnels de la santé et aux établissements de soins de santé, il convient de rappeler certains traits du système québécois. Il comporte un aspect vertical en ce qui concerne le contrôle et les sanctions et un aspect horizontal pour ce qui est de la fourniture des soins de santé. Le ministre de la Santé et des Services sociaux chapeaute les agences québécoises de la santé et des services sociaux (art. 339 et suiv. de la *LSSSS*), lesquelles sont responsables du contrôle d'application des normes québécoises et de l'organisation des services sur leur territoire respectif. Les établissements publics de soins de santé, de concert avec les cliniques et les cabinets privés, fournissent les services de santé et les services sociaux (art. 79 et suiv. de la *LSSSS*). Par ailleurs, les professionnels de la santé sont régis par leur ordre professionnel respectif, conformément au *Code des professions* et aux autres lois applicables spécifiquement aux ordres professionnels en cause. La structure demeure la même sans égard à la nature du service de santé fourni.

[225] Dans ce contexte, alors même qu'un régime intégré existe déjà au Québec pour tous les actes médicaux et les activités de recherche connexes, y compris ceux qui, sur les plans éthique, moral et médical, se rapprochent des activités liées à la procréation assistée, la *LPA* assujettit celles-ci à un régime distinct et des règles particulières. Par conséquent, l'assujettissement des activités liées à la procréation assistée au régime particulier de la *LPA*, avec toutes ses lourdeurs administratives potentielles, produit des effets considérables sur tous les acteurs intéressés, que ce soit les professionnels qui recourent à ces activités ou les établissements où les activités sont pratiquées.

[226] Nous avons conclu précédemment que l'objet des dispositions contestées était l'établissement

national standards for assisted human reproduction. A review of the practical consequences of these provisions shows that they have a significant impact on the practice of medicine. We therefore cannot agree with the Attorney General of Canada that the impugned provisions have nothing to do with the quality of services or the management of health-care institutions.

[227] Rather, the purpose and the effects of the provisions in question relate to the regulation of a specific type of health services provided in health-care institutions by health-care professionals to individuals who for pathological or physiological reasons need help to reproduce. Their pith and substance must be characterized as the regulation of assisted human reproduction as a health service. It would of course have been possible to say that the pith and substance of the impugned provisions relates to the regulation of research and practice associated with assisted human reproduction, but in our opinion, the effects of the provisions make a more precise characterization necessary. This approach is more consistent with the principles discussed above according to which the pith and substance should be identified as precisely as possible in light of the need to connect it with legislative powers (see para. 190). At the next step in the constitutional analysis, we must in fact establish that connection by identifying the head of power with which the impugned provisions — viewed from the perspective of their pith and substance — are connected.

B. *Connecting the Pith and Substance of the Provisions With Heads of Power*

[228] It is important to bear in mind this Court's caveat in *Reference re Firearms Act*: "The determination of which head of power a particular law falls under is not an exact science" (para. 26). A law, or one or more of its provisions, may in theory be connected with several heads of power. Despite this difficulty, it must be determined whether the pith and substance of the impugned law or of its impugned provisions results in a connection with

de normes impératives nationales en matière de procréation assistée. L'étude des conséquences pratiques de ces dispositions démontre que celles-ci ont une incidence importante sur la pratique médicale. Nous ne pouvons donc retenir la thèse du procureur général du Canada voulant que les dispositions contestées n'aient rien à voir avec la qualité des services et la gestion des établissements de santé.

[227] L'objet et les effets de ces dispositions sont plutôt de réglementer un secteur particulier des services de santé dispensés dans des établissements de soins de santé par des professionnels de la santé au bénéfice de personnes qui, pour des raisons pathologiques ou physiologiques, ont besoin d'aide pour procréer. Leur caractère véritable doit être formulé comme étant la réglementation de la procréation assistée en tant que service de santé. Il aurait certes été possible de considérer que le caractère véritable des dispositions contestées réside dans l'encadrement de la recherche et de la pratique associées à la procréation assistée, mais nous estimons qu'une formulation plus précise s'impose en raison des effets des dispositions. Une telle approche respecte davantage les principes examinés précédemment selon lesquels il convient de déterminer le caractère véritable le plus précisément possible vu la nécessité d'établir le rattachement aux compétences législatives (voir par. 190). L'étape suivante de l'analyse constitutionnelle consiste justement à établir ce lien, en déterminant à quel chef de compétence les dispositions contestées, considérées sous l'angle de leur caractère véritable, se rattachent.

B. *Rattachement du caractère véritable des dispositions aux chefs de compétence*

[228] Il importe de rappeler la mise en garde faite par notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* : « La détermination du chef de compétence duquel relève une loi particulière n'est pas une science exacte » (par. 26). Une loi, une de ses dispositions ou encore certaines d'entre elles peuvent en théorie être rattachées à plusieurs champs de compétence. Malgré la difficulté, il faut déterminer si le caractère véritable de la loi contestée ou

the head of power relied on by the government that enacted them.

[229] In this appeal, the Attorney General of Canada submits that the pith and substance of the *AHR Act* relates to Parliament's criminal law power. The Attorney General of Quebec contends that this cannot be the case and that the pith and substance of the impugned provisions brings them within exclusive provincial jurisdiction. Thus, the determinative question is whether the impugned provisions fall within the head of power relied on in support of their validity by the government that enacted them. To answer this question, it will be necessary to briefly review the scope of the federal criminal law power.

(1) Scope of the Federal Criminal Law Power

[230] Defining the limits of the federal criminal law power has always been a difficult task. The case law in this respect begins with *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191 (P.C.). In that case, the Privy Council declared a federal law to be invalid on the basis that its "subject matter" did not by its very nature belong to the domain of criminal jurisprudence.

[231] The substantive criterion of a connection with the criminal law based on the nature of the acts to which the legislation applies was interpreted as freezing the content of the criminal law in time. In *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.), Lord Atkin recast the test, replacing it with an analysis based on conditions of form: there must be a prohibition accompanied by a sanction. In describing the subject matter of the prohibition, he added the following: "It appears to their Lordships to be of little value to seek to confine crimes to a category of acts which by their very nature belong to the domain of 'criminal jurisprudence'; for the domain of criminal jurisprudence can only be ascertained by examining what acts at any particular period are declared by the State to be crimes" (p. 324). In

de ses dispositions contestées permet de les rattacher au champ de compétence invoqué par l'ordre de gouvernement qui les a adoptées.

[229] Dans le présent pourvoi, le procureur général du Canada soutient que le caractère véritable de la *LPA* la rattache à la compétence du Parlement en droit criminel. Pour sa part, le procureur général du Québec affirme que cela ne peut être le cas, car, en raison de leur caractère véritable, les dispositions contestées relèvent de la compétence exclusive des provinces. La question déterminante demeure donc celle de savoir si les dispositions contestées relèvent de la compétence invoquée à l'appui de leur validité par l'ordre qui les a adoptées. Pour trancher, un survol de la portée de la compétence fédérale sur le droit criminel est nécessaire.

(1) Portée de la compétence fédérale sur le droit criminel

[230] Définir la compétence fédérale en matière de droit criminel a toujours été une tâche difficile. L'arrêt *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191 (C.P.), marque le point de départ de l'évolution jurisprudentielle à ce chapitre. Dans cette affaire, le Conseil privé a invalidé une loi fédérale au motif que sa « matière » ne se rattachait pas, par sa nature, au domaine du droit criminel.

[231] Le critère matériel du rattachement d'une loi au droit criminel en fonction de la nature des actes qu'elle vise a été interprété comme figeant le contenu du droit criminel dans le temps. Dans *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.), lord Atkin a reformulé le critère pour le remplacer par une analyse fondée sur des conditions de forme : on devait trouver une interdiction accompagnée d'une sanction. Pour décrire la matière visée par l'interdiction, il a ajouté : [TRADUCTION] « Il apparaît assez vain à leurs Seigneuries de chercher à confiner les crimes à une catégorie d'actes qui, de par leur nature véritable, appartiennent au domaine du "droit criminel", car on ne peut fixer le domaine du droit criminel qu'en examinant quels actes l'État qualifie de crimes à chaque période en cause » (p. 324). Il a

his view, therefore, the content of the criminal law could not be frozen in time. But this new definition was too broad. It was based only on the application of formal criteria and was of no assistance in establishing the substantive limits of the federal criminal law power. The Privy Council's approach would not have caused the same problems in a unitary state, but it became a source of unique difficulties in a federal state. Since legislative powers were in practice distributed among a number of levels of government, the federal power had to be delimited not only on the basis of the very nature of criminal law, but also in accordance with the fundamental structures of the division of powers.

[232] An important clarification was accordingly made by Rand J. in *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the "*Margarine Reference*"). Rand J. stressed that a substantive component was needed to justify the exercise of the federal criminal law power. However, the most frequently quoted passage from his opinion does little to clarify the content of this substantive component:

> Is the prohibition . . . enacted with a view to a public purpose which can support it as being in relation to criminal law? Public peace, order, security, health, morality: these are the ordinary though not exclusive ends served by that law . . . . [p. 50]

Health, which Rand J. mentioned, cannot always justify action by Parliament in relation to the criminal law. This passage must therefore also be considered in the context of Rand J.'s definition of the criminal law. It then becomes apparent that, although he disagreed with the view expressed by Lord Atkin in *Proprietary Articles Trade Association* on the question whether the criminal law could be kept within fixed bounds, he agreed with him that it had to include not only a formal component but also a characteristic substantive component (see W. R. Lederman, "Mr. Justice Rand and Canada's Federal Constitution" (1979-1980), 18 *U.W.O. L. Rev.* 31, at p. 39). Rand J. made the following comment:

donc refusé de donner un caractère fixe au contenu du droit criminel. Cependant, cette nouvelle définition était trop large. En effet, elle ne faisait appel qu'à des critères formels sans permettre d'établir la limite matérielle de la compétence fédérale sur le droit criminel. La méthode adoptée par le Conseil privé n'aurait pas causé les mêmes problèmes dans un État unitaire, mais elle devenait source de difficultés singulières dans un État fédéral. Comme les compétences législatives étaient réparties sur le plan matériel entre plusieurs ordres de gouvernement, il fallait délimiter la compétence fédérale non seulement en fonction de la nature même du droit criminel, mais aussi en harmonie avec les structures fondamentales du partage des pouvoirs.

[232] Une précision importante a donc été apportée par le juge Rand dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (le « *Renvoi sur la margarine* »). Dans cet arrêt, le juge Rand a insisté sur la nécessité d'un élément matériel pour justifier l'exercice de la compétence fédérale en droit criminel. Cependant, le passage le plus souvent cité de son opinion donne peu de précision sur la teneur de l'élément matériel :

> [TRADUCTION] L'interdiction est-elle [. . .] promulguée en vue d'un intérêt public qui peut lui donner un fondement la rattachant au droit criminel? La paix, l'ordre, la sécurité, la santé et la moralité publics : telles sont les fins visées ordinairement mais non exclusivement par ce droit . . . [p. 50]

La santé, dont il fait mention, ne permet pas toujours de justifier une intervention du Parlement au regard du droit criminel. Il faut donc aussi situer ce passage dans le contexte de la définition que donne le juge Rand du droit criminel. On constate alors que s'il était en désaccord avec l'avis de lord Atkin formulé dans *Proprietary Articles Trade Association* sur la question de savoir si le droit criminel pouvait être enfermé dans un cadre fixe, il reconnaissait avec lui que le droit criminel devait comporter non seulement un élément formel, mais aussi un élément matériel caractéristique (voir W. R. Lederman, « Mr. Justice Rand and Canada's Federal Constitution » (1979-1980), 18 *U.W.O. L. Rev.* 31, p. 39). Le juge Rand s'est en effet exprimé ainsi :

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened. [Emphasis added; p. 49.]

In our view, therefore, it is not enough to identify a public purpose that would have justified Parliament's action. Indeed, it might be hoped that Parliament does not act unless there is a public purpose that justifies its doing so. Where its action is grounded in the criminal law, the public purpose must involve suppressing an evil or safeguarding a threatened interest.

[233] This view of the constituent elements of the federal criminal law power, namely that it has two components, one substantive and the other formal, continues to be valid today and was applied in, *inter alia*, the *Reference re Firearms Act* (para. 27). Three criteria have to be met to connect a law or a provision with this federal head of power, namely that it

1 - suppress an evil,

2 - establish a prohibition, and

3 - accompany that prohibition with a penalty.

[234] The formal component — establishing a prohibition and accompanying it with a penalty — supports a finding that a regulatory scheme, even one that takes the form of exemptions from a prohibitory scheme, falls within the field of criminal law. However, the substantive component, the justifiable criminal law purpose — the prohibition of a real or apprehended evil, and the concomitant protection of legitimate societal interests — must also be present. The substantive criterion assumes particular importance because of the liberal interpretation given to the formal component.

[235] These components permit the federal government to deal with and make laws with regard to

[TRADUCTION] Un crime est un acte que la loi défend en y attachant des sanctions pénales appropriées; mais comme les interdictions ne sont pas promulguées en vase clos, nous pouvons à bon droit rechercher le mal ou l'effet nuisible ou indésirable pour le public qui est visé par la loi. Cet effet peut viser des intérêts sociaux, économiques ou politiques; et le législateur a eu en vue la suppression du mal ou la sauvegarde des intérêts menacés. [Nous soulignons; p. 49.]

À notre avis, il n'est donc pas suffisant d'identifier une fin publique qui aurait justifié l'intervention du Parlement. D'ailleurs, on peut espérer que le Parlement n'agit que lorsqu'une fin publique le justifie. Dans le cas où son action prend appui sur le droit criminel, la fin publique doit consister dans la répression d'un mal ou la protection d'intérêts menacés.

[233] Cette conception des éléments constitutifs de la compétence fédérale en matière de droit criminel — qui allie deux volets, l'un matériel et l'autre formel — demeure valable aujourd'hui et elle a notamment été appliquée dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* (par. 27). Pour être rattachée à ce chef de compétence fédérale, une loi ou une disposition doit comporter les trois éléments suivants :

1 - réprimer un mal;

2 - énoncer une interdiction;

3 - accompagner cette interdiction d'une sanction.

[234] Le volet formel — énoncer une interdiction et l'accompagner d'une sanction — permet à un régime de réglementation, même introduit sous la forme d'exceptions à un régime d'interdiction, de se situer dans le champ du droit criminel. Cependant, il faut aussi retrouver le volet matériel, l'objet justifiant le recours au droit criminel : la répression d'un mal réel ou appréhendé et la protection concomitante d'intérêts sociaux légitimes. L'interprétation large donnée au volet formel accroît l'importance du critère matériel.

[235] Ces éléments permettent au gouvernement fédéral de faire face à des réalités nouvelles

new realities, such as pollution, and genetic manipulations that are considered undesirable. Thus, Parliament retains flexibility in making decisions to prohibit conduct it considers reprehensible and to prevent the undesirable effects of such conduct.

[236] Rand J.'s reference to an evil to be suppressed or a threatened interest to be safeguarded necessarily implied that the evil or threat must be real. In the context of the *Charter*, the recognized threshold is that of the reasoned apprehension of harm. The reasoned apprehension of harm, which was accepted as a criterion in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, and in *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 78, must be real and must relate to conduct or facts that can be identified and established. Although the instant case does not involve the application of the *Charter*, referring to a threshold illustrates what form a substantive component might take and helps give concrete form to the substantive component of the criminal law. It is therefore helpful for the purpose of determining whether this component cited to justify Parliament's action is present or is simply absent (see G. Côté-Harper, P. Rainville and J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4th ed. 1998), at pp. 61-62; *RJR-MacDonald*, at para. 29, *per* La Forest J., and at paras. 201-2, *per* Major J.).

[237] It must be possible to describe the risk of harm precisely enough that a connection can be established between the apprehended harm and the evil in question. In both *Butler* and *Malmo-Levine*, the Court described the risk of harm in concrete terms, in the former as a "'reasoned apprehension of harm' resulting from the desensitization of individuals exposed to materials which depict violence, cruelty, and dehumanization in sexual relations" (p. 504), and in the latter as the "protection of . . . chronic users . . . and adolescents who may not yet have become chronic users, but who have the potential to do so" (para. 77). Although the Court held in the *Reference re Firearms Act* that creating a registry and a licensing system represented a valid exercise of Parliament's criminal law power, we observe that the substantive component was easy to establish. In the Court's opinion, "[g]un

et de légiférer, par exemple en matière de pollution et de manipulations génétiques jugées néfastes. Le Parlement dispose d'ailleurs d'une marge de manœuvre dans la décision de réprimer une conduite qu'il juge répréhensible et de prévenir ses effets indésirables.

[236] Le mal à réprimer ou les intérêts menacés à protéger auxquels renvoie le juge Rand doivent nécessairement être réels. Dans le contexte de la *Charte*, le seuil reconnu est celui de la crainte raisonnée de préjudice. Critère reconnu dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, et dans *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.S.C. 571, par. 78, la crainte raisonnée de préjudice doit être réelle et correspondre à des conduites ou à des faits qui peuvent être identifiés et établis. Bien qu'il ne s'agisse pas en l'espèce d'un dossier emportant l'application de la *Charte*, la référence à un seuil illustre ce qu'est un élément matériel et aide à concrétiser l'élément matériel propre au droit criminel. Cet exercice est donc utile pour déterminer si cet élément invoqué pour justifier l'intervention du Parlement est présent ou tout simplement absent (voir G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4e éd. 1998), p. 61-62; *RJR-MacDonald*, par. 29, le juge La Forest, et par. 201-202, le juge Major).

[237] Le risque de préjudice doit pouvoir être formulé de manière suffisamment précise pour permettre l'établissement d'un lien entre le préjudice appréhendé et le mal visé. Tant dans *Butler* que dans *Malmo-Levine*, la Cour a décrit le risque de préjudice de façon concrète. Dans le premier arrêt, il s'agissait de l'« "appréhension raisonnée du préjudice" résultant de la désensibilisation des personnes exposées à du matériel représentant des relations sexuelles dans un contexte de violence, de cruauté et de déshumanisation » (p. 504) et, dans le second, de la « protection des consommateurs chroniques [. . .] ainsi que des adolescents qui ne sont pas encore des consommateurs chroniques mais sont susceptibles de le devenir » (par. 77). Si, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, la Cour a conclu que l'établissement d'un registre et d'un système de permis constituait un exercice

control has traditionally been considered valid criminal law because guns are dangerous and pose a risk to public safety" (para. 33). Another situation in which a connection with a criminal law purpose can be seen is that of the regulation of tobacco product labelling and the prohibition on advertising and promoting such products. Even though Parliament cannot, for social policy reasons, ban the use of tobacco completely, it is faced with an "evil" that it has undertaken to combat: *RJR-MacDonald*, at para. 44. The same observation holds true for the emission of toxic substances into the environment. In *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, the majority of the Court held, after finding that Parliament had the power "[to prevent] pollution or, to put it in other terms, causing the entry into the environment of certain toxic substances", that a regulatory scheme was valid (para. 130). In short, the choice of means is a matter for Parliament, but the federal criminal law power cannot be exercised if the purpose of the legislation enacted to exercise it does not fall within the scope of the criminal law.

valide du pouvoir du Parlement de légiférer en matière de droit criminel, il faut noter que l'élément matériel était facilement établi. En effet, de l'avis de la Cour, « [l]e contrôle des armes à feu est traditionnellement considéré comme relevant validement du droit criminel parce que les armes à feu sont dangereuses et constituent un risque pour la sécurité publique » (par. 33). Un autre cas de rattachement à un objet de droit criminel qui peut être observé est celui de la réglementation de l'étiquetage des produits du tabac et l'interdiction de la publicité et de la promotion de ces produits. En effet, même si, pour des raisons de politique sociale, le Parlement ne peut pas interdire totalement l'usage du tabac, il fait face à un « mal » contre lequel il a entrepris de lutter : *RJR-MacDonald*, par. 44. La même observation vaut pour l'émission de matières toxiques dans l'environnement. Dans *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, la Cour, à la majorité, a jugé valide un régime de réglementation après avoir reconnu au Parlement le pouvoir « de prévenir la pollution ou, autrement dit, le rejet de certaines substances toxiques dans l'environnement » (par. 130). En somme, le choix des moyens relève du Parlement, mais il demeure que sa compétence en droit criminel ne peut être exercée lorsque l'objet de la loi concrétisant cet exercice ne se situe pas dans le cadre du droit criminel.

[238] The requirement of a concrete basis and a reasoned apprehension of harm applies with equal force where the legislative action is based on morality. In establishing the basis for Parliament's action, the Chief Justice relies heavily on the purpose of upholding public morality. In her view, to justify having recourse to the criminal law by relying on morality, Parliament need only have a reasonable basis to expect that its legislation will address a concern of fundamental importance (para. 50). If her interpretation were adopted, the decision to bring certain conduct within the criminal law sphere would never be open to effective review by the courts. The issue would simply be whether a moral concern is addressed and whether there is a consensus that the concern is of fundamental importance (para. 51). This approach in effect totally excludes the substantive component that serves to delimit the criminal law. Not only

[238] L'exigence d'un fondement concret et d'une appréhension raisonnée du préjudice se pose tout autant lorsque l'intervention législative est fondée sur la morale. Pour déterminer le fondement de l'action du Parlement, la Juge en chef s'appuie fortement sur l'existence d'un objectif de préservation de la morale publique. Selon elle, pour justifier le recours au droit criminel sur le fondement de la morale, le Parlement doit simplement avoir des motifs raisonnables de croire que sa loi s'attaquera à une question d'une importance fondamentale (par. 50). Si son interprétation était retenue, la décision d'assujettir une conduite au droit criminel ne serait jamais susceptible de révision judiciaire effective. En effet, il suffirait simplement de déterminer qu'une question morale est en jeu et que son importance fondamentale fait consensus (par. 51). Cette approche revient à exclure totalement l'élément matériel servant à délimiter le droit

does it go far beyond morality, which as a result serves only as a formal component, but it inevitably encompasses innumerable aspects of very diverse matters or conduct, such as participation in a religious service, the cohabitation of unmarried persons or even international assistance, which, although they involve moral concerns in respect of which there is a consensus that they are important, cannot all be considered to fall within the criminal law sphere.

[239] In our opinion, this goes further than any previous judicial interpretation. A definition such as this amounts to what the Chief Justice herself describes as a "limitless definition" that must be rejected because it jeopardizes the constitutional balance of the federal-provincial division of powers (para. 43). It is true that the criminal law often expresses aspects of social morality or, in broader terms, the fundamental values of society. However, legislative action by Parliament on this basis presupposes the existence of a real and important moral problem. Yet care must be taken not to view every social, economic or scientific issue as a moral problem. In 1931, in *Proprietary Articles Trade Association*, the Privy Council rejected any conception of the criminal law that did not take into account the evolution of society. Thus, when Parliament criminalizes an act, its decision remains subject to review by the courts, which will take society's attitude into account. And it must be borne in mind in this area that a broad range of philosophical and religious ideas coexist in a society as diverse as contemporary Canadian society. Although the rules in the *Criminal Code* have long been understood in light of the principles of Judeo-Christian morality, societal changes have freed them from those fetters. The coming into force of the *Charter*, for example, resulted in fundamental changes that affected offences related to sex, pornography and prostitution and demonstrated the importance of the explosion of the former conceptual framework (see the former ss. 156, 157 and 158 of the *Criminal Code*, repealed by S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 9, and S.C. 1987, c. 24, s. 4, and *Butler*; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, and *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123). The

criminel. Elle va non seulement bien au-delà de la morale, qui ne tient alors lieu que d'élément formel, mais elle englobe inéluctablement d'innombrables aspects de matières ou conduites très diverses, comme la participation à un service religieux, la vie commune de personnes non mariées ou même l'aide internationale, des sujets qui, même s'ils mettent en jeu des questions morales dont l'importance fait consensus, ne peuvent être considérés comme relevant tous du droit criminel.

[239] À notre avis, cela va au-delà de toute interprétation judiciaire antérieure. Il s'agit là d'une « définition sans balises », un type de définition qui, selon la Juge en chef elle-même, doit être rejeté parce qu'il met en péril l'équilibre constitutionnel recherché par le partage des compétences fédérale et provinciales (par. 43). Certes, le droit criminel exprime souvent des aspects de la morale d'une société ou, plus largement, de ses valeurs fondamentales. Cependant, une intervention législative du Parlement sur cette base suppose tout de même l'existence d'un problème moral réel et important. Il faut d'ailleurs se garder d'assimiler toute question sociale, économique ou scientifique à un problème moral. En 1931, dans *Proprietary Articles Trade Association*, le Conseil privé rejetait toute conception du droit criminel qui ne tiendrait pas compte de l'évolution de la société. C'est donc dire que la décision du Parlement de criminaliser un acte reste soumise à un contrôle des tribunaux qui tiendra compte de l'attitude de la société. Dans ce domaine, on doit aussi rester conscient de la diversité des conceptions philosophiques ou religieuses inhérente à une société aussi diversifiée que la société canadienne contemporaine. D'ailleurs, on se souviendra que si la conception des règles du *Code criminel* a été longtemps empreinte des principes de la morale judéo-chrétienne, l'évolution de la société a fait éclater ce carcan. Après l'entrée en vigueur de la *Charte*, par exemple, des changements fondamentaux ont touché nombre d'infractions liées au sexe, à la pornographie ou à la prostitution et ont révélé l'importance de l'éclatement du cadre conceptuel antérieur (voir les anciens art. 156, 157 et 158 du *Code criminel*, abrogés par L.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 9, et L.C. 1987, ch. 24, art. 4, et les arrêts *Butler*, *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2,

judgments on the application of the *Charter* have not of course purported to define the limits of the federal criminal law power, but they do clearly illustrate what is considered to be an evil, which is a question the Chief Justice does not deal with in her analysis relating to morality. We also note that, although the existence of an evil to be suppressed is not discussed in her analysis of the moral aspect of the criminal law, it is given considerable emphasis in her analysis of the public health-related aspect of the criminal law (paras. 52-56 and 62).

[240] In this context, absent an intention to change the law and give the federal criminal law power an unlimited and uncontrollable scope, the requirement of a real evil and a reasonable apprehension of harm constitutes an essential element of the substantive component of the definition of criminal law. Without it, the federal criminal law power would in reality have no limits. The federal government would have the authority under the Constitution to make laws in respect of any matter, provided that it cited its criminal law power and that it gave part of its legislation the form of a prohibition with criminal sanctions. This is what Rand J. wanted to prevent in the *Margarine Reference*.

[241] In cases in which the purpose being relied on was the protection of public health, the courts have shown less deference to Parliament if the risk could not be easily demonstrated. They may have taken this stance because risks to health can often be established through empirical studies. For example, in the *Margarine Reference*, the fact that consuming margarine entailed no health risks explains why no connection could be established between the prohibition and the criminal law power. In *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, the failure to demonstrate a risk associated with the consumption of malt liquors accounts for the outcome of the trial. In *RJR-MacDonald*, on the other hand, given the well-established health risks

[2001] 1 R.C.S. 45, et *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123). Certes les arrêts rendus sur l'application de la *Charte* n'ont pas pour but de définir les limites de la compétence fédérale en droit criminel, mais ils illustrent bien ce qui est considéré comme un mal, une considération qui est exclue de l'analyse de la Juge en chef en relation avec la morale. Nous notons par ailleurs que si l'existence d'un mál à réprimer ne figure pas dans son analyse du volet moral du droit criminel, elle occupe par contre une place importante dans son analyse du volet relatif aux problèmes de santé publique du droit criminel (par. 52-56 et 62).

[240] Dans un tel contexte, à moins de vouloir changer le droit et conférer une portée illimitée et incontrôlable à la compétence fédérale en droit criminel, l'exigence que le mal soit réel et que l'appréhension du préjudice soit raisonnable constitue une composante essentielle du volet matériel de la définition du droit criminel. L'absence d'une telle exigence supprimerait dans les faits toute limite du pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel. La constitution canadienne autoriserait alors le gouvernement fédéral à légiférer en toutes matières dès lors qu'il invoque sa compétence en droit criminel et confère à une partie de sa mesure législative une forme prohibitive assortie de sanctions pénales. C'est ce que le juge Rand a voulu empêcher dans le *Renvoi sur la margarine*.

[241] Lorsque l'objectif invoqué était la protection de la santé publique et que le risque ne pouvait être démontré facilement, les tribunaux se sont montrés exigeants envers le législateur fédéral. Cette attitude peut s'expliquer par le fait que des études empiriques parviendront souvent à démontrer l'existence de risques divers pour la santé. Par exemple, dans le *Renvoi sur la margarine*, l'absence de risque sanitaire associé à la consommation de la margarine explique que l'interdiction ne pouvait être rattachée au chef de compétence relatif au droit criminel. Dans l'affaire *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, l'absence de démonstration du risque lié à la consommation des liqueurs de malt explique l'issue du procès. Par contre, dans

associated with tobacco consumption, the exercise of the criminal law power was found to be justified.

[242] Furthermore, the fact that certain provisions of a statute have a connection with the criminal law does not mean that the entire statute can be justified in the same manner and on the same basis. For example, in *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284, the majority clearly stated that the *Food and Drugs Act* had three distinct parts, one of which — on marketing — fell under the trade and commerce power rather than the criminal law power (p. 288). The same type of distinction was made in the *Margarine Reference*, and it resulted in a declaration that the provisions respecting the production, possession and sale of the products in question were invalid. A similar distinction can be drawn in the case at bar between the absolute prohibitions and the impugned provisions of the *AHR Act*.

[243] Although a reasoned apprehension of harm necessarily constitutes a criminal law purpose, health, ethics and morality do not automatically arouse such an apprehension in every case. For an activity to fall under the criminal law, it must be found that there is an evil to be suppressed or prevented and that the pith and substance of the provisions in issue is the suppression of that evil or the elimination of that reasoned risk of harm.

[244] When Parliament exercises a power assigned to it, it can establish national standards. However, administrative efficiency alone cannot be relied on to justify legislative action by Parliament (*Margarine Reference*, at p. 52). The action must be taken within the limits of an assigned head. Recourse to the criminal law power cannot therefore be based solely on concerns for efficiency or consistency, as such concerns, viewed in isolation, do not fall under the criminal law. The three criteria of the criminal law must be met.

RJR-MacDonald, devant les conséquences néfastes bien établies de la consommation de tabac, l'exercice du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel a été considéré comme justifié.

[242] De plus, nous tenons à souligner que le rattachement de certaines dispositions d'une loi au droit criminel ne signifie pas que toute la loi soit justifiée de la même façon et sur la même base. Ainsi, dans *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, la majorité a clairement affirmé que la *Loi des aliments et drogues* comporte trois parties distinctes, dont l'une — qui porte sur la commercialisation — relève de la compétence sur les échanges et le commerce, et non de la compétence sur le droit criminel (p. 288). Le même type de distinction a été fait dans le *Renvoi sur la margarine* et a conduit à une déclaration d'invalidité des dispositions sur la production, la possession et la vente des produits concernés. Une distinction semblable peut être faite dans la présente affaire entre les prohibitions absolues et les dispositions contestées de la *LPA*.

[243] Si la crainte raisonnée de préjudice constitue nécessairement un objet justifiant le recours en droit criminel, la santé, l'éthique et la morale ne suscitent pas d'emblée ou dans tous les cas une telle crainte. Pour qu'une activité relève du droit criminel, il faut conclure qu'il existe un mal à réprimer ou à prévenir et que, de fait, le caractère véritable des dispositions en question est la répression de ce mal ou la prévention de ce risque raisonné de préjudice.

[244] L'exercice par le Parlement d'une compétence qui lui est attribuée lui permet d'établir des normes nationales. L'efficacité administrative à elle seule ne peut cependant pas justifier l'intervention législative de l'ordre fédéral (*Renvoi sur la margarine*, p. 52). Encore faut-il que cette intervention respecte les limites d'une compétence attribuée. Le recours au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel ne saurait donc se fonder simplement sur un souci d'efficacité ou d'uniformité, puisqu'un tel objet, pris isolément, ne relève pas du droit criminel. Les trois composantes du droit criminel doivent être présentes.

[245] The subjects set out in the lists of federal and provincial powers represent an organizational framework for constitutional powers that is designed to establish a federal scheme and enable the scheme to develop in accordance with its fundamental structures. As the Court noted in the *Reference re Firearms Act*, Canada's constitutional balance of powers requires each level of government to respect the other's jurisdiction:

> Although the criminal law power is broad, it is not unlimited. Some of the parties before us expressed the fear that the criminal law power might be illegitimately used to invade the provincial domain and usurp provincial power. A properly restrained understanding of the criminal law power guards against this possibility. [para. 30]

[246] The principles underlying the balance of Canadian federalism themselves require that rules that relate in pith and substance to the criminal law power be distinguished from those that, although having a regulatory aspect, are intended to govern fields falling under other — exclusive or concurrent — federal or provincial powers.

(2) Lack of a Connection Between the Pith and Substance of the Impugned Provisions and the Federal Criminal Law Power

[247] In the instant case, the primary focus of the analysis is on the "evil" the impugned provisions are intended to suppress. The Attorney General of Canada relies on the fact that the criminal law has traditionally been linked to Parliament's power to make laws in relation to safety, morality and public health. More specifically, he submits that the scheme in issue contemplates a range of activities that pose risks to the fundamental values of morality and public health, and that these risks explain the enactment of this diverse set of measures and justify the concerns expressed with respect to assisted human reproduction and the creation of life. The Chief Justice goes even further, as she departs from the Attorney General of Canada's position. She considers that the purpose of the *AHR Act* is to prohibit conduct considered by Parliament to be reprehensible (para. 30).

[245] Les matières énumérées à la liste des compétences fédérales et provinciales représentent un cadre d'organisation des pouvoirs constitutionnels destiné à établir un régime fédéral et à permettre son développement dans le respect de ses structures fondamentales. Du respect des compétences des deux ordres de gouvernement dépend l'équilibre fédératif canadien, ce que rappelle la Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* :

> La compétence en matière de droit criminel est vaste, mais elle n'est pas illimitée. Certaines parties ont exprimé devant notre cour la crainte que cette compétence soit utilisée de façon illégitime pour envahir un domaine provincial et usurper des pouvoirs provinciaux. Une perception dûment pondérée de la compétence en matière de droit criminel exclut cette éventualité. [par. 30]

[246] Les règles qui fondent l'équilibre du fédéralisme canadien exigent elles-mêmes que l'on distingue les normes qui, par leur caractère véritable, ressortissent au droit criminel de celles qui, même si elles revêtent un aspect réglementaire, visent à régir un domaine relevant d'autres compétences fédérales ou provinciales, exclusives ou concurrentes.

(2) Absence de rattachement du caractère véritable des dispositions contestées à la compétence fédérale en droit criminel

[247] En l'espèce, l'analyse porte principalement sur le « mal » que le Parlement vise à réprimer au moyen des dispositions contestées. Le procureur général du Canada s'appuie sur le fait que, traditionnellement, le droit criminel est lié à la compétence du Parlement de légiférer pour protéger la sécurité, la morale et la santé publique. Il soutient plus précisément que le régime en cause vise un ensemble d'activités présentant des risques d'atteinte aux valeurs fondamentales que sont la morale et la santé publique. Ces risques expliqueraient l'adoption de cet ensemble de mesures diverses et justifieraient les préoccupations exprimées au sujet de la procréation assistée et de la création de la vie. La Juge en chef va même plus loin, s'écartant ainsi de la thèse avancée par le procureur général du Canada. Elle estime que la *LPA* vise à réprimer des actes que le Parlement tient pour répréhensibles (par. 30).

[248] The problem with these positions is that although a connection can be made between the pith and substance of the absolute prohibitions and a risk of harm, the same cannot be said of the regulation of the other activities and of the regulatory scheme that is established. It should be noted that the *AHR Act* prohibits, for example, altering the genome of a cell such that the alteration is capable of being transmitted to descendants (s. 5(1)(*f*)) or creating animal-human hybrids (s. 5(1)(*h*), (*i*) and (*j*)). The Baird Commission concluded that there was a consensus in society that these activities threaten the future of the human race.

[248] Ces thèses posent problème, car si le caractère véritable des prohibitions absolues peut être lié à un risque de préjudice, il n'en va pas de même de la réglementation des autres activités et du régime de contrôle mis en place. Rappelons que la *LPA* prohibe par exemple la modification du génome d'une cellule de façon à rendre la modification transmissible aux descendants (al. 5(1)*f*)) ou la création d'hybrides animal-humain (al. 5(1)*h*), *i*) et *j*)). La Commission Baird avait conclu qu'il existait un consensus social sur le caractère dangereux de ces activités pour l'avenir de la race humaine.

[249] As for the controlled activities, they include practices such as insemination and *in vitro* fertilization using genetic material from a man and a woman who will become the parents. These are legitimate practices on which, according to the Baird Commission, a broad consensus exists (Baird Report, at p. 140). They have even been included among the basic services covered by Ontario's health insurance plan for more than 15 years (Baird Report, at p. 82).

[249] Pour leur part, les activités réglementées englobent des pratiques comme l'insémination ou la fécondation in vitro à partir de matériel génétique provenant d'un homme et d'une femme qui seront les parents. Il s'agit de pratiques légitimes au sujet desquelles la Commission Baird reconnaissait l'existence d'un large consensus (Rapport Baird, p. 158) et qui font même partie des services de base couverts par le régime d'assurance-maladie de l'Ontario depuis plus de 15 ans (Rapport Baird, p. 94).

[250] To find that the pith and substance of the impugned provisions relates to the prohibition of reprehensible conduct is therefore problematic in two ways. First, from the standpoint of morality, no evil has been identified. Second, all activities related to assisted human reproduction are regulated, not just specific ones that Parliament could theoretically have considered — but in fact did not consider — reprehensible. A review of all the work of the Baird Commission and the discussion group together with the Health Canada studies, the importance of which we highlighted above, confirms that, where the impugned provisions are concerned, Parliament's action did not have the purpose of upholding morality and was not based on a reasoned apprehension of harm. The Baird Commission had drawn a fundamental distinction between the activities the prohibition of which is not being challenged and a set of activities to be regulated, the beneficial nature of which it emphasized. Finally, in its statement of principles, Parliament made it clear that it considered assisted

[250] Conclure que le caractère véritable des dispositions contestées réside dans la répression d'actes répréhensibles est donc problématique à deux titres. D'abord, pour ce qui est de la morale, aucun mal n'est identifié. Ensuite, toutes les activités liées à la procréation assistée sont réglementées, et non seulement les activités particulières qui, théoriquement, auraient pu être considérées comme répréhensibles par le Parlement et qui ne l'ont pas été réellement. L'examen de l'ensemble des travaux de la Commission Baird et du groupe de discussion, ainsi que des études de Santé Canada dont nous avons rappelé l'importance confirme que l'intervention du Parlement, en ce qui a trait aux dispositions attaquées, n'avait aucunement comme objectif de préserver la morale et n'était pas fondée sur une appréhension raisonnée de préjudice. La Commission Baird avait reconnu une distinction fondamentale entre les actes dont la prohibition n'est pas contestée et un ensemble d'activités destinées à être réglementées et dont elle mettait en évidence le caractère bénéfique. Enfin, dans son

reproduction services to be beneficial. In light of the evidence, the concerns that led Parliament to enact the impugned provisions quite simply did not include the purpose of upholding morality relied on by the Chief Justice.

énoncé de principes, le Parlement indique clairement qu'il tient pour bénéfiques les services liés à la procréation assistée. Au vu de la preuve, l'objectif de préserver la morale sur lequel s'appuie la Juge en chef est tout simplement absent des préoccupations du Parlement pour ce qui est des dispositions contestées.

[251] Nothing in the record suggests that the controlled activities should be regarded as conduct that is reprehensible or represents a serious risk to morality, safety or public health. As we mentioned above, Parliament, in adopting the Baird Report's recommendation on controlled activities, intended to establish national standards for assisted human reproduction. The purpose was not, therefore, to protect those who might resort to assisted human reproduction on the basis that it was inherently harmful. Assisted human reproduction was not then, nor is it now, an evil needing to be suppressed. In fact, it is a burgeoning field of medical practice and research that, as Parliament mentions in s. 2 of the *AHR Act*, brings benefits to many Canadians.

[251] Le dossier ne fait état d'aucun élément qui assimilerait les activités réglementées à des actes répréhensibles ou présentant des risques graves pour la morale, la sécurité ou la santé publique. Comme nous le relevons précédemment, en adoptant la recommandation du Rapport Baird concernant les activités réglementées, le but du Parlement était d'établir des normes nationales pour régir la procréation assistée. Il ne s'agissait donc pas de protéger les personnes susceptibles de recourir à celle-ci au motif qu'elle est néfaste en soi. La procréation assistée n'était pas alors un mal qu'il convenait de réprimer, et elle ne l'est pas non plus aujourd'hui. En réalité, il s'agit d'un domaine en plein essor de la pratique médicale et de la recherche qui, comme l'énonce le Parlement à l'art. 2 de la *LPA*, comporte des avantages pour de nombreux Canadiens et Canadiennes.

[252] Both at the time of the Baird Commission's work and during the parliamentary debates, questions were raised and comments made about Parliament's authority to create such a regulatory scheme. We have already mentioned the Commission's opinion on the prohibited activities and the controlled activities, but there is more. It is clear from the Commission's report that its mandate and its recommendations were conducive to actions involving more than just the federal government's legislative powers:

> It is clear, then, that many sectors of society beyond the health care sector and public institutions beyond the federal government will have crucial roles to play. Concerted action and cooperation by the provinces/territories, the professions, and other key participants in the context of the proposed national framework are the only way to ensure ethical and accountable use of new reproductive technologies in Canada — now and in the future. [p. 1021]

[252] Tant lors des travaux de la Commission Baird que lors des débats parlementaires, la compétence du Parlement d'instituer le régime réglementaire a suscité interrogations et commentaires. Nous avons déjà mentionné l'opinion de la Commission sur les actes prohibés et sur les activités réglementées, mais il y a plus. À la lecture de son rapport, on constate d'emblée que le mandat et les recommandations de la Commission sont de nature à susciter des interventions qui dépassent le cadre des seules compétences législatives fédérales :

> Il est donc clair que bien des secteurs de la société, outre celui de la santé, et de nombreuses institutions publiques, en plus du gouvernement fédéral, auront un rôle capital à jouer. L'action concertée et la collaboration des provinces et des territoires, des professionnels et d'autres participants clés, dans le cadre national proposé, sont les seuls moyens d'assurer que — dès maintenant et dans l'avenir — le recours aux nouvelles techniques de reproduction au Canada est sûr et conforme à l'éthique. [p. 1157]

[253] Regardless of whether the Commission's opinion on the need to rely on the general federal power to make laws for the peace, order and good government of Canada was valid, it appears to have been shared by stakeholders at that time. For example, in the news release announcing the moratorium on prohibited activities, the federal Minister of Health mentioned consultations with the provinces on the regulation of assisted human reproduction and stated that those consultations would be "extensive and complex due to the nature of the shared jurisdiction among the federal, provincial and territorial governments in this area" (p. 2). Approval for basing the regulatory scheme on the criminal law power was far from unanimous. Many of those who participated in the proceedings pointed out that many aspects of the field of assisted human reproduction fell within provincial jurisdiction. Moreover, in his testimony in 2001 before the Standing Committee on Health, which was studying the draft bill, the Minister of Health referred, in discussing the constitutional basis for federal action, not to the criminal law power, but to the "general jurisdiction to legislate where there are broad matters of health and safety and order concerning all Canadians" (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 013, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001, at 11:35 (online); see also *House of Commons Debates*, May 21, 2002, May 27, 2002, and January 28, 2003).

[254] The concerns expressed by many participants and their hesitation to base the legislative framework on the federal criminal law power should come as no surprise. Although assisted human reproduction raises moral and ethical questions, this does not necessarily mean that exercising the criminal law power is justified on the basis that there is an evil to be suppressed. Rather, both those who testified before the Baird Commission and those who participated in the parliamentary debates acknowledged that the development of assisted human reproduction amounts to a step forward for the constantly growing number of people dealing with infertility. Moreover, it represents the only option for homosexuals who wish to reproduce. The risks for the health and safety of people

[253] Que l'opinion de la Commission sur la nécessité de recourir à la compétence fédérale générale pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement soit fondée ou non, elle semblait partagée par les intervenants de l'époque. Ainsi, dans le communiqué annonçant le moratoire sur les actes prohibés, le ministre fédéral de la Santé faisait mention de la consultation des provinces sur l'encadrement de la procréation assistée et indiquait qu'il s'agissait d'un « exercice intense et complexe en raison du partage des compétences fédérales, provinciales et territoriales dans ce domaine » (p. 2). L'exercice de la compétence en matière de droit criminel pour créer le régime de réglementation était loin de faire l'unanimité. De nombreux intervenants firent valoir que maints aspects de la procréation assistée relevaient des provinces. Lors de son témoignage en 2001 devant le Comité permanent de la santé qui étudiait l'avant-projet de loi, le ministre de la Santé invoquait d'ailleurs, comme fondement constitutionnel de l'intervention fédérale, non pas la compétence en droit criminel, mais le « pouvoir général de légiférer quand se posent pour tous les Canadiens de grandes questions en matière de santé ainsi que de sécurité et d'ordre » (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé*, nº 013, 1re sess., 37e lég., 3 mai 2001, 11:35 (en ligne); voir aussi *Débats de la Chambre des communes*, 21 mai 2002, 27 mai 2002 et 28 janvier 2003).

[254] Les inquiétudes de nombreux intervenants et leur hésitation à fonder l'encadrement réglementaire sur la compétence fédérale en droit criminel ne doivent pas nous étonner. En effet, si la procréation assistée soulève des questions morales et éthiques, cela ne signifie pas nécessairement que le recours au droit criminel est justifié par l'existence d'un mal à réprimer. Tant devant la Commission Baird qu'au cours des travaux parlementaires, les interventions traduisent plutôt une reconnaissance du fait que le développement de la procréation assistée représente un progrès pour le nombre sans cesse croissant de personnes aux prises avec l'infertilité. De plus, il s'agit de la seule avenue qui s'offre aux personnes homosexuelles qui veulent procréer. Les risques pour la santé et la sécurité des

who resort to these technologies do not distinguish the field of assisted human reproduction from other fields of medical practice that have evolved after a period of experimentation, such as that of organ transplants or grafts.

[255] Medical advances are not limited to the field of assisted human reproduction, and many such advances can raise issues related to ethics, morality, safety and public health. There is no question that the success rate of the first few attempts at heart bypass surgery was less spectacular, the technologies less sophisticated and the materials less diverse. Although heart surgery, like many other medical treatments, may raise issues related to health, safety, ethics and morality, particularly where children, senior citizens or disabled persons are involved, criminalizing the practice of cardiology is not being considered. Neither a desire for uniformity nor the very novelty of a medical technology can serve as the basis for an exercise of the federal criminal law power.

[256] In the end, if we were to adopt the Attorney General of Canada's interpretation and accept that the fact that a technology is "novel" justifies, on its own, resorting to the criminal law power, nearly every new medical technology could be brought within federal jurisdiction. This view of the criminal law is incompatible with the federal nature of Canada; it not only upsets the constitutional balance of powers in the field of health, but also undermines the very definition of federalism.

[257] We cannot, therefore, accept the argument that the criminal law power gives Parliament an unconditional substantive right to take action to protect morality, safety and public health. The Attorney General of Canada has in the alternative invoked no other powers that could serve as a basis for the exercise of Parliament's legislative authority.

[258] As we explained above, in determining whether a provision is valid, the court must

personnes qui recourent aux techniques en cause ne font pas de la procréation assistée un domaine différent des autres champs de la pratique médicale qui ont évolué après une période d'expérimentation, comme la transplantation ou la greffe d'organes.

[255] Les progrès médicaux ne se limitent pas au seul domaine de la procréation assistée, et un grand nombre d'entre eux sont susceptibles de soulever des questions liées à l'éthique, à la morale, à la sécurité et à la santé publique. Certes, lors des premiers pontages cardiaques, le taux de réussite était moins spectaculaire, les techniques moins sophistiquées et les matériaux moins diversifiés. Bien qu'une chirurgie cardiaque — comme de nombreux autres traitements médicaux par ailleurs — puisse soulever des questions de santé, de sécurité, d'éthique et de morale, notamment lorsque des enfants ou des personnes âgées ou handicapées sont concernées, on ne songe pas pour autant à criminaliser la cardiologie. Pas plus que le désir d'uniformité, le seul caractère novateur d'une technique médicale ne saurait servir de fondement à l'exercice de la compétence fédérale en droit criminel.

[256] À terme, retenir l'interprétation du procureur général du Canada et reconnaître que le caractère « inédit » d'une technique justifie en soi le recours au droit criminel pourrait mener à l'assujettissement de presque toutes les nouvelles techniques médicales à la compétence fédérale. Cette conception du droit criminel est incompatible avec la nature fédérative de notre État; non seulement elle bouleverse notre équilibre fédératif dans le domaine de la santé, mais elle mine aussi la définition même du fédéralisme.

[257] Par conséquent, nous rejetons l'argument selon lequel la compétence en droit criminel conférerait au Parlement, sur le plan matériel, un droit inconditionnel d'intervenir pour protéger la morale, la sécurité et la santé publique. Le procureur général du Canada n'a pas invoqué à titre subsidiaire d'autres compétences susceptibles de fonder l'exercice du pouvoir législatif du Parlement.

[258] Comme nous l'avons expliqué plus tôt, pour statuer sur la validité d'une disposition, il faut entre

examine, *inter alia*, the overflow from the exclusive jurisdiction of the government that enacted it. Often, the overflow is proved by demonstrating that the rules fall within the jurisdiction of the other level of government, and the Attorney General of Quebec has in fact done so in the instant case. We will now therefore turn to the connection between the impugned provisions and the exclusive provincial power.

(3) Connection With Provincial Powers

[259] The Attorney General of Quebec submits that the impugned provisions fall within the provinces' exclusive jurisdiction over hospitals, education, property and civil rights, and matters of a merely local nature (s. 92(7), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*). It is clear from the record that the impugned statutory provisions fall under various provincial heads of power.

[260] A lengthy review is not needed to determine that the impugned provisions affect rules with respect to the management of hospitals. Parliament has provided that the *AHR Act* applies to all premises in which controlled activities are undertaken (s. 13). Yet it is inconceivable that assisted reproductive technologies could be employed without the support of institutions under provincial jurisdiction: such institutions are where specimens are taken, diagnoses are made, materials are stored, treatment is provided and follow-up takes place. The power of the provinces to make laws in relation to the establishment, maintenance and management of hospitals is therefore engaged, and it necessarily includes the power to establish standards for the operation of such institutions (see *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 24). For the purpose of establishing a constitutional connection, there is no reason to distinguish clinics or laboratories that conduct analyses or take specimens from hospitals. All such institutions are related on the basis of a common practice, and they cannot be characterized using any term other than "hospital" merely because they are specialized or small. Thus, it is

autres se pencher sur le débordement de la compétence exclusive de l'ordre qui l'a adoptée. Le débordement se prouve souvent en démontrant que les normes relèvent de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. C'est ce que le procureur général du Québec a fait en l'espèce. C'est pourquoi nous passons au rattachement des dispositions contestées à la compétence exclusive des provinces.

(3) Rattachement aux compétences des provinces

[259] Le procureur général du Québec plaide que les dispositions contestées relèvent de la compétence exclusive des provinces sur les hôpitaux, l'éducation, la propriété et les droits civils et les matières d'une nature purement locale (par. 92(7), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*). L'étude du dossier confirme que les dispositions législatives contestées relèvent de divers chefs de compétence provinciale.

[260] Il n'est pas nécessaire de procéder à un long examen pour constater que les dispositions contestées touchent les normes de gestion des hôpitaux. En effet, le Parlement a assujetti à la *LPA* tous les établissements où des activités réglementées sont exercées (art. 13). Cela étant, il est impossible d'envisager le recours aux techniques de procréation assistée sans l'appui d'établissements relevant des provinces : les prélèvements y sont effectués, les diagnostics y sont posés, le matériel y est conservé, les traitements y sont fournis et le suivi y est assuré. La compétence des provinces de légiférer sur l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux est donc concernée et elle emporte nécessairement celle d'assujettir à des normes le fonctionnement des centres hospitaliers (voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 24). Aux fins du rattachement constitutionnel, il n'y a pas lieu de distinguer entre les cliniques ou les laboratoires d'analyse ou de prélèvement et les hôpitaux. Tous ces établissements sont liés par une pratique commune, et leur spécialisation ou leur taille ne permet pas de les qualifier à l'aide d'un autre vocable qu'« hôpital ». Il est donc clair que les dispositions qui imposent des

clear that the provisions that impose obligations in respect of premises where activities related to assisted reproduction take place are intended to apply to all such activities and all such institutions, without distinguishing between clinics and hospitals. In this sense, in light of the pith and substance of the impugned provisions — the regulation of assisted human reproduction as a health service — those provisions are closely connected with the activities of hospitals and fall within the power of the provinces to make laws in relation to that matter.

[261] The Attorney General of Quebec also argues that the provinces' power to make laws in relation to education is engaged here. This argument is not convincing. The rules established in the *AHR Act* relate to this power only to the extent that the activities associated with assisted human reproduction either require certain qualifications for which special training is necessary or take place in university hospitals for research or educational purposes. Furthermore, the purpose of the Federal Agency's authority to oversee persons and institutions licensed to engage in assisted reproductive activities is not related to training or to the framework within which training takes place. The rules do not therefore have the regulation of teaching as their pith and substance, and the provisions themselves are only indirectly connected with the provinces' power in relation to education.

[262] The other two heads of power relied on by the Attorney General of Quebec are property and civil rights, and local matters. These two powers, which are often invoked together, are broad. The expression "civil rights" is now understood in association with fundamental freedoms. In the context of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, however, it refers to the field of private law (H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit Constitutionnel* (5th ed. 2008); A. Tremblay, *Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en Matière de Propriété et de Droits civils* (1967)). More specifically, this head of power covers property, the status and capacity of persons, the family, matrimonial agreements, extracontractual and contractual liability, privileges, hypothecs,

obligations à l'égard des établissements où sont exercées des activités liées à la procréation assistée ont pour objet de régir l'ensemble de ces activités et de ces établissements, et ce, sans distinguer entre une clinique ou un hôpital. En ce sens, le caractère véritable des dispositions — la réglementation de la procréation assistée en tant que service de santé — rattache étroitement les dispositions contestées aux activités des hôpitaux et les fait relever du pouvoir des provinces de légiférer sur cette matière.

[261] Le procureur général du Québec soutient aussi que la compétence législative des provinces en matière d'éducation est en jeu. L'argument n'est pas convaincant. En effet, les normes de la *LPA* ne s'appliquent que dans la mesure où les activités liées à la procréation assistée exigent certaines qualifications nécessitant une formation particulière ou qu'elles se déroulent dans des hôpitaux universitaires à des fins de recherche ou de formation. De plus, nous constatons que le pouvoir de surveillance accordé à l'Agence fédérale à l'égard des personnes et des établissements autorisés à exercer des activités liées à la procréation assistée ne vise pas la formation ni son encadrement. Le caractère véritable des normes ne vise donc pas la réglementation de l'enseignement, et les dispositions comme telles ne sont qu'indirectement rattachées à la compétence provinciale sur l'éducation.

[262] Les deux autres chefs de compétence invoqués par le procureur général du Québec sont la propriété et les droits civils, ainsi que les matières locales. Souvent invoqués de pair, ils ont une vaste portée. L'acception moderne associe le terme « droits civils » aux libertés fondamentales. Cependant, dans le contexte du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il renvoie plutôt au domaine du droit privé (H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5e éd. 2008); A. Tremblay, *Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en Matière de Propriété et de Droits civils* (1967)). Plus précisément, ce champ de compétence comprend les biens, l'état et la capacité des personnes, la famille, les conventions matrimoniales, la

liberalities and successions, and prescription. In short, it concerns a very large number of subjects that are addressed, in the case of Quebec, in the *Civil Code of Québec* (G.-A. Beaudoin, in collaboration with P. Thibault, *La Constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés* (3rd ed. 2004)). Because of its broad scope, this head of power is often referred to as a partial residual jurisdiction.

[263] The power to make laws in relation to property and civil rights, which is by far the most important of the provincial heads of power, has been relied on so often in challenges of federal laws that "[m]ost of the major constitutional cases have turned on the competition between one or more of the federal heads of power, on the one hand, and property and civil rights, on the other" (Hogg, at p. 21-2). Since the founding of the Canadian federation, many government measures, including health-related measures, have been connected with this head of power (*Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184 (P.C.)).

[264] The power of the provinces in relation to matters of a merely local or private nature — which can also be regarded as a partial residual jurisdiction — has often been relied on in conjunction with their power in relation to property and civil rights (*Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662, at p. 699; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, at p. 792; *Siemens v. Manitoba*, at para. 22). Indeed, the courts have tended to consider the two heads of power as one. In *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, however, the majority of this Court held that this power to make laws in relation to matters of a merely local nature was the only source of the provinces' general authority over health that supported a finding that the *Heroin Treatment Act, 1978*, enacted by the British Columbia legislature was valid.

responsabilité extracontractuelle et contractuelle, les privilèges, les hypothèques, les libéralités et les successions et la prescription. Il se rapporte en somme à un très grand nombre de sujets dont traite, dans le cas du Québec, le *Code civil du Québec* (G.-A. Beaudoin, en collaboration avec P. Thibault, *La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés* (3e éd. 2004)). En raison de la vaste portée de ce champ de compétence, on y réfère souvent à titre de compétence résiduelle partielle.

[263] De loin le plus important des chefs de compétence provinciale, le pouvoir de légiférer sur la propriété et les droits civils est si souvent invoqué pour contester des lois fédérales que, [TRADUCTION] « [d]ans la plupart des grandes causes constitutionnelles, on oppos[e], d'une part, un ou plusieurs chefs de compétence fédérale, et, d'autre part, la compétence sur la propriété et les droits civils » (Hogg, p. 21-2). Depuis la naissance de la fédération canadienne, nombre de mesures gouvernementales ont été rattachées à ce champ de compétence, notamment en matière de santé (*Workmen's Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184 (C.P.)).

[264] La compétence des provinces sur les matières de nature purement locale ou privée — qu'il convient aussi de considérer comme une compétence résiduelle partielle — est souvent invoquée de pair avec la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils (*Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, p. 699; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, p. 792; *Siemens c. Manitoba*, par. 22). La jurisprudence tend d'ailleurs à les assimiler l'une à l'autre. Toutefois, dans *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, la majorité a considéré ce pouvoir de légiférer sur les matières de nature purement locale comme étant la seule source de compétence générale des provinces en santé qui permettait de reconnaître la validité de l'*Heroin Treatment Act, 1978*, adoptée par la législature de la Colombie-Britannique.

[265] In reviewing the effects of the impugned provisions, we observed that the provisions affect essential aspects of the relationship between a physician and persons who require assistance for reproduction. The fact that several of the impugned provisions concern subjects that are already governed by the *Civil Code of Québec*, the *AHSSS*, the *Medical Act* and the rules of ethics applicable to the professionals in question is an important indication that, in pith and substance, the provisions lie at the very core of the provinces' jurisdiction over civil rights and local matters.

[266] To say, as the Attorney General of Canada does, that the impugned provisions have nothing to do with the quality of medical procedures is to deny the medical environment in which assisted human reproduction activities take place, where the physician plays a crucial role. Not only is the physician centrally involved in making the diagnosis, but he or she is also one of the people who will provide the information the patients need to make a decision and who will act on that decision and then follow up on the treatment. Ample proof of the effect of the impugned provisions of the *AHR Act* on the practice of medicine can be found in the obligations the provisions impose not only on physicians, but also on the institutions where assisted reproduction services are dispensed. Consent to treatment and to the donation and use of genetic material for assisted human reproduction — which forms the purpose of the regulations that are provided for — is intimately related to property and civil rights. In addition, the regulation of the medical profession and of the relationship between service providers and persons needing assistance to reproduce are also local matters for the purposes of the division of powers. Thus, viewed from the perspective of their dominant purpose and their effects, the impugned provisions have a close connection with the power to make laws in relation to civil rights and local matters.

[267] In short, the fact that the impugned provisions have a significant effect on activities that generally fall within the exclusive jurisdiction of the provinces confirms that those provisions represent an overflow of the exercise of the federal criminal

[265] Dans notre examen des effets des dispositions contestées, nous avons constaté qu'elles touchent des éléments essentiels de la relation entre le médecin et les personnes qui ont besoin d'aide pour procréer. Le fait que plusieurs des dispositions contestées portent sur des sujets déjà régis par le *Code civil du Québec*, la *LSSSS*, la *Loi médicale* et les règles de déontologie applicables aux professionnels en cause est une indication importante que, par leur caractère véritable, les dispositions se situent au cœur même de la compétence provinciale sur les droits civils et sur les matières locales.

[266] Affirmer, comme le fait le procureur général du Canada, que les dispositions contestées n'ont rien à voir avec la qualité des services médicaux revient à nier l'environnement dans lequel se déroule la procréation assistée. Le rôle du médecin y est crucial. Le médecin intervient non seulement au stade du diagnostic, mais il est aussi l'une des personnes qui fournira les informations nécessaires à la prise de la décision du patient, à la mise en œuvre de cette décision et au suivi du traitement. L'effet sur l'exercice de la médecine ressort amplement de l'examen des obligations auxquelles les dispositions contestées de la *LPA* assujettissent non seulement les médecins, mais aussi les établissements où sont dispensés les services de procréation assistée. Le consentement aux traitements, aux dons et à l'utilisation du matériel génétique pour la procréation assistée — qui est l'objet de la réglementation prévue — est intimement lié à la propriété et aux droits civils. Par ailleurs, l'encadrement de la profession médicale et de la relation entre les fournisseurs de services et les personnes qui ont besoin d'aide pour procréer sont tout autant des matières locales pour les besoins de la répartition des compétences. Considérées du point de vue de leur objet principal et de leurs effets, les dispositions contestées ont donc un rapport étroit avec la compétence sur les droits civils et les matières locales.

[267] En somme, les dispositions contestées débordent les limites de la compétence fédérale en droit criminel, ce que confirme leur effet important sur des activités qui relèvent généralement de la compétence exclusive des provinces. À ce stade,

law power. At this point, it might be tempting to declare that the impugned provisions are unconstitutional on this basis alone, as the Quebec Court of Appeal did. But it is necessary to complete the analysis and consider whether the ancillary powers doctrine applies. Before doing that, however, we must clarify a point regarding the double aspect doctrine, since the Chief Justice suggests that our approach represents a constitutional innovation. With all due respect, we must point out that she is not really considering the double aspect doctrine, because if she were, she would have to conclude that it applies to the absolute prohibitions, but not to the impugned provisions.

[268] The double aspect doctrine can be viewed at three different levels: (1) that of the facts themselves regardless of their legal characterization; (2) that of the legal perspectives represented by the legislative rules; and (3) that of the power in the context of the constitutional division of powers. The double aspect relates primarily to the second level, that is, to the different normative perspectives that make it possible to understand certain corresponding facts at the first level. When the doctrine applies, these rules at the second level are connected, on the basis of their pith and substance, with different powers at the third level, one of which may come under federal authority while the other comes under provincial authority.

[269] In the instant case, it can be seen from our review that the first level encompasses three distinct realities: (1.1) a category of activities that, according to the legislative facts, represent a social evil, namely the activities that are prohibited completely; (1.2) a second category of activities that are already found in medical practice and research and that, as a whole, form part of a health service, namely, among the controlled activities, the use of human reproductive material (s. 10 of the *AHR Act*), transgenic research (s. 11) and the regulation of the use of premises for health care and research (s. 13); and (1.3) a third category of activities governed by the provisions on consent and the use of genetic material obtained from minors (ss. 8 and 9), and on the reimbursement of expenditures incurred by a surrogate mother (s. 12).

on pourrait être tenté, à l'instar de la Cour d'appel du Québec, de déclarer invalides les dispositions contestées. Or, il faut poursuivre l'analyse jusqu'au bout et considérer l'application de la doctrine de la compétence accessoire. Auparavant, toutefois, il convient d'apporter une précision sur la doctrine du double aspect puisque la Juge en chef nous attribue une innovation constitutionnelle. En toute déférence, nous constatons qu'elle ne considère pas vraiment cette doctrine, car sinon, elle devrait conclure que la doctrine s'applique aux interdictions absolues, mais non aux dispositions contestées.

[268] Trois niveaux entrent en jeu dans la doctrine du double aspect : (1) celui des faits considérés indépendamment de leur qualification juridique; (2) celui des perspectives juridiques que représentent les normes législatives; (3) celui de la compétence du point de vue de l'équilibre fédératif. Le double aspect concerne principalement le deuxième niveau, soit les perspectives normatives différentes qui permettent d'appréhender certains faits correspondant au premier niveau. Lorsque la doctrine s'applique, ces normes du deuxième niveau se rattachent, sous l'angle du caractère véritable, à des compétences différentes du troisième niveau, dont l'une peut relever de l'autorité fédérale et l'autre de l'autorité provinciale.

[269] En l'espèce, notre examen fait ressortir que le premier niveau englobe trois réalités distinctes : (1.1) une catégorie d'actes qui, selon les faits législatifs, représentent un mal social — ce sont les actes frappés d'une prohibition absolue; (1.2) une deuxième catégorie d'actes que l'on observe déjà dans la pratique et la recherche médicales et qui sont dans l'ensemble des composantes d'un service de santé — ce sont, parmi les activités réglementées, l'utilisation de matériel reproductif humain (art. 10 de la *LPA*), la recherche transgénique (art. 11) et le contrôle des établissements de soins de santé et de recherche (art. 13), et (1.3) une troisième catégorie d'actes qui sont régis par les dispositions sur le consentement et l'utilisation du matériel génétique d'un mineur (art. 8 et 9) et le remboursement des frais de la mère porteuse (art. 12).

[270] At the second level, there is no question that the activities in category (1.1) could be viewed from two different normative perspectives: (2.1) that of the suppression of an evil and (2.2) that of the regulation of the practice of medicine and the delivery of health services. There is therefore a double aspect, since (2.1) can be connected with the federal criminal law power (3.1), and (2.2) can be connected with the provincial powers in relation to property and civil rights and to matters of a merely local nature (3.2). But in our opinion, in light of the legislative facts adduced in evidence, the activities in category (1.2) cannot be connected with the normative perspective of the suppression of an evil (2.1). These activities can be viewed only from perspective (2.2), which means that, unlike the activities in category (1.1), they do not have a double aspect. In other words, under Canadian constitutional law, the activities in category (1.2) — the controlled activities — can be considered from only one normative perspective that relates, because of its pith and substance, not to the federal criminal law power, but to the exclusive provincial powers we discussed above. There is therefore no double aspect in respect of category (1.2).

[271] As for the activities in category (1.3), they cannot be viewed from both perspective (2.1) of the suppression of an evil and perspective (2.2) of the regulation of the practice of medicine either. Indeed, we have already concluded that the provisions governing activities and premises associated with assisted human reproduction and related research (ss. 10, 11 and 13 of the *AHR Act*) actually fall under provincial jurisdiction. Parliament's attempt to justify its action in this area is specious. Its true objective was the one recommended by the Baird Commission that the drafters of the *AHR Act* were responsible for attaining: to establish national standards. It is in this light that the regulation of the activities in category (1.3) can be fully appreciated. Parliament has not sought to prohibit these activities as it has done with the activities in category (1.1). Rather, its intention was to establish uniform national conditions for consent, the use of genetic material obtained from minors and the reimbursement of expenditures. Moreover, it was not

[270] Au deuxième niveau, il ne fait aucun doute que les actes de catégorie (1.1) pourraient faire l'objet de deux perspectives normatives différentes, soit (2.1) — la répression d'un mal — et (2.2) — la réglementation de la pratique médicale et de la prestation des services de santé. Il y a là double aspect, car (2.1) se rattache à la compétence fédérale en droit criminel (3.1), et (2.2) se rattache aux compétences provinciales sur la propriété et les droits civils et sur les matières d'une nature purement locale (3.2). En revanche, nous ne croyons pas que les actes de la catégorie (1.2) puissent, suivant les faits législatifs mis en preuve, relever de la perspective normative de la répression d'un mal (2.1). Ils ne peuvent être appréhendés qu'à partir de la perspective (2.2), de sorte que, contrairement aux actes de la catégorie (1.1), ils ne présentent pas un double aspect. Autrement dit, dans notre droit constitutionnel, les actes de la catégorie (1.2), à savoir les activités réglementées, ne peuvent être considérés que dans une perspective normative relevant, en raison de son caractère véritable, non pas de la compétence fédérale en droit criminel, mais des compétences exclusives des provinces examinées précédemment. Il n'y a donc pas double aspect à l'égard de cette catégorie.

[271] Quant aux actes de la catégorie (1.3), ils ne peuvent, eux non plus, être appréhendés à la fois selon la perspective (2.1) de la répression d'un mal et celle (2.2) de la réglementation de la pratique médicale. En effet, nous avons déjà conclu que les dispositions régissant les activités et les lieux liés à la procréation assistée et à la recherche connexe (art. 10, 11 et 13 de la *LPA*) relèvent véritablement de la compétence provinciale. La tentative du Parlement de justifier son intervention dans ce domaine est spécieuse. Son but véritable était celui préconisé par la Commission Baird et que les rédacteurs de la *LPA* avaient pour mission de mettre en œuvre, à savoir établir des normes nationales. La réglementation des activités (1.3) prend alors tout son sens. Le Parlement ne vise pas à interdire ces activités comme il le fait pour les actes de catégorie (1.1). Il recherche plutôt l'uniformité nationale des conditions du consentement, de l'utilisation du matériel génétique du mineur et des frais. Nul besoin d'ailleurs qu'une disposition de la

even necessary to include a provision in the *AHR Act* with respect to the removal of genetic material without the donor's consent, since such an act would constitute assault under the *Criminal Code*. This shows that the attempt to deal with the activities in category (1.3) from a "federal" perspective has resulted in a specious form of legislation that is unacceptable under the constitutional principles that ground Canadian federalism.

[272] Insofar as the provisions pursuant to which the Federal Agency is responsible for implementing the regulatory scheme are purely ancillary and have no independent purpose, we need not go into greater detail in order to conclude that they are invalid. However, we wish to point out that the constitutional defects are not remedied by s. 68 of the *AHR Act*, which authorizes the Governor in Council to declare certain provisions inapplicable if the federal minister and the government of a province so agree. The jurisdictional overflow remains just as great as long as regulation of the activities in question remains dependent on the will of the federal government. As we mentioned above, federal and provincial powers are co-ordinate and not subordinate. In s. 68, Parliament has given the federal government a legal tool to impose its own standards on the regulation of assisted human reproduction. Provincial regulatory action will be tolerated only if the provinces in question adhere to the federal scheme. The federal government alone is to determine whether the two schemes are consistent. Subordinating the statutes and regulations in question in this way would be possible only if the federal legislation were itself valid because it was anchored in a specific federal power (see *Furtney*).

[273] In sum, the conclusion that the impugned provisions, far from falling under the federal criminal law power, relate instead to the provinces' jurisdiction over hospitals, property and civil rights and matters of a merely local or private nature is self-evident. If any doubt remained, this is where the principle of subsidiarity could apply, not as an independent basis for the distribution of legislative powers, but as an interpretive principle that

LPA régisse le prélèvement du matériel génétique sans le consentement du donneur, puisqu'il s'agirait de voies de fait au sens du *Code criminel*. Cela illustre bien que la tentative d'appréhender les activités de catégorie (1.3) dans une perspective fédérale constitue une manière spécieuse de légiférer ce qui est inacceptable suivant les principes constitutionnels structurant le fédéralisme canadien.

[272] Dans la mesure où les dispositions conférant à l'Agence fédérale la responsabilité de mettre en œuvre le régime réglementaire sont purement accessoires et sont dénuées de tout objet indépendant, il n'est pas nécessaire d'élaborer davantage pour conclure à leur invalidité. Nous précisons cependant que l'art. 68 de la *LPA*, qui permet au gouverneur en conseil de déclarer certaines dispositions inapplicables lorsque le ministre fédéral et le gouvernement provincial en sont convenus, ne corrige pas les vices constitutionnels. En effet, le débordement de compétence demeure aussi important tant que le contrôle des activités en cause reste assujetti au bon vouloir de l'ordre fédéral. Les pouvoirs fédéral et provinciaux, nous l'avons déjà signalé, sont coordonnés et non subordonnés. À l'article 68, le Parlement fédéral donne à l'administration fédérale le moyen juridique d'imposer ses propres normes de réglementation de la procréation assistée et ne tolère l'intervention réglementaire des provinces que dans la mesure où ces dernières adhèrent au régime fédéral. Seule l'administration fédérale est appelée à apprécier la compatibilité des deux régimes. Une telle subordination des ordres législatifs et réglementaires en cause ne pourrait découler que d'une loi fédérale valide en soi, car elle serait ancrée dans une compétence fédérale déterminée (voir *Furtney*).

[273] En somme, la conclusion que les dispositions contestées, loin de relever de la compétence fédérale en droit criminel, ressortissent plutôt à la compétence des provinces sur les hôpitaux, la propriété et les droits civils et les matières d'une nature purement locale ou privée nous semble s'imposer d'elle-même. Si un doute devait subsister, c'est alors que pourrait intervenir le principe de subsidiarité, non comme source autonome de répartition

derives, as this Court has held, from the structure of Canadian federalism and that serves as a basis for connecting provisions with an exclusive legislative power. If subsidiarity were to play a role in the case at bar, it would favour connecting the rules in question with the provinces' jurisdiction over local matters, not with the criminal law power (see J.-F. Gaudreault-DesBiens, "The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy", in S. Choudhry, J.-F. Gaudreault-DesBiens and L. Sossin, eds., *Dilemmas of Solidarity: Rethinking Redistribution in the Canadian Federation* (2006), 185, at p. 193).

C. *The Ancillary Powers Doctrine Does Not Apply*

(1) Integration With a Valid Statute

[274] Were the impugned provisions enacted pursuant to a power that is ancillary to Parliament's criminal law power? To answer this question, we must focus our analysis on the relationship between these provisions and the provisions — which are not challenged by the Attorney General of Quebec — that prohibit activities. Ever since the first bills on this subject were introduced, the government's intention has remained at all times to prohibit certain specific activities associated with the manipulation of genetic material. Moreover, the provisions concerning the prohibited activities are the ones in respect of which the pressure on the federal government to take action was most intense. Not only did the Baird Commission make a separate recommendation regarding these activities in its final report, but they were for the most part included in the Health Canada moratorium. It must therefore be determined whether the impugned provisions are sufficiently integrated with the set of provisions criminalizing certain specific acts. As we have seen, it will first be necessary to assess the extent of the overflow, since that is what determines the degree of integration required — a functional or a necessary relationship.

des compétences législatives, mais comme principe d'interprétation qui, comme l'a reconnu notre Cour, se dégage de notre structure fédérative et qui permet de rattacher des dispositions à une compétence législative exclusive. En l'espèce, si le principe de subsidiarité devait jouer, il militerait en faveur du rattachement des normes en cause à la compétence provinciale relative aux matières locales, et non au droit criminel (voir J.-F. Gaudreault-DesBiens, « The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy », dans S. Choudhry, J.-F. Gaudreault-DesBiens et L. Sossin, dir., *Dilemmas of Solidarity : Rethinking Redistribution in the Canadian Federation* (2006), 185, p. 193).

C. *Non-application de la doctrine de la compétence accessoire*

(1) Intégration à une loi valide

[274] Les dispositions contestées ont-elles été adoptées dans l'exercice d'une compétence accessoire au pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel? Pour répondre à cette question, notre analyse doit se concentrer sur le rapport que ces dispositions entretiennent avec celles qui interdisent des actes et que le procureur général du Québec ne conteste pas. L'interdiction de certains actes précis liés aux manipulations génétiques constitue une constante de l'intervention gouvernementale depuis la présentation des premiers projets de loi sur le sujet. Les dispositions traitant des actes interdits sont d'ailleurs celles pour lesquelles l'intervention du gouvernement fédéral avait été sollicitée de la manière la plus pressante. Non seulement la Commission Baird a formulé une recommandation distincte à leur sujet dans son rapport final, mais les actes interdits ont, pour la plupart, été visés par le moratoire de Santé Canada. Il faut donc déterminer si les dispositions contestées sont suffisamment intégrées à l'ensemble de dispositions criminalisant certains actes précis. Or, nous avons vu qu'il nous faut d'abord évaluer l'importance du débordement, car celle-ci dicte le degré d'intégration requis — fonctionnalité ou nécessité.

(2) Assessment of the Overflow

[275] According to the *General Motors* test, the more serious the overflow, the closer the relationship between the impugned provisions and the otherwise valid statute must be. In the instant case, our review of the effect of the impugned provisions has already shown that, if those provisions are viewed in isolation, the overflow is serious. Given the extent of the overflow in this case, we cannot find that an ancillary power has been validly exercised unless the impugned provisions have a relationship of necessity with the rest of the statute.

(3) Absence of a Necessary Connection

[276] The main observation that must be made here is that the scheme established by the prohibitory provisions does not depend on the existence of the regulatory scheme. To be effective, the absolute prohibitions do not need either the provisions regulating certain activities or the mechanisms for implementing the regulatory scheme. Moreover, those mechanisms were not included in the first bills, which contained only absolute prohibitions. This raises an initial doubt as to the strength of the relationship between these two sets of provisions.

[277] A second doubt arises in light of the fact that both the Baird Commission and the discussion group that met after the Baird Report was tabled made a distinction between the two types of provisions. Furthermore, the Health Canada moratorium and the bills introduced before 2002 dealt only with the prohibited activities. It is clear from this legislative history that the prohibitory provisions did in fact stand alone and that they could apply regardless of whether a scheme regulating other activities existed. Conversely, the regulation of activities associated with assisted human reproduction did not depend on other activities being prohibited completely. Thus, even though both the impugned provisions and the unchallenged ones relate to the manipulation of genetic material, the necessary connection criterion is not met.

[278] Indeed, if we were to characterize the connection, we would have to stress its artificial nature.

(2) Évaluation du débordement

[275] Suivant l'arrêt *General Motors*, plus le débordement est important, plus le rapport des dispositions contestées avec la loi par ailleurs valide doit être étroit. En l'espèce, il appert déjà de l'examen de l'effet des dispositions contestées, prises isolément, que le débordement est grave. Étant donné l'ampleur du débordement en l'espèce, pour conclure à la validité de l'exercice d'une compétence accessoire, les dispositions contestées doivent avoir un rapport de nécessité avec le reste de la loi.

(3) Absence de rapport de nécessité

[276] La principale constatation qui s'impose est que le régime créé par les dispositions d'interdiction ne dépend pas de l'existence du régime de réglementation. En effet, pour être efficaces, les interdictions absolues n'ont besoin ni des dispositions réglementant certaines activités ni des mécanismes de mise en œuvre de la réglementation. Ces mécanismes étaient d'ailleurs absents dans les premiers projets de loi qui ne comportaient que des prohibitions absolues. Cela fait naître un premier doute quant à la solidité du rapport existant entre ces deux catégories de dispositions.

[277] Un deuxième doute surgit lorsqu'on se rappelle qu'une distinction a été faite entre les deux types de dispositions tant par la Commission Baird que par le groupe de discussion qui s'est réuni après le dépôt de son rapport. De même, le moratoire de Santé Canada et les projets de loi antérieurs à 2002 ne visaient que les actes interdits. Il ressort de cet historique législatif que, dans les faits, les dispositions prohibitives étaient autonomes et que leur application ne dépendait pas d'un régime réglementant d'autres activités. À l'inverse, la réglementation des activités liées à la procréation assistée ne dépendait pas de l'existence de prohibitions totales d'autres actes. Par conséquent, même si les dispositions contestées et celles qui ne le sont pas portent sur la manipulation du matériel génétique, le rapport de nécessité fait défaut.

[278] En fait, si on voulait qualifier le rattachement, on ne pourrait que souligner son caractère

As we mentioned above, and as Healy points out (at p. 915), reproductive technologies do not constitute a matter over which Parliament or the provinces can claim exclusive jurisdiction. Two very different aspects of genetic manipulation have been combined in a single piece of legislation. The social and ethical concerns underlying these two aspects appear to be distinct, and in some cases even divergent. While the prohibited activities are deemed to be reprehensible, the controlled activities are considered to be legitimate. Parliament has therefore made a specious attempt to exercise its criminal law power by merely juxtaposing provisions falling within provincial jurisdiction with others that in fact relate to the criminal law: *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226.

[279] Contrary to the conclusion reached in *Reference re Firearms Act* (at para. 23), in the case at bar, the recourse to a regulatory scheme for legitimate assisted human reproduction activities cannot be justified on the basis of a legislative history that connects the provisions in issue with the criminal law. Rather, in view of the questions and divergent opinions noted by the Baird Commission, the recourse to a regulatory scheme with penalties appears to suggest that Parliament chose to emphasize the form of the Act, in full knowledge of the weakness of its position as regards the substance. It should be mentioned that in the course of the study of a draft that preceded the enactment of the *AHR Act*, the then Minister of Health was counting on the conclusion of agreements with the provinces to dispel the constitutional "concerns" (Hon. A. Rock, House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health*, May 3, 2001, at 11:30).

[280] Given the legislative history of the *AHR Act*, the significant impact of the impugned provisions on provincial health systems and the fact that the matters they address are clearly connected with provincial heads of power, it must be inferred that in setting up the regulatory scheme, Parliament's

artificiel. Comme nous l'avons relevé précédemment et comme le signale Healy (à la p. 915), les techniques de procréation ne constituent pas une matière sur laquelle le Parlement ou les provinces peuvent prétendre à une compétence exclusive. En effet, deux aspects très différents des manipulations génétiques ont été réunis dans un même texte législatif. Les préoccupations sociales et éthiques qui sous-tendent ces deux aspects paraissent distinctes, parfois même divergentes. Autant on juge répréhensibles les actes interdits, autant on tient pour légitimes les activités réglementées. Le Parlement aurait donc tenté de manière spécieuse d'exercer son pouvoir de légiférer en matière criminelle en juxtaposant simplement des dispositions relevant de la compétence provinciale et des dispositions ressortissant effectivement au droit criminel : *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226.

[279] Contrairement à ce qu'on pouvait conclure dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* (au par. 23), le recours à un régime de réglementation pour les activités légitimes de procréation assistée ne peut en l'espèce s'appuyer sur un historique législatif qui rattache les dispositions en cause au droit criminel. Au contraire, devant les interrogations et les divergences d'opinions relevées par la Commission Baird, le recours à un régime de réglementation et à des sanctions semble indiquer que le Parlement a mis l'accent sur la forme de la loi, tout en demeurant conscient de sa faiblesse sur le fond. En effet, on se rappellera que le ministre de la Santé en fonction lors de l'étude d'un projet ayant précédé l'adoption de la *LPA* comptait sur la conclusion d'ententes avec les provinces pour mettre fin aux [TRADUCTION] « préoccupations » d'ordre constitutionnel (l'hon. A. Rock, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé*, 3 mai 2001, 11:30).

[280] Compte tenu de l'historique législatif de la *LPA*, de l'incidence importante des dispositions contestées sur le système de santé provincial, du fait que les matières visées se rattachent clairement à des chefs de compétence provinciale, il y a lieu d'inférer que la mise en place du régime de

intention was to enact legislation in relation to a matter outside its jurisdiction.

VIII. Conclusion

[281] For these reasons, we would answer the constitutional question in the affirmative, except to the extent that the offences provided for in ss. 60 and 61 relate to provisions that are not in dispute. We would uphold the conclusion of the Quebec Court of Appeal and dismiss the appeal with this same reservation. In the circumstances of this appeal, we would not award costs.

The following are the reasons delivered by

[282] CROMWELL J. — I respectfully disagree with the results proposed both by the Chief Justice and by Justices LeBel and Deschamps.

[283] The main question, as I see it, is whether the federal criminal law power permits Parliament to regulate virtually all aspects of research and clinical practice in relation to assisted human reproduction. In my view, it does not.

[284] I part company with my colleagues at the first step of the constitutional analysis. At this first step, the Court must determine the "matter" to which the impugned provisions relate. The "matter" (or, as it has often been called, the "pith and substance") of the challenged provisions is the essence of what the law does and how it does it: *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624, *per* Binnie J., at para. 16. To determine the "matter" of the challenged provisions, the Court must examine both their purpose and effects.

[285] In my view, the essence of the impugned provisions of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2, is regulation of virtually every aspect of research and clinical practice in relation

réglementation traduit la volonté du Parlement de légiférer sur une matière qui ne relève pas de sa compétence.

VIII. Conclusion

[281] Pour ces motifs, nous sommes d'avis que la question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative, sauf dans la mesure où les infractions créées par les art. 60 et 61 se rapportent à des dispositions qui ne sont pas contestées. Il y a lieu de confirmer la conclusion de la Cour d'appel du Québec et de rejeter l'appel avec cette même réserve. Dans les circonstances de cet appel, nous n'accorderions pas de dépens.

Version française des motifs rendus par

[282] LE JUGE CROMWELL — En toute déférence, je ne suis d'accord ni avec la Juge en chef ni avec les juges LeBel et Deschamps pour ce qui est de l'issue qu'ils proposent.

[283] À mon sens, le litige réside principalement dans la question de savoir si le pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel l'autorise à réglementer presque toutes les facettes de la recherche et de l'activité clinique liées à la procréation assistée. J'estime que ce n'est pas le cas.

[284] Mon désaccord avec mes collègues intervient à la première étape de l'analyse constitutionnelle, lorsqu'il s'agit de déterminer la « matière » dont relèvent les dispositions contestées. Cette « matière » (ou, comme on l'appelle souvent, le « caractère véritable » des dispositions en cause) correspond au caractère essentiel de l'objectif de la loi et de la manière dont il est atteint : *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624, le juge Binnie, par. 16. Afin de déterminer la « matière » à laquelle ressortissent les dispositions en cause, la Cour doit se pencher tant sur leur objet que sur leurs effets.

[285] Selon moi, le caractère essentiel des dispositions contestées de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, réside dans la réglementation de presque toutes les facettes de la recherche

to assisted human reproduction. The sweep of the regulation authorized by the impugned provisions is most vividly illustrated by reading ss. 10, 11 and 13 along with the regulation-making power in s. 65 and the licensing authority set out in s. 40. I substantially agree with the Quebec Court of Appeal's description of the purpose and effects of the challenged provisions as set out at paras. 121-22 of its judgment (2008 QCCA 1167, 298 D.L.R. (4th) 712).

et de l'activité clinique liées à la procréation assistée. Les dispositions en cause autorisent une réglementation d'une grande portée. Cela ressort sans contredit des art. 10, 11 et 13, ainsi que du pouvoir de prendre des règlements conféré à l'art. 65 et de celui de délivrer des autorisations prévu à l'art. 40. Je suis foncièrement d'accord avec la Cour d'appel du Québec lorsqu'elle énonce aux par. 121 et 122 de ses motifs l'objet et les effets des dispositions contestées (2008 QCCA 1167, [2008] R.J.Q. 1551).

[286] The Chief Justice concludes that the "matter" of this legislation is "the prohibition of negative practices associated with assisted reproduction" (para. 34). I respectfully do not agree that this reflects the essence of what the challenged provisions do or how they do it. The impugned provisions as I read them permit minute regulation of every aspect of research and clinical practice and do not simply prohibit "negative practices". I am also of the view that the essence of the legislation goes beyond that proposed by Justices LeBel and Deschamps. As I see it, the purpose and effects of the challenged provisions are not limited, as they would hold, to "the regulation of assisted human reproduction as a health service" (para. 227); the regulation authorized by the impugned provisions goes far beyond that.

[286] La Juge en chef conclut que la « matière » dont relève la loi considérée est « l'interdiction des activités néfastes liées à la procréation assistée » (par. 34). Je ne peux malheureusement convenir qu'il s'agit du caractère essentiel de l'objectif des dispositions contestées non plus que de la manière dont il est atteint. Suivant mon interprétation, ces dispositions permettent la réglementation par le menu de chacune des facettes de la recherche et de l'activité clinique, et ne font pas qu'interdire les « activités néfastes ». J'estime également que le caractère essentiel de la loi va au-delà de celui que lui prêtent les juges LeBel et Deschamps. De mon point de vue, l'objet et les effets des dispositions contestées ne se résument pas, comme ils l'affirment, à « la réglementation de la procréation assistée en tant que service de santé » (par. 227), car la réglementation autorisée par ces dispositions a une portée bien plus grande.

[287] Having determined the essence of the law, the analysis proceeds to the second step which is to classify that "matter" by reference to the provincial and federal "classes of subjects" listed in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*: *Chatterjee*, at para. 24. Substantially for the reasons given by Justices LeBel and Deschamps at paras. 259-66, I conclude that the "matter" of the challenged provisions, viewed as a whole, is best classified as being in relation to three areas of exclusive provincial legislative competence: the establishment, maintenance and management of hospitals; property and civil rights in the province; and matters of a merely local or private nature in the province. In my respectful view, the "matter" of the challenged provisions cannot be characterized as serving any criminal law purpose recognized by the

[287] Une fois déterminée la « matière » dont relève la loi, il faut en second lieu la rattacher à l'une ou l'autre des « catégories de sujets » provinciaux et fédéraux énumérées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : *Chatterjee*, par. 24. En grande partie pour les motifs exposés par les juges LeBel et Deschamps aux par. 259 à 266 de leurs motifs, je conclus qu'il convient de rattacher les dispositions contestées, considérées globalement, à trois domaines de compétence législative provinciale exclusive, à savoir l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, la propriété et les droits civils dans la province et les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province. À mon humble avis, on ne saurait attribuer à la « matière » dont relèvent les dispositions contestées un objectif de droit criminel reconnu par la

Court's jurisprudence. I underline the comment of Justices LeBel and Deschamps (at para. 244) that "[r]ecourse to the criminal law power cannot therefore be based solely on concerns for efficiency or consistency, as such concerns, viewed in isolation, do not fall under the criminal law."

[288] That does not conclude the analysis, however. It may be that not each of the impugned provisions shares the constitutional characterization which attaches to the "matter" of the impugned provisions viewed as a whole. In my view, this is the case here: see, for example, *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at p. 270; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 665. Sections 5 to 7 are validly enacted under Parliament's criminal law power as the Attorney General of Quebec concedes. The same is true, in my view, of ss. 8, 9 and 12. In this respect, I part company with Justices LeBel and Deschamps.

[289] Sections 8 and 9 set out prohibited activities and are aimed at protecting each person's control over the "products" of his or her own body; they focus on consent. The purpose and effect of s. 8 is to prevent use of a donor's reproductive material or an *in vitro* embryo for purposes other than those for which the donor gave free and informed consent. Section 9 addresses the age of consent. It prohibits the use of sperm or ova from a donor under 18 years of age. In my view, the issues of consent and the age of consent to otherwise prohibited activities fall within the traditional boundaries of criminal law.

[290] I reach the same conclusion with respect to s. 12. It must be read with ss. 6 and 7. Those provisions, which the Attorney General of Quebec concedes to be valid federal criminal law, prohibit various forms of commercializing the reproductive functions of women and men. Section 12 sets out an extension of the regime established by ss. 6 and 7: s. 12 is a form of exemption from the strictness of the regime which they impose and, to some extent,

jurisprudence de notre Cour. J'attire l'attention sur les propos des juges LeBel et Deschamps (au par. 244) : « [l]e recours au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel ne saurait donc se fonder simplement sur un souci d'efficacité ou d'uniformité, puisqu'un tel objet, pris isolément, ne relève pas du droit criminel. »

[288] L'analyse ne prend pas fin pour autant, car il est possible que la qualification constitutionnelle de chacune des dispositions contestées ne corresponde pas à celle de la « matière » dont elles relèvent globalement. C'est à mon avis le cas en l'espèce : voir, p. ex., *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, p. 270, et *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 665. Les articles 5 à 7 sont — le procureur général du Québec le reconnaît — des dispositions valides au regard du pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel. Il en est de même selon moi des art. 8, 9 et 12, en sorte que je suis en désaccord avec les juges LeBel et Deschamps sur ce point.

[289] Les articles 8 et 9 — qui mettent l'accent sur le consentement — interdisent des activités et visent à préserver la maîtrise de chacun sur les « produits » de son corps. L'objet et l'effet de l'art. 8 est de faire obstacle à l'emploi d'un embryon in vitro ou du matériel reproductif du donneur à d'autres fins que celles précisées dans le consentement libre et éclairé obtenu de ce dernier. L'article 9 porte sur l'âge du consentement et interdit l'utilisation du spermatozoïde ou de l'ovule d'une personne de moins de 18 ans. Je suis d'avis que le consentement à des activités par ailleurs interdites et l'âge auquel il peut être donné sont traditionnellement du ressort du droit criminel.

[290] J'arrive à la même conclusion pour l'art. 12, qui doit être interprété de pair avec les art. 6 et 7, dispositions qui, de l'aveu du procureur général du Québec, constituent des règles de droit criminel valides et qui frappent d'interdiction différentes formes de commercialisation du rôle de la femme et de l'homme dans la reproduction humaine. L'article 12 complète les art. 6 et 7 en assouplissant quelque peu le régime strict qu'ils créent et, dans

defines the scope of the prohibitions provided for in those sections.

[291] I conclude that ss. 8, 9 and 12 in purpose and effect prohibit negative practices associated with assisted reproduction and that they fall within the traditional ambit of the federal criminal law power.

[292] As I would affirm the constitutionality of s. 12 of the Act, I would also uphold the constitutionality of provisions which set up the mechanisms to implement it. I therefore conclude that ss. 40(1), (6) and (7), 41 to 43 and 44(1) and (4), to the extent that they relate to provisions of the Act, which are constitutional, were properly enacted by Parliament in accordance with the federal criminal law power. I similarly conclude that ss. 45 to 53, to the extent that they deal with inspection and enforcement in relation to constitutionally valid provisions of the Act, are also properly enacted under the criminal law power.

[293] I agree with the Chief Justice and Justices LeBel and Deschamps that ss. 60 and 61 (which create offences) are constitutionally valid under the federal criminal law power to the extent that they relate to constitutionally valid provisions of the Act. I agree with the Chief Justice's analysis and conclusion at paras. 152-54 of her reasons that s. 68 is constitutional, although its operation will of course be limited to constitutional sections of the Act. As for s. 19 of the Act, I can see no constitutional objection to it given that the other provisions establishing the Assisted Human Reproduction Agency of Canada are not contested.

[294] I would therefore allow the appeal. The parties should bear their own costs. I would answer the constitutional question as follows:

Do ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2, exceed, in whole or in part, the legislative authority of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*?

une certaine mesure, en définissant la portée des interdictions qu'ils prévoient.

[291] Je conclus que les art. 8, 9 et 12, eu égard à leur objet et à leur effet, interdisent des activités néfastes liées à la procréation assistée et qu'ils relèvent traditionnellement de la compétence législative fédérale en matière de droit criminel.

[292] Puisque je confirme la constitutionnalité de l'art. 12 de la Loi, je reconnais aussi celle des dispositions qui prévoient les mécanismes de sa mise en œuvre. Je conclus donc que les par. 40(1), (6) et (7), les art. 41 à 43 et les par. 44(1) et (4), dans la mesure où ils se rattachent aux dispositions de la Loi qui sont constitutionnelles, ont été valablement édictés en application du pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel. De même, les art. 45 à 53, dans la mesure où ils ont trait à l'inspection et au contrôle d'application se rapportant aux dispositions constitutionnelles de la Loi, ressortissent également au pouvoir de légiférer en droit criminel.

[293] Je conviens avec la Juge en chef et les juges LeBel et Deschamps que les art. 60 et 61 (qui créent des infractions) sont constitutionnels au regard du pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel dans la mesure où ils se rattachent aux dispositions constitutionnelles de la Loi. Je souscris en outre à l'analyse de la Juge en chef figurant aux par. 152 à 154 de ses motifs et à sa conclusion que l'art. 68 est constitutionnel, bien qu'il ne s'appliquera évidemment qu'aux dispositions constitutionnelles de la Loi. Pour ce qui concerne l'art. 19, je ne vois rien qui fasse obstacle à sa constitutionnalité vu l'absence de contestation des autres dispositions créant l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée.

[294] Le pourvoi est donc accueilli, et les parties assument leurs propres dépens. La réponse à la question constitutionnelle est la suivante :

Les articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, excèdent-ils, en tout ou en partie, la compétence législative conférée au Parlement du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

With respect to ss. 10, 11, 13, 14 to 18, 40(2), (3), (3.1), (4) and (5) and ss. 44(2) and (3) I would answer yes. With respect to ss. 8, 9, 12, 19 and 60, I would answer no. With respect to ss. 40(1), (6) and (7), 41 to 43, 44(1) and (4), 45 to 53, 61 and 68, to the extent they relate to constitutionally valid provisions, I would also answer no.

Appeal allowed in part.

Solicitor for the appellant: Department of Justice, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Quebec, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the intervener Michael Awad: Bennett Jones, Calgary.

Solicitors for the interveners the Canadian Conference of Catholic Bishops and the Evangelical Fellowship of Canada: Barnes Sammon, Ottawa.

En ce qui concerne les art. 10, 11, 13, 14 à 18, les par. 40(2), (3), (3.1), (4) et (5), et les par. 44(2) et (3), la réponse est affirmative. Pour ce qui est des art. 8, 9, 12, 19 et 60, la réponse est négative. Quant aux par. 40(1), (6) et (7), aux art. 41 à 43, aux par. 44(1) et (4), aux art. 45 à 53, ainsi qu'aux art. 61 et 68, dans la mesure où ils se rattachent aux dispositions constitutionnelles de la Loi, la réponse est également négative.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureur de l'appelant : Ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Québec, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant Michael Awad : Bennett Jones, Calgary.

Procureurs des intervenants la Conférence des évêques catholiques du Canada et l'Alliance évangélique du Canada : Barnes Sammon, Ottawa.

Onglet 34

IN THE MATTER OF Section 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26;

AND IN THE MATTER OF a Reference by the Governor in Council concerning certain questions relating to the secession of Quebec from Canada, as set out in Order in Council P.C. 1996-1497, dated the 30th day of September, 1996

INDEXED AS: REFERENCE RE SECESSION OF QUEBEC

File No.: 25506.

1998: February 16, 17, 18, 19; 1998: August 20.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

REFERENCE BY GOVERNOR IN COUNCIL

Constitutional law — Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Whether Supreme Court's reference jurisdiction constitutional — Constitution Act, 1867, s. 101 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

Courts — Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Governor in Council referring to Supreme Court three questions relating to secession of Quebec from Canada — Whether questions submitted fall outside scope of reference provision of Supreme Court Act — Whether questions submitted justiciable — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

Constitutional law — Secession of province — Unilateral secession — Whether Quebec can secede unilaterally from Canada under Constitution.

International law — Secession of province of Canadian federation — Right of self-determination — Effectivity principle — Whether international law gives Quebec right to secede unilaterally from Canada.

Pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, the Governor in Council referred the following questions to this Court:

DANS L'AFFAIRE DE l'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26;

ET DANS L'AFFAIRE D'UN renvoi par le Gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada formulées dans le décret C.P. 1996-1497 en date du 30 septembre 1996

RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À LA SÉCESSION DU QUÉBEC

N° du greffe: 25506.

1998: 16, 17, 18, 19 février; 1998: 20 août.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

RENVOI PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL

Droit constitutionnel — Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — La compétence de la Cour suprême en matière de renvoi est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 101 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — Trois questions relatives à la sécession du Québec du Canada soumises par le gouverneur en conseil à la Cour suprême — Les questions soumises relèvent-elles de la compétence de la Cour suprême en matière de renvoi? — Les questions sont-elles justiciables? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.

Droit constitutionnel — Sécession d'une province — Sécession unilatérale — Le Québec peut-il, en vertu de la Constitution, procéder unilatéralement à la sécession?

Droit international — Sécession d'une province de la fédération canadienne — Droit à l'autodétermination — Principe de l'effectivité — Le Québec a-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession?

Le gouverneur en conseil a soumis à la Cour, en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, les questions suivantes:

1. Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?

2. Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?

3. In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally, which would take precedence in Canada?

Issues regarding the Court's reference jurisdiction were raised by the *amicus curiae*. He argued that s. 53 of the *Supreme Court Act* was unconstitutional; that, even if the Court's reference jurisdiction was constitutionally valid, the questions submitted were outside the scope of s. 53; and, finally, that these questions were not justiciable.

Held: Section 53 of the *Supreme Court Act* is constitutional and the Court should answer the reference questions.

(1) *Supreme Court's Reference Jurisdiction*

Section 101 of the *Constitution Act, 1867* gives Parliament the authority to grant this Court the reference jurisdiction provided for in s. 53 of the *Supreme Court Act*. The words "general court of appeal" in s. 101 denote the status of the Court within the national court structure and should not be taken as a restrictive definition of the Court's functions. While, in most instances, this Court acts as the exclusive ultimate appellate court in the country, an appellate court can receive, on an exceptional basis, original jurisdiction not incompatible with its appellate jurisdiction. Even if there were any conflict between this Court's reference jurisdiction and the original jurisdiction of the provincial superior courts, any such conflict must be resolved in favour of Parliament's exercise of its plenary power to establish a "general court of appeal". A "general court of appeal" may also properly undertake other legal functions, such as the rendering of advisory opinions. There is no con-

1. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

2. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

L'*amicus curiae* a soulevé des questions concernant la compétence de la Cour en matière de renvoi, plaidant que l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est inconstitutionnel; que, même si la compétence de la Cour en matière de renvoi est constitutionnellement valide, les questions soumises ne relèvent pas du champ d'application de l'art. 53; et enfin que les questions ne sont pas justiciables.

Arrêt: L'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est constitutionnel et la Cour doit répondre aux questions du renvoi.

(1) *La compétence de la Cour suprême en matière de renvoi*

L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne au Parlement le pouvoir de conférer à la Cour la compétence en matière de renvoi prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*. Les mots «cour générale d'appel» à l'art. 101 indiquent le rang de la Cour au sein de l'organisation judiciaire nationale et ne doivent pas être considérés comme une définition restrictive de ses fonctions. Même si, dans la plupart des cas, la Cour exerce le rôle de juridiction d'appel suprême et exclusive au pays, une cour d'appel peut, à titre exceptionnel, se voir attribuer une compétence de première instance qui n'est pas incompatible avec sa compétence en appel. Même si la compétence de la Cour en matière de renvoi entrait en conflit avec la compétence des cours supérieures provinciales en première instance, un tel conflit devrait être résolu en faveur de l'exercice par le Parlement de son pouvoir plein et entier de créer une «cour générale d'appel». Une «cour générale d'appel» peut également exer-

stitutional bar to this Court's receipt of jurisdiction to undertake an advisory role.

The reference questions are within the scope of s. 53 of the *Supreme Court Act*. Question 1 is directed, at least in part, to the interpretation of the *Constitution Acts*, which are referred to in s. 53(1)(*a*). Both Questions 1 and 2 fall within s. 53(1)(*d*), since they relate to the powers of the legislature or government of a Canadian province. Finally, all three questions are "important questions of law or fact concerning any matter" and thus come within s. 53(2). In answering Question 2, the Court is not exceeding its jurisdiction by purporting to act as an international tribunal. The Court is providing an advisory opinion to the Governor in Council in its capacity as a national court on legal questions touching and concerning the future of the Canadian federation. Further, Question 2 is not beyond the competence of this Court, as a domestic court, because it requires the Court to look at international law rather than domestic law. More importantly, Question 2 does not ask an abstract question of "pure" international law but seeks to determine the legal rights and obligations of the legislature or government of Quebec, institutions that exist as part of the Canadian legal order. International law must be addressed since it has been invoked as a consideration in the context of this Reference.

The reference questions are justiciable and should be answered. They do not ask the Court to usurp any democratic decision that the people of Quebec may be called upon to make. The questions, as interpreted by the Court, are strictly limited to aspects of the legal framework in which that democratic decision is to be taken. Since the reference questions may clearly be interpreted as directed to legal issues, the Court is in a position to answer them. The Court cannot exercise its discretion to refuse to answer the questions on a pragmatic basis. The questions raise issues of fundamental public importance and they are not too imprecise or ambiguous to permit a proper legal answer. Nor has the Court been provided with insufficient information regarding the present context in which the questions arise. Finally, the Court may deal on a reference with issues that might otherwise be considered not yet "ripe" for decision.

cer à bon droit d'autres fonctions juridiques, comme donner des avis consultatifs. Rien dans la Constitution n'empêche la Cour de se voir attribuer le pouvoir d'exercer un rôle consultatif.

Les questions du renvoi entrent dans le champ d'application de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*. La question 1 touche, du moins en partie, l'interprétation des *Lois constitutionnelles* dont il est fait mention à l'al. 53(1)*a*). Les questions 1 et 2 relèvent l'une et l'autre de l'al. 53(1)*d*), puisqu'elles se rapportent aux pouvoirs de la législature ou du gouvernement d'une province canadienne. Enfin, chacune des trois questions est une «question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière» et est, de ce fait, visée au par. 53(2). En répondant à la question 2, la Cour n'outrepasse pas sa compétence en prétendant agir en tant que tribunal international. La Cour donne au gouverneur en conseil, en sa qualité de tribunal national, un avis consultatif sur des questions juridiques qui touchent l'avenir de la fédération canadienne. En outre, on ne peut pas dire que la question 2 échappe à la compétence de la Cour, en tant que tribunal interne, parce qu'elle l'oblige à examiner le droit international plutôt que le droit interne. Plus important, la question 2 n'est pas une question abstraite de droit international «pur» mais vise à déterminer les droits et obligations juridiques de la législature ou du gouvernement du Québec, institutions qui font partie de l'ordre juridique canadien. Enfin il faut traiter du droit international puisqu'on a plaidé qu'il fallait le prendre en considération dans le contexte du renvoi.

Les questions du renvoi sont justiciables et doivent recevoir une réponse. Elles ne demandent pas à la Cour d'usurper un pouvoir de décision démocratique que la population du Québec peut être appelée à exercer. Suivant l'interprétation de la Cour, les questions se limitent strictement au cadre juridique dans lequel cette décision démocratique doit être prise. Les questions peuvent clairement être considérées comme visant des questions juridiques et, de ce fait, la Cour est en mesure d'y répondre. La Cour ne peut pas exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'y répondre pour des raisons d'ordre pragmatique. Les questions revêtent une importance fondamentale pour le public et ne sont pas trop imprécises ou ambiguës pour qu'il soit possible d'y répondre correctement en droit. On ne peut pas dire non plus que la Cour n'a pas reçu suffisamment d'information sur le contexte actuel dans lequel les questions sont soulevées. En dernier lieu, la Cour peut, dans un renvoi, examiner des questions qui pourraient autrement ne pas être considérées «mûres» pour une décision judiciaire.

(2) *Question 1*

The Constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitutional enactment, without more, may be misleading. It is necessary to make a more profound investigation of the underlying principles animating the whole of the Constitution, including the principles of federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. Those principles must inform our overall appreciation of the constitutional rights and obligations that would come into play in the event that a clear majority of Quebecers votes on a clear question in favour of secession.

The Court in this Reference is required to consider whether Quebec has a right to unilateral secession. Arguments in support of the existence of such a right were primarily based on the principle of democracy. Democracy, however, means more than simple majority rule. Constitutional jurisprudence shows that democracy exists in the larger context of other constitutional values. Since Confederation, the people of the provinces and territories have created close ties of interdependence (economic, social, political and cultural) based on shared values that include federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. A democratic decision of Quebecers in favour of secession would put those relationships at risk. The Constitution vouchsafes order and stability, and accordingly secession of a province "under the Constitution" could not be achieved unilaterally, that is, without principled negotiation with other participants in Confederation within the existing constitutional framework.

Our democratic institutions necessarily accommodate a continuous process of discussion and evolution, which is reflected in the constitutional right of each participant in the federation to initiate constitutional change. This right implies a reciprocal duty on the other participants to engage in discussions to address any legitimate initiative to change the constitutional order. A clear majority vote in Quebec on a clear question in favour of secession would confer democratic legitimacy on the secession initiative which all of the other participants in Confederation would have to recognize.

(2) *Question 1*

La Constitution n'est pas uniquement un texte écrit. Elle englobe tout le système des règles et principes qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Une lecture superficielle de certaines dispositions spécifiques du texte de la Constitution, sans plus, pourrait induire en erreur. Il faut faire un examen plus approfondi des principes sous-jacents qui animent l'ensemble de notre Constitution, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Ces principes doivent guider notre appréciation globale des droits et obligations constitutionnels qui entreraient en jeu si une majorité claire de Québécois, en réponse à une question claire, votaient pour la sécession.

Le renvoi demande à la Cour de déterminer si le Québec a le droit de faire sécession unilatéralement. Les arguments à l'appui de l'existence d'un tel droit étaient fondés avant tout sur le principe de la démocratie. La démocratie, toutefois, signifie davantage que la simple règle de la majorité. La jurisprudence constitutionnelle montre que la démocratie existe dans le contexte plus large d'autres valeurs constitutionnelles. Depuis la Confédération, les habitants des provinces et territoires ont noué d'étroits liens d'interdépendance (économique, sociale, politique et culturelle) basés sur des valeurs communes qui comprennent le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Une décision démocratique des Québécois en faveur de la sécession compromettrait ces liens. La Constitution assure l'ordre et la stabilité et, en conséquence, la sécession d'une province ne peut être réalisée unilatéralement «en vertu de la Constitution», c'est-à-dire sans négociations, fondées sur des principes, avec les autres participants à la Confédération, dans le cadre constitutionnel existant.

Nos institutions démocratiques permettent nécessairement un processus continu de discussion et d'évolution, comme en témoigne le droit reconnu par la Constitution à chacun des participants à la fédération de prendre l'initiative de modifications constitutionnelles. Ce droit emporte l'obligation réciproque des autres participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel. Un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître.

Quebec could not, despite a clear referendum result, purport to invoke a right of self-determination to dictate the terms of a proposed secession to the other parties to the federation. The democratic vote, by however strong a majority, would have no legal effect on its own and could not push aside the principles of federalism and the rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole. Democratic rights under the Constitution cannot be divorced from constitutional obligations. Nor, however, can the reverse proposition be accepted: the continued existence and operation of the Canadian constitutional order could not be indifferent to a clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The other provinces and the federal government would have no basis to deny the right of the government of Quebec to pursue secession should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others. The negotiations that followed such a vote would address the potential act of secession as well as its possible terms should in fact secession proceed. There would be no conclusions predetermined by law on any issue. Negotiations would need to address the interests of the other provinces, the federal government and Quebec and indeed the rights of all Canadians both within and outside Quebec, and specifically the rights of minorities.

Le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession. Le vote démocratique, quelle que soit l'ampleur de la majorité, n'aurait en soi aucun effet juridique et ne pourrait écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Les droits démocratiques fondés sur la Constitution ne peuvent être dissociés des obligations constitutionnelles. La proposition inverse n'est pas acceptable non plus: l'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada. Les autres provinces et le gouvernement fédéral n'auraient aucune raison valable de nier au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecterait les droits des autres. Les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions éventuelles si elle devait effectivement être réalisée. Il n'y aurait aucune conclusion prédéterminée en droit sur quelque aspect que ce soit. Les négociations devraient traiter des intérêts des autres provinces, du gouvernement fédéral, du Québec et, en fait, des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités.

The negotiation process would require the reconciliation of various rights and obligations by negotiation between two legitimate majorities, namely, the majority of the population of Quebec, and that of Canada as a whole. A political majority at either level that does not act in accordance with the underlying constitutional principles puts at risk the legitimacy of its exercise of its rights, and the ultimate acceptance of the result by the international community.

Le processus de négociation exigerait la conciliation de divers droits et obligations par voie de négociation entre deux majorités légitimes, soit la majorité de la population du Québec et celle de l'ensemble du Canada. Une majorité politique, à l'un ou l'autre niveau, qui n'agirait pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution mettrait en péril la légitimité de l'exercice de ses droits et ultimement l'acceptation du résultat par la communauté internationale.

The task of the Court has been to clarify the legal framework within which political decisions are to be taken "under the Constitution" and not to usurp the prerogatives of the political forces that operate within that framework. The obligations identified by the Court are binding obligations under the Constitution. However, it will be for the political actors to determine what constitutes "a clear majority on a clear question" in the circumstances under which a future referendum vote may be taken. Equally, in the event of demonstrated majority support for Quebec secession, the content and process of the negotiations will be for the political actors to settle.

La tâche de la Cour était de clarifier le cadre juridique dans lequel des décisions politiques doivent être prises «en vertu de la Constitution», et non d'usurper les prérogatives des forces politiques qui agissent à l'intérieur de ce cadre. Les obligations dégagées par la Cour sont des obligations impératives en vertu de la Constitution. Toutefois, il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste «une majorité claire en réponse à une question claire», suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu. De même, si un appui majoritaire était exprimé en faveur de la sécession du Québec, il incomberait aux acteurs poli-

The reconciliation of the various legitimate constitutional interests is necessarily committed to the political rather than the judicial realm precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of political negotiations. To the extent issues addressed in the course of negotiation are political, the courts, appreciating their proper role in the constitutional scheme, would have no supervisory role.

(3) *Question 2*

The Court was also required to consider whether a right to unilateral secession exists under international law. Some supporting an affirmative answer did so on the basis of the recognized right to self-determination that belongs to all "peoples". Although much of the Quebec population certainly shares many of the characteristics of a people, it is not necessary to decide the "people" issue because, whatever may be the correct determination of this issue in the context of Quebec, a right to secession only arises under the principle of self-determination of people at international law where "a people" is governed as part of a colonial empire; where "a people" is subject to alien subjugation, domination or exploitation; and possibly where "a people" is denied any meaningful exercise of its right to self-determination within the state of which it forms a part. In other circumstances, peoples are expected to achieve self-determination within the framework of their existing state. A state whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination in its internal arrangements, is entitled to maintain its territorial integrity under international law and to have that territorial integrity recognized by other states. Quebec does not meet the threshold of a colonial people or an oppressed people, nor can it be suggested that Quebecers have been denied meaningful access to government to pursue their political, economic, cultural and social development. In the circumstances, the "National Assembly, the legislature or the government of Quebec" do not enjoy a right at international law to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally.

Although there is no right, under the Constitution or at international law, to unilateral secession, the possibility of an unconstitutional declaration of secession lead-

tiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le jeu des concessions réciproques qui caractérise les négociations politiques. Dans la mesure où les questions abordées au cours des négociations seraient politiques, les tribunaux, conscients du rôle qui leur revient dans le régime constitutionnel, n'auraient aucun rôle de surveillance à jouer.

(3) *Question 2*

Il est également demandé à la Cour s'il existe, en vertu du droit international, un droit de sécession unilatérale. Certains de ceux qui apportent une réponse affirmative se fondent sur le droit reconnu à l'autodétermination qui appartient à tous les «peuples». Même s'il est certain que la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits qui caractérisent un peuple, il n'est pas nécessaire de trancher la question de l'existence d'un «peuple», quelle que soit la réponse exacte à cette question dans le contexte du Québec, puisqu'un droit de sécession ne prend naissance en vertu du principe de l'autodétermination des peuples en droit international que dans le cas d'«un peuple» gouverné en tant que partie d'un empire colonial, dans le cas d'«un peuple» soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères, et aussi, peut-être, dans le cas d'«un peuple» empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'intérieur de l'État dont il fait partie. Dans d'autres circonstances, les peuples sont censés réaliser leur autodétermination dans le cadre de l'État existant auquel ils appartiennent. L'État dont le gouvernement représente l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, dans l'égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes, a droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à la reconnaissance de cette intégrité territoriale par les autres États. Le Québec ne constitue pas un peuple colonisé ou opprimé, et on ne peut pas prétendre non plus que les Québécois se voient refuser un accès réel au gouvernement pour assurer leur développement politique, économique, culturel et social. Dans ces circonstances, «l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec» ne possèdent pas, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada.

Même s'il n'existe pas de droit de sécession unilatérale en vertu de la Constitution ou du droit international, cela n'écarte pas la possibilité d'une déclaration incons-

ing to a *de facto* secession is not ruled out. The ultimate success of such a secession would be dependent on recognition by the international community, which is likely to consider the legality and legitimacy of secession having regard to, amongst other facts, the conduct of Quebec and Canada, in determining whether to grant or withhold recognition. Even if granted, such recognition would not, however, provide any retroactive justification for the act of secession, either under the Constitution of Canada or at international law.

(4) *Question 3*

In view of the answers to Questions 1 and 2, there is no conflict between domestic and international law to be addressed in the context of this Reference.

Cases Cited

Referred to: *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 S.C.R. 536, aff'd [1912] A.C. 571; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *De Demko v. Home Secretary*, [1959] A.C. 654; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911); *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208; *Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] S.C.R. 246; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R.

titutionnelle de sécession conduisant à une sécession *de facto*. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada. Même si elle était accordée, une telle reconnaissance ne fournirait toutefois aucune justification rétroactive à l'acte de sécession, en vertu de la Constitution ou du droit international.

(4) *Question 3*

Compte tenu des réponses aux questions 1 et 2, il n'existe, entre le droit interne et le droit international, aucun conflit à examiner dans le contexte du renvoi.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, conf. par [1912] A.C. 571; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *De Demko c. Home Secretary*, [1959] A.C. 654; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *Muskrat c. United States*, 219 U.S. 346 (1911); *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208; *Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] R.C.S. 246; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1

455; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)*, [1993] 1 S.C.R. 839; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49.

R.C.S. 319; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49.

Statutes and Regulations Cited

Ala. Code 1975 § 12-2-10.

Bill of Rights of 1689 (Eng.), 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2, 3, 4, 7 to 14, 15, 25, 33.

Charter of the United Nations, Can. T.S. 1945 No. 7, Arts. 1(2), 55.

Constitution Act, 1867, preamble, ss. 91, 92(14), 96, 101.

Constitution Act, 1982, ss. 25, 35, 52(1), (2).

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Protocol No. 2, Europ. T.S. No. 5, p. 36.

Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.).

International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, Art. 1.

Lois et règlements cités

Acte d'Union, 1840 (R.-U.), 3-4 Vict., ch. 35 [publié aux L.R.C. (1985), App. II, nº 4].

Ala. Code 1975 § 12-2-10.

Bill of Rights de 1689 (Angl.), 1 Will. & Mar. sess. 2, ch. 2.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2, 3, 4, 7 à 14, 15, 25, 33.

Charte des Nations Unis, R.T. Can. 1945 nº 7, art. 1(2), 55.

Constitution des États-Unis, art. III, § 2.

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Protocole nº 2, S.T. Europ. nº 5, p. 37.

Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.).

Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 91, 92(14), 96, 101.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3, Art. 1.
Magna Carta (1215).
Statute of the Inter-American Court of Human Rights (1979), Art. 2.
Statute of Westminster, 1931 (U.K.), 22 & 23 Geo. 5, c. 4 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 27].
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 3, 53(1)(*a*), (*d*), (2).
Treaty establishing the European Community, Art. 228(6).
Union Act, 1840 (U.K.), 3-4 Vict., c. 35 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 4].
United States Constitution, art. III, § 2.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 25, 35, 52(1), (2).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 3 [abr. & rempl. 1993, ch. 34, art. 115], 53(1)*a*), *d*), (2).
Magna Carta (1215).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 1.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 R.T.N.U. 3, art. 1.
Statut de Westminster de 1931 (R.-U.), 22 & 23 Geo. 5, ch. 4 [publié aux L.R.C. (1985), App. II, nº 27].
Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (1979), art. 2.
Traité instituant la Communauté européenne, art. 228(6).

Authors Cited

Canada. Legislature. *Parliamentary Debates on the subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Sess., 8th Provincial Parliament of Canada. Quebec: Hunter, Rose & Co., 1865.
Cassese, Antonio. *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
Conference on Security and Co-operation in Europe. *Concluding Document of the Vienna Meeting 1986*, Vienna 1989. Ottawa: Department of External Affairs, 1989.
Conference on Security and Co-operation in Europe. *Final Act*, 14 I.L.M. 1292 (1975).
de Smith, S. A. "Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations" (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93.
Doehring, Karl. "Self-Determination". In Bruno Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
European Community. Declaration. *Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union*, December 16, 1991, 31 I.L.M. 1486 (1992).
Favoreu, Louis. "American and European Models of Constitutional Justice". In David S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, 105.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
Jennings, Robert Yewdall. *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester: Manchester University Press, 1963.

Doctrine citée

Canada. Législature. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3e sess., 8e parlement provincial du Canada. Québec: Hunter, Rose & Lemieux, 1865.
Cassese, Antonio. *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
Communauté européenne. Déclaration. *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*, 16 décembre 1991, Bull. CE 12-1991, p. 127.
Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. *Acte final*, Helsinki 1975. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1977.
Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. *Document de clôture de la réunion de Vienne 1986*, Vienne 1989. Ottawa: Ministère des Affaires extérieures, 1989.
de Smith, S. A. «Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations» (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93.
Doehring, Karl. «Self-Determination». In Bruno Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
Favoreu, Louis. «American and European Models of Constitutional Justice». In David S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, 105.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
Jennings, Robert Yewdall. *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester: Manchester University Press, 1963.

MacLauchlan, H. Wade. "Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 155.

Pope, Joseph, ed. *Confederation: Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act*. Toronto: Carswell, 1895.

United Nations. General Assembly. *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970.

United Nations. General Assembly. *Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, GA Res. 50/6, 9 November 1995.

United Nations. World Conference on Human Rights. *Vienna Declaration and Programme of Action*, A/CONF.157/24 (Part I), 25 June 1993, chapter III.

Wade, H. W. R. "The Basis of Legal Sovereignty", [1955] *Camb. L.J.* 172.

Wheare, Kenneth Clinton. *Federal Government*, 4th ed. London: Oxford University Press, 1963.

MacLauchlan, H. Wade. «Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference» (1997), 76 *R. du B. can.* 155.

Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies*, Rés. AG 50/6, 9 novembre 1995.

Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970.

Nations Unies. Conférence mondiale sur les droits de l'homme. *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, A/CONF.157/24 (Part I), 25 juin 1993, chapitre III.

Wade, H. W. R. «The Basis of Legal Sovereignty», [1955] *Camb. L.J.* 172.

Wheare, Kenneth Clinton. *Federal Government*, 4th ed. London: Oxford University Press, 1963.

REFERENCE by the Governor in Council, pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, concerning the secession of Quebec from Canada.

RENVOI par le Gouverneur en conseil, conformément à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, concernant la sécession du Québec du reste du Canada.

L. Yves Fortier, *Q.C.*, *Pierre Bienvenu*, *Warren J. Newman*, *Jean-Marc Aubry*, *Q.C.*, and *Mary Dawson*, *Q.C.*, for the Attorney General of Canada.

L. Yves Fortier, *c.r.*, *Pierre Bienvenu*, *Warren J. Newman*, *Jean-Marc Aubry*, *c.r.*, et *Mary Dawson*, *c.r.*, pour le procureur général du Canada.

André Joli-Cœur, *Michel Paradis*, *Louis Masson*, *André Binette*, *Clément Samson*, *Martin Bédard* and *Martin St-Amant*, for the *amicus curiae*.

André Joli-Cœur, *Michel Paradis*, *Louis Masson*, *André Binette*, *Clément Samson*, *Martin Bédard* et *Martin St-Amant*, pour l'*amicus curiae*.

Donna J. Miller, *Q.C.*, and *Deborah L. Carlson*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Donna J. Miller, *c.r.*, et *Deborah L. Carlson*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Graeme G. Mitchell and *John D. Whyte*, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Graeme G. Mitchell et *John D. Whyte*, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Bernard W. Funston, for the intervener the Minister of Justice of the Northwest Territories.

Bernard W. Funston, pour l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest.

Stuart J. Whitley, *Q.C.*, and *Howard L. Kushner*, for the intervener the Minister of Justice for the Government of the Yukon Territory.

Agnès Laporte and *Richard Gaudreau*, for the intervener Kitigan Zibi Anishinabeg.

Claude-Armand Sheppard, *Paul Joffe* and *Andrew Orkin*, for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Estchee).

Peter W. Hutchins and *Carol Hilling*, for the intervener the Makivik Corporation.

Michael Sherry, for the intervener the Chiefs of Ontario.

Raj Anand and *M. Kate Stephenson*, for the intervener the Minority Advocacy and Rights Council.

Mary Eberts and *Anne Bayefsky*, for the intervener the *Ad Hoc* Committee of Canadian Women on the Constitution.

Guy Bertrand and *Patrick Monahan*, for the intervener Guy Bertrand.

Stephen A. Scott, for the interveners Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell and Van Hoven Petteway.

Vincent Pouliot, on his own behalf.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

This Reference requires us to consider momentous questions that go to the heart of our system of constitutional government. The observation we made more than a decade ago in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 (*Manitoba Language Rights Reference*), at p. 728, applies with equal force here: as in that case, the present one "combines legal and constitutional questions of the utmost subtlety and complexity

Stuart J. Whitley, *c.r.*, et *Howard L. Kushner*, pour l'intervenant le ministre de la Justice pour le gouvernement du territoire du Yukon.

Agnès Laporte et *Richard Gaudreau*, pour l'intervenante Kitigan Zibi Anishinabeg.

Claude-Armand Sheppard, *Paul Joffe* et *Andrew Orkin*, pour l'intervenant le Grand Conseil des Cris (Eeyou Estchee).

Peter W. Hutchins et *Carol Hilling*, pour l'intervenante la Corporation Makivik.

Michael Sherry, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.

Raj Anand et *M. Kate Stephenson*, pour l'intervenant le Conseil des revendications et des droits des minorités.

Mary Eberts et *Anne Bayefsky*, pour l'intervenant *Ad Hoc* Committee of Canadian Women on the Constitution.

Guy Bertrand et *Patrick Monahan*, pour l'intervenant Guy Bertrand.

Stephen A. Scott, pour les intervenants Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell et Van Hoven Petteway.

Vincent Pouliot, en personne.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR —

I. Introduction

Nous sommes appelés, dans le présent renvoi, à examiner des questions d'extrême importance, qui touchent au cœur même de notre système de gouvernement constitutionnel. L'observation que nous avons faite, il y a plus de dix ans, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 728, s'applique tout autant au présent renvoi qui, lui aussi, «allie des questions juridiques et constitutionnelles des plus subtiles et

with political questions of great sensitivity". In our view, it is not possible to answer the questions that have been put to us without a consideration of a number of underlying principles. An exploration of the meaning and nature of these underlying principles is not merely of academic interest. On the contrary, such an exploration is of immense practical utility. Only once those underlying principles have been examined and delineated may a considered response to the questions we are required to answer emerge.

2 The questions posed by the Governor in Council by way of Order in Council P.C. 1996-1497, dated September 30, 1996, read as follows:

1. Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?

2. Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?

3. In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally, which would take precedence in Canada?

3 Before turning to Question 1, as a preliminary matter, it is necessary to deal with the issues raised with regard to this Court's reference jurisdiction.

II. The Preliminary Objections to the Court's Reference Jurisdiction

4 The *amicus curiae* argued that s. 101 of the *Constitution Act, 1867* does not give Parliament the authority to grant this Court the jurisdiction provided for in s. 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. Alternatively, it is submitted that even if Parliament were entitled to enact s. 53 of the *Supreme Court Act*, the scope of that section

complexes à des questions politiques très délicates». À notre avis, il n'est pas possible de répondre aux questions soumises sans d'abord examiner un certain nombre de principes sous-jacents. L'étude de la nature et du sens de ces principes ne revêt pas seulement un intérêt théorique, mais est, au contraire, d'une très grande utilité pratique. Ce n'est que lorsque ces principes sous-jacents auront été examinés et circonscrits que nous pourrons donner une réponse valable aux questions auxquelles nous devons répondre.

Les questions posées par le gouverneur en conseil dans le décret C.P. 1996-1497, daté du 30 septembre 1996, sont rédigées ainsi:

1. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

2. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

Avant d'aborder la question 1, il faut examiner les points soulevés relativement à la compétence de notre Cour en matière de renvoi.

II. Objections préliminaires à la compétence de la Cour en matière de renvoi

L'*amicus curiae* soutient que l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne donne pas au Parlement le pouvoir de conférer à notre Cour la compétence prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Subsidiairement, il affirme que, même si le Parlement était habilité à édicter l'art. 53 de la *Loi sur la Cour*

should be interpreted to exclude the kinds of questions the Governor in Council has submitted in this Reference. In particular, it is contended that this Court cannot answer Question 2, since it is a question of "pure" international law over which this Court has no jurisdiction. Finally, even if this Court's reference jurisdiction is constitutionally valid, and even if the questions are within the purview of s. 53 of the *Supreme Court Act*, it is argued that the three questions referred to the Court are speculative, of a political nature, and, in any event, are not ripe for judicial decision, and therefore are not justiciable.

suprême, le champ d'application de cet article devrait être interprété de manière à en exclure le genre de questions que le gouverneur en conseil a soumises dans le présent renvoi. De façon plus particulière, on prétend que notre Cour ne peut répondre à la question 2 puisqu'il s'agit d'une question de droit international «pur» sur laquelle la Cour n'a pas compétence. Enfin, même si la compétence de notre Cour en matière de renvoi est constitutionnellement valide et même si les questions soumises à la Cour relèvent du champ d'application de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, on avance que ces questions sont conjecturales, qu'elles sont de nature politique et que, de toute façon, elles ne sont pas mûres pour décision judiciaire et ne sont donc pas justiciables.

Notwithstanding certain formal objections by the Attorney General of Canada, it is our view that the *amicus curiae* was within his rights to make the preliminary objections, and that we should deal with them.

5 Malgré quelques objections formelles soulevées par le procureur général du Canada, nous sommes d'avis que l'*amicus curiae* était en droit de présenter ces objections préliminaires et que nous devons y répondre.

A. *The Constitutional Validity of Section 53 of the Supreme Court Act*

A. *La validité constitutionnelle de l'art. 53 de la Loi sur la Cour suprême*

In *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 S.C.R. 536, affirmed on appeal to the Privy Council, [1912] A.C. 571 (*sub nom. Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*), the constitutionality of this Court's special jurisdiction was twice upheld. The Court is asked to revisit these decisions. In light of the significant changes in the role of this Court since 1912, and the very important issues raised in this Reference, it is appropriate to reconsider briefly the constitutional validity of the Court's reference jurisdiction.

6 Dans l'arrêt *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, confirmé en appel par le Conseil privé, [1912] A.C. 571 (*sub nom. Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*), la constitutionnalité de la juridiction spéciale de notre Cour a été confirmée à deux reprises. On nous demande de revoir ces décisions. Compte tenu des changements considérables apportés au rôle de la Cour depuis 1912 et des questions très importantes soulevées dans le présent renvoi, il convient de réexaminer brièvement la validité constitutionnelle de la compétence de la Cour en matière de renvoi.

Section 3 of the *Supreme Court Act* establishes this Court both as a "general court of appeal" for Canada and as an "additional court for the better administration of the laws of Canada". These two roles reflect the two heads of power enumerated in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. However, the "laws of Canada" referred to in s. 101 consist only of federal law and statute: see *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2

7 L'article 3 de la *Loi sur la Cour suprême* établit notre Cour à la fois comme «cour générale d'appel pour l'ensemble du pays» et «tribunal additionnel propre à améliorer l'application du droit canadien». Ces deux rôles reflètent les deux pouvoirs énoncés à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, l'expression «lois du Canada» à l'art. 101 ne vise que les lois et autres règles de droit fédérales: voir *Quebec North Shore Paper*

S.C.R. 1054, at pp. 1065-66. As a result, the phrase "additional courts" contained in s. 101 is an insufficient basis upon which to ground the special jurisdiction established in s. 53 of the *Supreme Court Act*, which clearly exceeds a consideration of federal law alone (see, e.g., s. 53(2)). Section 53 must therefore be taken as enacted pursuant to Parliament's power to create a "general court of appeal" for Canada.

Co. c. Canadien Pacifique Ltée, [1977] 2 R.C.S. 1054, aux pp. 1065 et 1066. En conséquence, l'expression «tribunaux additionnels» figurant à l'art. 101 est une assise insuffisante pour fonder la juridiction spéciale établie à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, qui déborde clairement l'examen du seul droit fédéral (voir, par exemple, le par. 53(2)). L'article 53 doit donc être considéré comme ayant été édicté en application du pouvoir du Parlement de créer une «cour générale d'appel» pour le Canada.

8 Section 53 of the *Supreme Court Act* is *intra vires* Parliament's power under s. 101 if, in "pith and substance", it is legislation in relation to the constitution or organization of a "general court of appeal". Section 53 is defined by two leading characteristics — it establishes an original jurisdiction in this Court and imposes a duty on the Court to render advisory opinions. Section 53 is therefore constitutionally valid only if (1) a "general court of appeal" may properly exercise an original jurisdiction; and (2) a "general court of appeal" may properly undertake other legal functions, such as the rendering of advisory opinions.

L'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est *intra vires* des pouvoirs dont dispose le Parlement en vertu de l'art. 101 si, de par son «caractère véritable», cette disposition législative concerne la création ou l'organisation d'une «cour générale d'appel». L'article 53 comporte deux volets principaux — il investit notre Cour d'une compétence de première instance et lui impose l'obligation de donner des avis consultatifs. L'article 53 ne peut donc être constitutionnellement valide que si (1) une «cour générale d'appel» peut à bon droit exercer une compétence de première instance, et si (2) une «cour générale d'appel» peut à bon droit exercer d'autres fonctions juridiques, comme donner des avis consultatifs.

(1) May a Court of Appeal Exercise an Original Jurisdiction?

(1) Une cour d'appel peut-elle exercer une compétence de première instance?

9 The words "general court of appeal" in s. 101 denote the status of the Court within the national court structure and should not be taken as a restrictive definition of the Court's functions. In most instances, this Court acts as the exclusive ultimate appellate court in the country, and, as such, is properly constituted as the "general court of appeal" for Canada. Moreover, it is clear that an appellate court can receive, on an exceptional basis, original jurisdiction not incompatible with its appellate jurisdiction.

Les mots «cour générale d'appel» à l'art. 101 indiquent le rang de la Cour au sein de l'organisation judiciaire nationale et ne doivent pas être considérés comme une définition restrictive de ses fonctions. Dans la plupart des cas, notre Cour exerce le rôle de juridiction d'appel suprême et exclusive au pays et, en tant que telle, elle est à bon droit constituée «cour générale d'appel» pour le Canada. Par ailleurs, il est clair qu'une cour d'appel peut, à titre exceptionnel, se voir attribuer une compétence de première instance qui n'est pas incompatible avec sa compétence en appel.

10 The English Court of Appeal, the U.S. Supreme Court and certain courts of appeal in Canada exercise an original jurisdiction in addition to their appellate functions. See *De Demko v. Home Secretary*, [1959] A.C. 654 (H.L.), at p. 660; *Re Forest*

La Cour d'appel d'Angleterre, la Cour suprême des États-Unis et certaines cours d'appel canadiennes exercent une compétence de première instance en plus de leurs fonctions en matière d'appel. Voir *De Demko c. Home Secretary*, [1959] A.C.

and Registrar of Court of Appeal of Manitoba (1977), 77 D.L.R. (3d) 445 (Man. C.A.), at p. 453; United States Constitution, art. III, § 2. Although these courts are not constituted under a head of power similar to s. 101, they certainly provide examples which suggest that there is nothing inherently self-contradictory about an appellate court exercising original jurisdiction on an exceptional basis.

654 (H.L.), à la p. 660; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445 (C.A. Man.), à la p. 453; Constitution des États-Unis, art. III, § 2. Même si ces tribunaux ne sont pas constitués en vertu d'une disposition habilitante analogue à l'art. 101, ces exemples indiquent certainement qu'il n'y a rien d'intrinsèquement contradictoire au fait qu'une cour d'appel exerce, à titre exceptionnel, une compétence de première instance.

It is also argued that this Court's original jurisdiction is unconstitutional because it conflicts with the original jurisdiction of the provincial superior courts and usurps the normal appellate process. However, Parliament's power to establish a general court of appeal pursuant to s. 101 is plenary, and takes priority over the province's power to control the administration of justice in s. 92(14). See *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127 (P.C.). Thus, even if it could be said that there is any conflict between this Court's reference jurisdiction and the original jurisdiction of the provincial superior courts, any such conflict must be resolved in favour of Parliament's exercise of its plenary power to establish a "general court of appeal" provided, as discussed below, advisory functions are not to be considered inconsistent with the functions of a general court of appeal. 11

On plaide également que la compétence de première instance de notre Cour est inconstitutionnelle parce qu'elle entre en conflit avec la compétence correspondante des cours supérieures provinciales, et qu'elle court-circuite le processus d'appel normal. Toutefois, le Parlement a pleine compétence pour créer une cour générale d'appel en application de l'art. 101 et cette compétence a préséance sur le pouvoir conféré aux provinces en matière d'administration de la justice par le par. 92(14). Voir *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127 (C.P.). Par conséquent, même s'il était possible d'affirmer que la compétence de notre Cour en matière de renvoi entre en conflit avec la compétence des cours supérieures provinciales en première instance, un tel conflit doit être résolu en faveur de l'exercice par le Parlement de son pouvoir plein et entier de créer une «cour générale d'appel», pourvu, comme nous l'examinerons ci-après, que des fonctions consultatives ne soient pas considérées incompatibles avec les fonctions d'une cour générale d'appel.

(2) May a Court of Appeal Undertake Advisory Functions?

The *amicus curiae* submits that

[TRANSLATION] [e]ither this constitutional power [to give the highest court in the federation jurisdiction to give advisory opinions] is expressly provided for by the Constitution, as is the case in India (*Constitution of India*, art. 143), or it is not provided for therein and so it simply does not exist. This is what the Supreme Court of the United States has held. [Emphasis added.]

(2) Une cour d'appel peut-elle exercer des fonctions consultatives?

L'*amicus curiae* soutient 12

[o]u bien ce pouvoir constitutionnel [de doter le plus haut tribunal de la fédération de la compétence d'émettre des avis consultatifs] est expressément prévu par la Constitution, comme c'est le cas en Inde, (*Constitution de l'Inde*, art. 143), ou bien il n'y est pas prévu et alors il n'existe tout simplement pas. C'est ce qu'a reconnu pour elle la Cour suprême des États-Unis. [Nous soulignons.]

13 However, the U.S. Supreme Court did not conclude that it was unable to render advisory opinions because no such express power was included in the United States Constitution. Quite the contrary, it based this conclusion on the express limitation in art. III, § 2 restricting federal court jurisdiction to actual "cases" or "controversies". See, e.g., *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911), at p. 362. This section reflects the strict separation of powers in the American federal constitutional arrangement. Where the "case or controversy" limitation is missing from their respective state constitutions, some American state courts do undertake advisory functions (e.g., in at least two states — Alabama and Delaware — advisory opinions are authorized, in certain circumstances, by statute: see Ala. Code 1975 § 12-2-10; Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.)).

Cependant, la Cour suprême des États-Unis n'a pas conclu qu'elle n'était pas habilitée à donner des avis consultatifs pour le motif qu'aucun pouvoir exprès à cet effet n'était inscrit dans la Constitution américaine. Bien au contraire, elle a fondé cette conclusion sur la limite expresse prévue à l'art. III, § 2 de la Constitution américaine qui restreint la compétence des tribunaux fédéraux aux «causes» («*cases*») ou «différends» («*controversies*») concrets. Voir, par exemple, *Muskrat c. United States*, 219 U.S. 346 (1911), à la p. 362. Cette section témoigne de la stricte séparation des pouvoirs dans le dispositif constitutionnel fédéral aux États-Unis. Dans les cas où la limite fondée sur les «causes ou différends» n'est pas présente dans la Constitution de leur État, certains tribunaux des États américains exercent effectivement des fonctions consultatives (par exemple, dans deux États au moins — l'Alabama et le Delaware — la loi autorise les tribunaux à donner, dans certaines circonstances, des avis consultatifs: voir Ala. Code 1975 § 12-2-10; Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.)).

14 In addition, the judicial systems in several European countries (such as Germany, France, Italy, Spain, Portugal and Belgium) include courts dedicated to the review of constitutional claims; these tribunals do not require a concrete dispute involving individual rights to examine the constitutionality of a new law — an "abstract or objective question" is sufficient. See L. Favoreu, "American and European Models of Constitutional Justice", in D. S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law* (1990), 105, at p. 113. The European Court of Justice, the European Court of Human Rights, and the Inter-American Court of Human Rights also all enjoy explicit grants of jurisdiction to render advisory opinions. See *Treaty establishing the European Community*, Art. 228(6); Protocol No. 2 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Europ. T.S. No. 5, p. 36; *Statute of the Inter-American Court of Human Rights*, Art. 2. There is no plausible basis on which to conclude that a court is, by its nature, inherently precluded from undertaking

En outre, le système judiciaire de plusieurs pays européens (tels l'Allemagne, la France, l'Italie, l'Espagne, le Portugal et la Belgique) compte des tribunaux chargés de l'examen des affaires constitutionnelles. L'existence d'un différend concret mettant en jeu des droits individuels n'est pas nécessaire pour que ces tribunaux examinent la constitutionnalité d'une nouvelle règle de droit, une [TRADUCTION] «question abstraite ou objective» suffit. Voir L. Favoreu, «American and European Models of Constitutional Justice», dans D. S. Clark, éd., *Comparative and Private International Law* (1990), 105, à la p. 113. La Cour européenne de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont toutes une compétence qui leur est expressément conférée pour donner des avis consultatifs. Voir *Traité instituant la Communauté européenne*, art. 228(6); Protocole nº 2 de la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, S.T. Europ. nº 5, p. 37; *Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme*, art. 2. Il n'existe aucun fondement plausible qui permette de conclure qu'une cour de

another legal function in tandem with its judicial duties.

Moreover, the Canadian Constitution does not insist on a strict separation of powers. Parliament and the provincial legislatures may properly confer other legal functions on the courts, and may confer certain judicial functions on bodies that are not courts. The exception to this rule relates only to s. 96 courts. Thus, even though the rendering of advisory opinions is quite clearly done outside the framework of adversarial litigation, and such opinions are traditionally obtained by the executive from the law officers of the Crown, there is no constitutional bar to this Court's receipt of jurisdiction to undertake such an advisory role. The legislative grant of reference jurisdiction found in s. 53 of the *Supreme Court Act* is therefore constitutionally valid.

B. *The Court's Jurisdiction Under Section 53*

Section 53 provides in its relevant parts as follows:

53. (1) The Governor in Council may refer to the Court for hearing and consideration important questions of law or fact concerning

(*a*) the interpretation of the *Constitution Acts*;

. . .

(*d*) the powers of the Parliament of Canada, or of the legislatures of the provinces, or of the respective governments thereof, whether or not the particular power in question has been or is proposed to be exercised.

(2) The Governor in Council may refer to the Court for hearing and consideration important questions of law or fact concerning any matter, whether or not in the opinion of the Court *ejusdem generis* with the enumerations contained in subsection (1), with reference to which the Governor in Council sees fit to submit any such question.

(3) Any question concerning any of the matters mentioned in subsections (1) and (2), and referred to the

justice est, de par sa nature, intrinsèquement empêchée d'exercer une fonction juridique autre, en plus de ses fonctions judiciaires.

Qui plus est, la Constitution canadienne n'impose pas une séparation stricte des pouvoirs. Le Parlement et les législatures provinciales peuvent à bon droit confier aux tribunaux d'autres fonctions juridiques, et conférer certaines fonctions judiciaires à des organismes qui ne sont pas des tribunaux. L'exception à cette règle touche uniquement les cours visées à l'art. 96. Par conséquent, même si le fait de donner des avis consultatifs est très clairement une fonction accomplie en dehors du cadre des procédures contentieuses, et que l'exécutif obtient habituellement de tels avis des juristes de l'État, rien dans la Constitution n'empêche notre Cour de se voir attribuer le pouvoir d'exercer un tel rôle consultatif. L'attribution législative de compétence en matière de renvoi prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est donc constitutionnellement valide. 15

B. *La compétence de la Cour aux termes de l'art. 53*

Les passages pertinents de l'art. 53 disposent: 16

53. (1) Le gouverneur en conseil peut soumettre au jugement de la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant:

a) l'interprétation des *Lois constitutionnelles*;

. . .

d) les pouvoirs du Parlement canadien ou des législatures des provinces, ou de leurs gouvernements respectifs, indépendamment de leur exercice passé, présent ou futur.

(2) Le gouverneur en conseil peut en outre, s'il l'estime indiqué, déférer à la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière, que celle-ci soit ou non, selon la Cour, du même ordre que les matières énumérées au paragraphe (1).

(3) Les questions touchant les matières visées aux paragraphes (1) et (2) sont d'office réputées être impor-

Court by the Governor in Council, shall be conclusively deemed to be an important question.

17 It is argued that even if Parliament were entitled to enact s. 53 of the *Supreme Court Act*, the questions submitted by the Governor in Council fall outside the scope of that section.

18 This submission cannot be accepted. Question 1 is directed, at least in part, to the interpretation of the *Constitution Acts*, which are referred to in s. 53(1)(*a*). Both Question 1 and Question 2 fall within s. 53(1)(*d*), since they relate to the powers of the legislature or government of a Canadian province. Finally, all three questions are clearly "important questions of law or fact concerning any matter" so that they must come within s. 53(2).

19 However, the *amicus curiae* has also raised some specific concerns regarding this Court's jurisdiction to answer Question 2. The question, on its face, falls within the scope of s. 53, but the concern is a more general one with respect to the jurisdiction of this Court, as a domestic tribunal, to answer what is described as a question of "pure" international law.

20 The first contention is that in answering Question 2, the Court would be exceeding its jurisdiction by purporting to act as an international tribunal. The simple answer to this submission is that this Court would not, in providing an advisory opinion in the context of a reference, be purporting to "act as" or substitute itself for an international tribunal. In accordance with well accepted principles of international law, this Court's answer to Question 2 would not purport to bind any other state or international tribunal that might subsequently consider a similar question. The Court nevertheless has jurisdiction to provide an advisory opinion to the Governor in Council in its capacity as a national court on legal questions touching and concerning the future of the Canadian federation.

tantes quand elles sont ainsi déférées à la Cour par le gouverneur en conseil.

On plaide que même si le Parlement était habilité à édicter l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, les questions soumises par le gouverneur en conseil n'entrent pas dans le champ d'application de cet article.

Cet argument ne peut être retenu. La question 1 touche, du moins en partie, l'interprétation des *Lois constitutionnelles*, dont il est fait mention à l'al. 53(1)*a*). La question 1 et la question 2 relèvent l'une et l'autre de l'al. 53(1)*d*), puisqu'elles se rapportent aux pouvoirs de la législature ou du gouvernement d'une province canadienne. Enfin, chacune des trois questions est clairement une «question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière» et est, de ce fait, visée au par. 53(2).

Toutefois, l'*amicus curiae* a exprimé aussi certaines réserves spécifiques à l'égard du pouvoir de la Cour de répondre à la question 2. À première vue, la question 2 relève du champ d'application de l'art. 53, mais ses réserves sont plus générales et concernent le pouvoir de la Cour, en tant que tribunal interne, de répondre à ce qu'il décrit comme étant une question de droit international «pur».

Le premier argument est que, en répondant à la question 2, la Cour outrepasserait sa compétence en prétendant agir en tant que tribunal international. La réponse évidente à cet argument est que, en donnant un avis consultatif dans un renvoi, la Cour ne prétend pas «agir en tant que» tribunal international ni se substituer à un tel tribunal. Conformément aux principes bien établis du droit international, la réponse de la Cour à la question 2 n'est pas censée lier un autre État ou un tribunal international susceptible d'examiner ultérieurement une question analogue. La Cour a néanmoins compétence pour donner au gouverneur en conseil, en sa qualité de tribunal national, des avis consultatifs sur des questions juridiques qui touchent ou concernent l'avenir de la fédération canadienne.

Second, there is a concern that Question 2 is beyond the competence of this Court, as a domestic court, because it requires the Court to look at international law rather than domestic law.

This concern is groundless. In a number of previous cases, it has been necessary for this Court to look to international law to determine the rights or obligations of some actor within the Canadian legal system. For example, in *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208, the Court was required to determine whether, taking into account the principles of international law with respect to diplomatic immunity, a municipal council had the power to levy rates on certain properties owned by foreign governments. In two subsequent references, this Court used international law to determine whether the federal government or a province possessed proprietary rights in certain portions of the territorial sea and continental shelf (*Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86).

More importantly, Question 2 of this Reference does not ask an abstract question of "pure" international law but seeks to determine the legal rights and obligations of the National Assembly, legislature or government of Quebec, institutions that clearly exist as part of the Canadian legal order. As will be seen, the *amicus curiae* himself submitted that the success of any initiative on the part of Quebec to secede from the Canadian federation would be governed by international law. In these circumstances, a consideration of international law in the context of this Reference about the legal aspects of the unilateral secession of Quebec is not only permissible but unavoidable.

C. *Justiciability*

It is submitted that even if the Court has jurisdiction over the questions referred, the questions

Deuxièmement, on se demande si la question 2 échappe à la compétence de la Cour, en tant que tribunal interne, parce qu'elle l'oblige à examiner le droit international plutôt que le droit interne. 21

Ce doute est sans fondement. Dans le passé, la Cour a dû faire appel plusieurs fois au droit international pour déterminer les droits et les obligations d'un acteur donné au sein du système juridique canadien. Par exemple, dans *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208, la Cour devait décider si, compte tenu des principes du droit international en matière d'immunité diplomatique, un conseil municipal avait le pouvoir de percevoir des taxes sur certaines propriétés appartenant à des gouvernements étrangers. Dans deux renvois ultérieurs, la Cour a encore fait appel au droit international pour déterminer si le gouvernement fédéral ou une province possédait des droits de propriété à l'égard de certaines parties de la mer territoriale et du plateau continental (*Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86). 22

En outre, ce qui est plus important, la question 2 du renvoi n'est pas une question abstraite de droit international «pur». Elle vise à faire déterminer les droits et obligations juridiques de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec, institutions qui font clairement partie de l'ordre juridique canadien. Comme nous le verrons, l'*amicus curiae* a lui-même plaidé que le succès de toute démarche du Québec en vue de faire sécession de la fédération canadienne serait déterminé par le droit international. Dans ces circonstances, la prise en considération du droit international dans le contexte du présent renvoi concernant les aspects juridiques de la sécession unilatérale du Québec est non seulement permise mais inévitable. 23

C. *La justiciabilité*

On fait valoir que, même si la Cour a compétence sur les questions soumises, les questions 24

themselves are not justiciable. Three main arguments are raised in this regard:

(1) the questions are not justiciable because they are too "theoretical" or speculative;

(2) the questions are not justiciable because they are political in nature;

(3) the questions are not yet ripe for judicial consideration.

25 In the context of a reference, the Court, rather than acting in its traditional adjudicative function, is acting in an advisory capacity. The very fact that the Court may be asked hypothetical questions in a reference, such as the constitutionality of proposed legislation, engages the Court in an exercise it would never entertain in the context of litigation. No matter how closely the procedure on a reference may mirror the litigation process, a reference does not engage the Court in a disposition of rights. For the same reason, the Court may deal on a reference with issues that might otherwise be considered not yet "ripe" for decision.

26 Though a reference differs from the Court's usual adjudicative function, the Court should not, even in the context of a reference, entertain questions that would be inappropriate to answer. However, given the very different nature of a reference, the question of the appropriateness of answering a question should not focus on whether the dispute is formally adversarial or whether it disposes of cognizable rights. Rather, it should consider whether the dispute is appropriately addressed by a court of law. As we stated in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 545:

> While there may be many reasons why a question is non-justiciable, in this appeal the Attorney General of Canada submitted that to answer the questions would draw the Court into a political controversy and involve it in the legislative process. In exercising its discretion whether to determine a matter that is alleged to be non-justiciable, the Court's primary concern is to retain its proper role within the constitutional framework of our democratic form of government. . . . In considering its

elles-mêmes ne sont pas justiciables. Trois arguments principaux sont avancés à cet égard:

(1) les questions ne sont pas justiciables parce que trop «théoriques» ou conjecturales;

(2) les questions ne sont pas justiciables parce qu'elles sont de nature politique;

(3) les questions ne sont pas encore mûres pour faire l'objet d'un recours judiciaire.

Dans le contexte d'un renvoi, la Cour n'exerce pas sa fonction judiciaire traditionnelle, mais joue un rôle consultatif. Le fait même d'être consultée sur des questions hypothétiques dans un renvoi, par exemple la constitutionnalité d'un projet de texte législatif, entraîne la Cour dans un exercice auquel elle ne se livrerait jamais dans le contexte d'un litige. Peu importe que la procédure suivie dans un renvoi ressemble à la procédure en matières contentieuses, la Cour ne statue pas sur des droits. Pour la même raison, la Cour peut, dans un renvoi, examiner des questions qui pourraient autrement ne pas être considérées comme assez «mûres» pour faire l'objet d'un recours judiciaire.

Même si un renvoi diffère de sa fonction juridictionnelle habituelle, la Cour ne doit pas, même dans le contexte d'un renvoi, examiner des questions auxquelles il serait inapproprié de répondre. Cependant, vu la nature très différente d'un renvoi, pour décider de l'opportunité de répondre à une question, il ne faut pas s'attacher à la question de savoir si le différend a un caractère formellement contradictoire ou s'il vise à trancher des droits pouvant faire l'objet d'un recours judiciaire. Il faut plutôt se demander s'il s'agit d'un différend dont on peut à bon droit saisir une cour de justice. Comme nous l'avons affirmé dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la p. 545:

> Quoiqu'une question puisse ne pas relever de la compétence des tribunaux pour bien des raisons, le procureur général du Canada a fait valoir, dans le présent pourvoi qu'en répondant aux questions, la Cour se laisserait entraîner dans une controverse politique et deviendrait engagée dans le processus législatif. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient de répondre à une question qui, allègue-t-on, ne relève pas de la compétence des tribunaux, la Cour

appropriate role the Court must determine whether the question is purely political in nature and should, therefore, be determined in another forum or whether it has a sufficient legal component to warrant the intervention of the judicial branch. [Emphasis added.]

doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement. [. . .] En s'enquérant du rôle qu'elle doit jouer, la Cour doit décider si la question qu'on lui a soumise revêt un caractère purement politique et devrait, en conséquence, être tranchée dans une autre tribune ou si elle présente un aspect suffisamment juridique pour justifier l'intervention du pouvoir judiciaire. [Nous soulignons.]

Thus the circumstances in which the Court may decline to answer a reference question on the basis of "non-justiciability" include:

(i) if to do so would take the Court beyond its own assessment of its proper role in the constitutional framework of our democratic form of government or

(ii) if the Court could not give an answer that lies within its area of expertise: the interpretation of law.

Ainsi, la Cour peut refuser, pour cause de «non-justiciabilité», de répondre à une question soumise par renvoi dans les circonstances suivantes:

(i) en répondant à la question, la Cour outrepasserait ce qu'elle estime être le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement, ou

(ii) la Cour ne pourrait pas donner une réponse relevant de son champ d'expertise: l'interprétation du droit.

As to the "proper role" of the Court, it is important to underline, contrary to the submission of the *amicus curiae*, that the questions posed in this Reference do not ask the Court to usurp any democratic decision that the people of Quebec may be called upon to make. The questions posed by the Governor in Council, as we interpret them, are strictly limited to aspects of the legal framework in which that democratic decision is to be taken. The attempted analogy to the U.S. "political questions" doctrine therefore has no application. The legal framework having been clarified, it will be for the population of Quebec, acting through the political process, to decide whether or not to pursue secession. As will be seen, the legal framework involves the rights and obligations of Canadians who live outside the province of Quebec, as well as those who live within Quebec.

27 Pour ce qui est du «rôle légitime» de la Cour, il est important de souligner que, contrairement à la prétention de l'*amicus curiae*, les questions posées dans le renvoi ne demandent pas à la Cour d'usurper un pouvoir de décision démocratique que la population du Québec peut être appelée à exercer. Suivant notre interprétation des questions posées par le gouverneur en conseil, celles-ci se limitent strictement à certains aspects du cadre juridique dans lequel cette décision démocratique doit être prise. L'analogie qu'on a tenté de faire avec la doctrine américaine des «questions politiques» ne s'applique donc pas. Le cadre juridique ayant été clarifié, il appartiendra à la population du Québec de décider, par le processus politique, de chercher ou non à réaliser la sécession. Comme nous le verrons, le cadre juridique concerne les droits et obligations tant des Canadiens qui vivent à l'extérieur de la province de Québec que de ceux qui vivent au Québec.

As to the "legal" nature of the questions posed, if the Court is of the opinion that it is being asked a question with a significant extralegal component, it may interpret the question so as to answer only its legal aspects; if this is not possible, the Court may decline to answer the question. In the present

28 Pour ce qui est de la nature «juridique» des questions posées, si la Cour est d'avis qu'une question comporte un élément important à caractère non juridique, elle peut interpréter cette question de manière à ne répondre qu'à ses aspects juridiques. Si cela n'est pas possible, la Cour peut

Reference the questions may clearly be interpreted as directed to legal issues, and, so interpreted, the Court is in a position to answer them.

29 Finally, we turn to the proposition that even though the questions referred to us are justiciable in the "reference" sense, the Court must still determine whether it should exercise its discretion to refuse to answer the questions on a pragmatic basis.

30 Generally, the instances in which the Court has exercised its discretion to refuse to answer a reference question that is otherwise justiciable can be broadly divided into two categories. First, where the question is too imprecise or ambiguous to permit a complete or accurate answer: see, e.g., *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (*Provincial Judges Reference*), at para. 256. Second, where the parties have not provided sufficient information to allow the Court to provide a complete or accurate answer: see, e.g., *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] S.C.R. 246; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54 (*Senate Reference*); *Provincial Judges Reference*, at para. 257.

31 There is no doubt that the questions posed in this Reference raise difficult issues and are susceptible to varying interpretations. However, rather than refusing to answer at all, the Court is guided by the approach advocated by the majority on the "conventions" issue in *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753 (*Patriation Reference*), at pp. 875-76:

If the questions are thought to be ambiguous, this Court should not, in a constitutional reference, be in a

refuser de répondre à la question. Dans le présent renvoi, les questions peuvent clairement être considérées comme visant des questions juridiques et, de ce fait, la Cour est en mesure d'y répondre.

Enfin, il reste l'argument suivant lequel, même si les questions soumises sont justiciables en ce sens qu'elles peuvent faire l'objet d'un «renvoi», la Cour doit encore se demander si elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'y répondre pour des raisons d'ordre pragmatique.

De façon générale, on peut diviser en deux grandes catégories les cas où la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire et refusé de répondre à une question soumise par renvoi qui était par ailleurs justiciable. Premièrement, lorsque la question est trop imprécise ou ambiguë pour qu'il soit possible d'y apporter une réponse complète ou exacte: voir, par exemple, *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*), au par. 256. Deuxièmement, lorsque les parties n'ont pas fourni suffisamment d'information pour permettre à la Cour de donner des réponses complètes ou exactes: voir, par exemple, *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] R.C.S. 246; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54 (*Renvoi relatif au Sénat*); *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 257.

Il ne fait aucun doute que les questions du renvoi soulèvent des points difficiles et sont susceptibles d'interprétations diverses. Toutefois, plutôt que de refuser complètement d'y répondre, la Cour est guidée par l'approche préconisée par la majorité à l'égard de la question touchant les «conventions» dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 (*Renvoi relatif au rapatriement*), aux pp. 875 et 876:

Si les questions paraissent ambiguës, la Cour ne devrait pas, dans un renvoi constitutionnel, être dans une

worse position than that of a witness in a trial and feel compelled simply to answer yes or no. Should it find that a question might be misleading, or should it simply avoid the risk of misunderstanding, the Court is free either to interpret the question . . . or it may qualify both the question and the answer. . . .

The Reference questions raise issues of fundamental public importance. It cannot be said that the questions are too imprecise or ambiguous to permit a proper legal answer. Nor can it be said that the Court has been provided with insufficient information regarding the present context in which the questions arise. Thus, the Court is duty bound in the circumstances to provide its answers.

III. Reference Questions

A. *Question 1*

Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?

(1) Introduction

As we confirmed in *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at p. 806, "The *Constitution Act, 1982* is now in force. Its legality is neither challenged nor assailable." The "Constitution of Canada" certainly includes the constitutional texts enumerated in s. 52(2) of the *Constitution Act, 1982*. Although these texts have a primary place in determining constitutional rules, they are not exhaustive. The Constitution also "embraces unwritten, as well as written rules", as we recently observed in the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at para. 92. Finally, as was said in the *Patriation Reference*, *supra*, at p. 874, the Constitution of Canada includes

the global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority in the whole and in every part of the Canadian state.

situation pire que celle d'un témoin à un procès, et se sentir obligée de répondre par oui ou par non. Si elle estime qu'une question peut être trompeuse ou si elle veut seulement éviter de risquer un malentendu, il lui est loisible d'interpréter la question [. . .] ou de nuancer à la fois la question et la réponse . . .

Les questions du renvoi revêtent une importance fondamentale pour le public. On ne peut affirmer que les questions sont trop imprécises ou ambiguës pour qu'il soit possible d'y répondre correctement en droit. On ne peut pas dire non plus que la Cour n'a pas reçu suffisamment d'information sur le contexte actuel dans lequel les questions sont soulevées. Dans les circonstances, la Cour est donc tenue d'y répondre.

III. Les questions du renvoi

A. *Question 1*

L'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

(1) Introduction

Comme nous l'avons confirmé dans le *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, à la p. 806: «La *Loi constitutionnelle de 1982* est maintenant en vigueur. Sa légalité n'est ni contestée ni contestable.» La «Constitution du Canada» comprend certainement les textes énumérés au par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Même si ces textes jouent un rôle de premier ordre dans la détermination des règles constitutionnelles, ils ne sont pas exhaustifs. La Constitution «comprend des règles non écrites — et écrites —», comme nous l'avons souligné récemment dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 92. Enfin, selon le *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 874, la Constitution du Canada comprend 32

le système global des règles et principes qui régissent la répartition ou l'exercice des pouvoirs constitutionnels dans l'ensemble et dans chaque partie de l'État canadien.

These supporting principles and rules, which include constitutional conventions and the workings of Parliament, are a necessary part of our Constitution because problems or situations may arise which are not expressly dealt with by the text of the Constitution. In order to endure over time, a constitution must contain a comprehensive set of rules and principles which are capable of providing an exhaustive legal framework for our system of government. Such principles and rules emerge from an understanding of the constitutional text itself, the historical context, and previous judicial interpretations of constitutional meaning. In our view, there are four fundamental and organizing principles of the Constitution which are relevant to addressing the question before us (although this enumeration is by no means exhaustive): federalism; democracy; constitutionalism and the rule of law; and respect for minorities. The foundation and substance of these principles are addressed in the following paragraphs. We will then turn to their specific application to the first reference question before us.

(2) Historical Context: The Significance of Confederation

33 In our constitutional tradition, legality and legitimacy are linked. The precise nature of this link will be discussed below. However, at this stage, we wish to emphasize only that our constitutional history demonstrates that our governing institutions have adapted and changed to reflect changing social and political values. This has generally been accomplished by methods that have ensured continuity, stability and legal order.

34 Because this Reference deals with questions fundamental to the nature of Canada, it should not be surprising that it is necessary to review the context in which the Canadian union has evolved. To this end, we will briefly describe the legal evolution of the Constitution and the foundational principles governing constitutional amendments. Our purpose is not to be exhaustive, but to highlight the features most relevant in the context of this Reference.

Ces règles et principes de base, qui comprennent les conventions constitutionnelles et les rouages du Parlement, font nécessairement partie de notre Constitution, parce qu'il peut survenir des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévus dans le texte de la Constitution. Pour résister au passage du temps, une constitution doit comporter un ensemble complet de règles et de principes offrant un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement. Ces règles et principes ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle. À notre avis, quatre principes constitutionnels directeurs fondamentaux sont pertinents pour répondre à la question posée (cette énumération n'étant pas exhaustive): le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités. Nous traitons du fondement et de la substance de ces principes dans les prochains paragraphes. Nous examinons ensuite leur application particulière à la première question du renvoi.

(2) Le contexte historique: l'importance de la Confédération

Dans notre tradition constitutionnelle, légalité et légitimité sont liées. La nature précise de ce lien sera examinée plus loin. Toutefois, à ce stade-ci, nous tenons simplement à souligner que notre histoire constitutionnelle démontre que nos institutions gouvernementales ont su changer et s'adapter à l'évolution des valeurs sociales et politiques. Ces changements ont généralement été apportés par des moyens qui ont permis d'assurer la continuité, la stabilité et l'ordre juridique.

Puisque le renvoi porte sur des questions fondamentales pour la nature du Canada, il n'est pas étonnant qu'il faille s'arrêter au contexte dans lequel l'union canadienne a évolué. À cette fin, nous décrirons brièvement l'évolution juridique de la Constitution et les principes fondamentaux qui régissent les modifications constitutionnelles. Notre but n'est pas d'en faire un examen exhaustif, mais simplement de souligner les caractéristiques les plus pertinentes dans le contexte du présent renvoi.

agreed upon at Confederation. It did, however, have the important effect that, despite the refusal of the government of Quebec to join in its adoption, Quebec has become bound to the terms of a Constitution that is different from that which prevailed previously, particularly as regards provisions governing its amendment, and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As to the latter, to the extent that the scope of legislative powers was thereafter to be constrained by the *Charter*, the constraint operated as much against federal legislative powers as against provincial legislative powers. Moreover, it is to be remembered that s. 33, the "notwithstanding clause", gives Parliament and the provincial legislatures authority to legislate on matters within their jurisdiction in derogation of the fundamental freedoms (s. 2), legal rights (ss. 7 to 14) and equality rights (s. 15) provisions of the *Charter*.

expression textuelle dans notre Constitution du principe du fédéralisme dont il a été convenu au moment de la Confédération. Toutefois, elles ont eu un effet important en ce que, malgré le refus du gouvernement du Québec de souscrire à leur adoption, le Québec est devenu lié par les termes d'une Constitution qui est différente de celle qui était en vigueur jusque-là, notamment quant aux dispositions régissant sa modification et la *Charte canadienne des droits et libertés*. Quant à cette dernière, dans la mesure où la portée des pouvoirs législatifs est limitée depuis par la *Charte*, cette limitation s'applique autant aux pouvoirs législatifs fédéraux qu'aux pouvoirs législatifs provinciaux. Qui plus est, il faut rappeler que l'art. 33, la «clause de dérogation», donne au Parlement et aux législatures provinciales le pouvoir d'adopter, dans les domaines relevant de leurs compétences respectives, des lois dérogeant aux dispositions de la *Charte* qui concernent les libertés fondamentales (art. 2), les garanties juridiques (art. 7 à 14) et les droits à l'égalité (art. 15).

We think it apparent from even this brief historical review that the evolution of our constitutional arrangements has been characterized by adherence to the rule of law, respect for democratic institutions, the accommodation of minorities, insistence that governments adhere to constitutional conduct and a desire for continuity and stability. We now turn to a discussion of the general constitutional principles that bear on the present Reference.

48 Nous estimons qu'il ressort de façon évidente, même d'un aussi bref rappel historique, que l'évolution de nos arrangements constitutionnels a été marquée par l'adhésion aux principes de la primauté du droit, le respect des institutions démocratiques, la prise en compte des minorités, l'insistance sur le maintien par les gouvernements d'une conduite respectueuse de la Constitution et par un désir de continuité et de stabilité. Nous passons maintenant à l'analyse des grands principes constitutionnels qui ont une incidence dans le présent renvoi.

(3) Analysis of the Constitutional Principles

(a) *Nature of the Principles*

(3) L'analyse des principes constitutionnels

a) *La nature des principes*

What are those underlying principles? Our Constitution is primarily a written one, the product of 131 years of evolution. Behind the written word is an historical lineage stretching back through the ages, which aids in the consideration of the underlying constitutional principles. These principles inform and sustain the constitutional text: they are the vital unstated assumptions upon which the text is based. The following discussion addresses the

49 Quels sont ces principes fondamentaux? Notre Constitution est principalement une Constitution écrite et le fruit de 131 années d'évolution. Derrière l'écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents. Ces principes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution: ils en sont les prémisses inexprimées. L'analyse qui suit traite des quatre principes constitutionnels

four foundational constitutional principles that are most germane for resolution of this Reference: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minority rights. These defining principles function in symbiosis. No single principle can be defined in isolation from the others, nor does any one principle trump or exclude the operation of any other.

50 Our Constitution has an internal architecture, or what the majority of this Court in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 57, called a "basic constitutional structure". The individual elements of the Constitution are linked to the others, and must be interpreted by reference to the structure of the Constitution as a whole. As we recently emphasized in the *Provincial Judges Reference*, certain underlying principles infuse our Constitution and breathe life into it. Speaking of the rule of law principle in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 750, we held that "the principle is clearly implicit in the very nature of a Constitution". The same may be said of the other three constitutional principles we underscore today.

51 Although these underlying principles are not explicitly made part of the Constitution by any written provision, other than in some respects by the oblique reference in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, it would be impossible to conceive of our constitutional structure without them. The principles dictate major elements of the architecture of the Constitution itself and are as such its lifeblood.

52 The principles assist in the interpretation of the text and the delineation of spheres of jurisdiction, the scope of rights and obligations, and the role of our political institutions. Equally important, observance of and respect for these principles is essential to the ongoing process of constitutional development and evolution of our Constitution as a "living tree", to invoke the famous description in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136. As this Court indicated in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, Canadians have long recognized the

fondamentaux qui intéressent le plus directement le présent renvoi: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités. Ces principes déterminants fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre.

Notre Constitution a une architecture interne, ce que notre Cour à la majorité, dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, à la p. 57, a appelé une «structure constitutionnelle fondamentale». Chaque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure. Dans le récent *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, nous avons souligné que certains grands principes imprègnent la Constitution et lui donnent vie. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 750, nous avons dit de la primauté du droit que ce «principe est nettement implicite de par la nature même d'une constitution». On peut dire la même chose des trois autres principes constitutionnels analysés ici.

Bien que ces principes sous-jacents ne soient pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d'une disposition écrite, sauf pour certains par une allusion indirecte dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale.

Ces principes guident l'interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques. Fait tout aussi important, le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d'évolution et de développement de notre Constitution, cet [TRADUCTION] «arbre vivant» selon la célèbre description de l'arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), à la p. 136. Notre Cour a indiqué dans *New-Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, que les Canadiens

existence and importance of unwritten constitutional principles in our system of government.

Given the existence of these underlying constitutional principles, what use may the Court make of them? In the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at paras. 93 and 104, we cautioned that the recognition of these constitutional principles (the majority opinion referred to them as "organizing principles" and described one of them, judicial independence, as an "unwritten norm") could not be taken as an invitation to dispense with the written text of the Constitution. On the contrary, we confirmed that there are compelling reasons to insist upon the primacy of our written constitution. A written constitution promotes legal certainty and predictability, and it provides a foundation and a touchstone for the exercise of constitutional judicial review. However, we also observed in the *Provincial Judges Reference* that the effect of the preamble to the *Constitution Act, 1867* was to incorporate certain constitutional principles by reference, a point made earlier in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 462-63. In the *Provincial Judges Reference*, at para. 104, we determined that the preamble "invites the courts to turn those principles into the premises of a constitutional argument that culminates in the filling of gaps in the express terms of the constitutional text".

Underlying constitutional principles may in certain circumstances give rise to substantive legal obligations (have "full legal force", as we described it in the *Patriation Reference*, *supra*, at p. 845), which constitute substantive limitations upon government action. These principles may give rise to very abstract and general obligations, or they may be more specific and precise in nature. The principles are not merely descriptive, but are also invested with a powerful normative force, and are binding upon both courts and governments. "In other words", as this Court confirmed in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 752,

reconnaissent depuis longtemps l'existence et l'importance des principes constitutionnels non écrits de notre système de gouvernement.

53 Étant donné l'existence de ces principes constitutionnels sous-jacents, de quelle façon notre Cour peut-elle les utiliser? Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, aux par. 93 et 104, nous avons apporté la réserve que la reconnaissance de ces principes constitutionnels (l'opinion majoritaire parle de «principes structurels» et décrit l'un d'eux, l'indépendance de la magistrature, comme une norme non écrite) n'est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution. Bien au contraire, nous avons réaffirmé qu'il existe des raisons impératives d'insister sur la primauté de notre Constitution écrite. Une constitution écrite favorise la certitude et la prévisibilité juridiques, et fournit les fondements et la pierre de touche du contrôle judiciaire en matière constitutionnelle. Nous avons toutefois signalé dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait pour effet d'incorporer par renvoi certains principes constitutionnels, proposition affirmée auparavant par l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 462 et 463. Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, au par. 104, nous avons statué que le préambule «invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel».

54 Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont «plein effet juridique» selon les termes du *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 845) qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements. «En d'autres termes», comme l'affirme notre Cour

"in the process of Constitutional adjudication, the Court may have regard to unwritten postulates which form the very foundation of the Constitution of Canada". It is to a discussion of those underlying constitutional principles that we now turn.

(b) *Federalism*

55 It is undisputed that Canada is a federal state. Yet many commentators have observed that, according to the precise terms of the *Constitution Act, 1867*, the federal system was only partial. See, e.g., K. C. Wheare, *Federal Government* (4th ed. 1963), at pp. 18-20. This was so because, on paper, the federal government retained sweeping powers which threatened to undermine the autonomy of the provinces. Here again, however, a review of the written provisions of the Constitution does not provide the entire picture. Our political and constitutional practice has adhered to an underlying principle of federalism, and has interpreted the written provisions of the Constitution in this light. For example, although the federal power of disallowance was included in the *Constitution Act, 1867*, the underlying principle of federalism triumphed early. Many constitutional scholars contend that the federal power of disallowance has been abandoned (e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4th ed. 1997), at p. 120).

56 In a federal system of government such as ours, political power is shared by two orders of government: the federal government on the one hand, and the provinces on the other. Each is assigned respective spheres of jurisdiction by the *Constitution Act, 1867*. See, e.g., *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437 (P.C.), at pp. 441-42. It is up to the courts "to control the limits of the respective sovereignties": *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733, at p. 741. In interpreting our Constitution, the courts have always been concerned with the federalism principle, inherent in the structure of our constitutional

dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, «dans les décisions constitutionnelles, la Cour peut tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada» (p. 752). Ce sont ces principes constitutionnels sous-jacents que nous allons analyser maintenant.

b) *Le fédéralisme*

On ne conteste pas que le Canada est un État fédéral. Pourtant plusieurs auteurs ont noté que les termes précis de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'en font qu'un État partiellement fédéral. Voir, par exemple, K. C. Wheare, *Federal Government* (4e éd. 1963), aux pp. 18 à 20. Cela tenait à ce que, selon les textes, le gouvernement fédéral conservait de vastes pouvoirs qui menaçaient de saper l'autonomie des provinces. Ici encore, cependant, un examen du texte des dispositions de la Constitution ne fournit pas une image complète. Nos usages politiques et constitutionnels ont respecté le principe sous-jacent du fédéralisme et ont appuyé une interprétation du texte de la Constitution conforme à ce principe. Par exemple, bien que le pouvoir fédéral de désaveu ait été inclus dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, le principe sous-jacent du fédéralisme a triomphé très rapidement. De nombreux auteurs estiment que le pouvoir fédéral de désaveu a été abandonné (par exemple, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4e éd. 1997), à la p. 120).

Dans un système fédéral de gouvernement comme le nôtre, le pouvoir politique est partagé entre deux ordres de gouvernement: le gouvernement fédéral, d'une part, et les provinces, de l'autre. La *Loi constitutionnelle de 1867* a attribué à chacun d'eux sa propre sphère de compétence. Voir, par exemple, *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New-Brunswick*, [1892] A.C. 437 (C.P.), aux pp. 441 et 442. Il appartient aux tribunaux de «contrôle[r] les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements», *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, à la p. 741. Dans leur interprétation de notre Constitution, les tribu-

arrangements, which has from the beginning been the lodestar by which the courts have been guided.

naux ont toujours tenu compte du principe du fédéralisme inhérent à la structure de nos arrangements constitutionnels, l'étoile qui les a guidés depuis le tout début.

This underlying principle of federalism, then, has exercised a role of considerable importance in the interpretation of the written provisions of our Constitution. In the *Patriation Reference*, *supra*, at pp. 905-9, we confirmed that the principle of federalism runs through the political and legal systems of Canada. Indeed, Martland and Ritchie JJ., dissenting in the *Patriation Reference*, at p. 821, considered federalism to be "the dominant principle of Canadian constitutional law". With the enactment of the *Charter*, that proposition may have less force than it once did, but there can be little doubt that the principle of federalism remains a central organizational theme of our Constitution. Less obviously, perhaps, but certainly of equal importance, federalism is a political and legal response to underlying social and political realities.

57 Le principe sous-jacent du fédéralisme a donc joué un rôle d'une importance considérable dans l'interprétation du texte de la Constitution. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, aux pp. 905 à 909, nous avons confirmé que le principe du fédéralisme imprègne les systèmes politique et juridique du Canada. Ainsi, les juges Martland et Ritchie, dissidents dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, à la p. 821, ont considéré que le fédéralisme était «le principe dominant du droit constitutionnel canadien». Il se peut que, depuis l'adoption de la *Charte*, cette affirmation ait moins de force qu'elle n'en avait auparavant, mais il n'y a guère de doute que le principe du fédéralisme demeure un thème central dans la structure de notre Constitution. De façon tout aussi importante, quoique moins évidente peut-être, le fédéralisme est une réponse politique et juridique aux réalités du contexte social et politique.

The principle of federalism recognizes the diversity of the component parts of Confederation, and the autonomy of provincial governments to develop their societies within their respective spheres of jurisdiction. The federal structure of our country also facilitates democratic participation by distributing power to the government thought to be most suited to achieving the particular societal objective having regard to this diversity. The scheme of the *Constitution Act, 1867*, it was said in *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (P.C.), at p. 942, was

58 Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et de l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence. La structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité. Selon l'arrêt *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (C.P.), à la p. 942, le but de la *Loi constitutionnelle de 1867*

> not to weld the Provinces into one, nor to subordinate Provincial Governments to a central authority, but to establish a central government in which these Provinces should be represented, entrusted with exclusive authority only in affairs in which they had a common interest. Subject to this each Province was to retain its independence and autonomy and to be directly under the Crown as its head.

> [TRADUCTION] n'était pas de fusionner les provinces en une seule, ni de mettre les gouvernements provinciaux en état de subordination par rapport à une autorité centrale, mais d'établir un gouvernement central dans lequel ces provinces seraient représentées, revêtu d'une autorité exclusive dans l'administration des seules affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun. Sous cette réserve, chaque province devait garder son indépendance et son autonomie, assujettie directement à la Couronne.

More recently, in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1047, the majority of this Court held that differences between provinces "are a rational part of the political reality in the federal process". It was referring to the differential application of federal law in individual provinces, but the point applies more generally. A unanimous Court expressed similar views in *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, at pp. 287-88.

59 The principle of federalism facilitates the pursuit of collective goals by cultural and linguistic minorities which form the majority within a particular province. This is the case in Quebec, where the majority of the population is French-speaking, and which possesses a distinct culture. This is not merely the result of chance. The social and demographic reality of Quebec explains the existence of the province of Quebec as a political unit and indeed, was one of the essential reasons for establishing a federal structure for the Canadian union in 1867. The experience of both Canada East and Canada West under the *Union Act, 1840* (U.K.), 3-4 Vict., c. 35, had not been satisfactory. The federal structure adopted at Confederation enabled French-speaking Canadians to form a numerical majority in the province of Quebec, and so exercise the considerable provincial powers conferred by the *Constitution Act, 1867* in such a way as to promote their language and culture. It also made provision for certain guaranteed representation within the federal Parliament itself.

60 Federalism was also welcomed by Nova Scotia and New Brunswick, both of which also affirmed their will to protect their individual cultures and their autonomy over local matters. All new provinces joining the federation sought to achieve similar objectives, which are no less vigorously pursued by the provinces and territories as we approach the new millennium.

(c) *Democracy*

61 Democracy is a fundamental value in our constitutional law and political culture. While it has

Plus récemment dans notre arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1047, les juges de la majorité ont déclaré que les différences existant entre les provinces «font rationnellement partie de la réalité politique d'un régime fédéral». Cette remarque, qui visait l'application différente du droit fédéral aux diverses provinces, a néanmoins une portée plus générale. La Cour a unanimement exprimé un point de vue semblable dans *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, aux pp. 287 et 288.

Le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C'est le cas au Québec, où la majorité de la population est francophone et qui possède une culture distincte. Ce n'est pas le simple fruit du hasard. La réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d'une structure fédérale pour l'union canadienne en 1867. Tant pour le Canada-Est que pour le Canada-Ouest, l'expérience de l'*Acte d'Union, 1840* (R.-U.), 3-4 Vict., ch. 35, avait été insatisfaisante. La structure fédérale adoptée à l'époque de la Confédération a permis aux Canadiens de langue française de former la majorité numérique de la population de la province du Québec, et d'exercer ainsi les pouvoirs provinciaux considérables que conférait la *Loi constitutionnelle de 1867* de façon à promouvoir leur langue et leur culture. Elle garantissait également une certaine représentation au Parlement fédéral lui-même.

La Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, qui avaient aussi affirmé leur volonté de préserver leur culture propre et leur autonomie en matière locale, ont bien accueilli également le fédéralisme. Toutes les provinces qui se sont jointes depuis à la fédération cherchaient à atteindre des objectifs similaires qui sont poursuivis non moins vigoureusement par les provinces et les territoires à l'approche du nouveau millénaire.

c) *La démocratie*

La démocratie est une valeur fondamentale de notre culture juridique et politique. Quoiqu'il ait à

Onglet 35

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ford Ward *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General for Alberta, the Attorney General of Newfoundland and the International Fund for Animal Welfare Inc. *Interveners*

INDEXED AS: WARD *v.* CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2002 SCC 17.

File No.: 27717.

2001: October 31; 2002: February 22.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Fisheries — Federal regulation prohibiting sale of young hooded and harp seals — Whether regulation falls within federal fisheries power — Constitution Act, 1867, ss. 91(12), 92(13) — Marine Mammal Regulations, SOR/93-56, s. 27.

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Criminal law — Federal regulation prohibiting sale of young hooded and harp seals — Whether regulation falls within federal criminal law power — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Marine Mammal Regulations, SOR/93-56, s. 27.

Section 27 of the *Marine Mammal Regulations* prohibits the sale, trade or barter of young harp seals and hooded seals, referred to respectively as whitecoats and bluebacks. W held a commercial sealing licence issued under the *Fisheries Act* which permitted him to harvest hooded and harp seals. On a seal hunt in 1996, W

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Ford Ward *Intimé*

et

Le procureur général du Québec, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de Terre-Neuve et le Fonds international pour la protection des animaux inc. *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : WARD *c.* CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2002 CSC 17.

N° du greffe : 27717.

2001 : 31 octobre; 2002 : 22 février.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Pêcheries — Règlement fédéral interdisant la vente de jeunes phoques à capuchon et de jeunes phoques du Groenland — Le règlement relève-t-il de la compétence fédérale en matière de pêcheries? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(12), 92(13) — Règlement sur les mammifères marins, DORS/93-56, art. 27.

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Droit criminel — Règlement fédéral interdisant la vente de jeunes phoques à capuchon et de jeunes phoques du Groenland — Le règlement relève-t-il de la compétence fédérale en matière de droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Règlement sur les mammifères marins, DORS/93-56, art. 27.

L'article 27 du *Règlement sur les mammifères marins* interdit la vente, l'échange ou le troc des jeunes phoques du Groenland et des jeunes phoques à capuchon, respectivement appelés blanchons et jeunes à dos bleu. W était titulaire d'un permis de chasse commerciale au phoque délivré en vertu de la *Loi sur les pêches* et

harvested approximately 50 seals, including a number of bluebacks. He was charged with selling blueback pelts contrary to s. 27 of the Regulations. W argued that s. 27 was *ultra vires* Parliament. Trial proceedings were suspended pending the outcome of the constitutional challenge. The trial judge upheld s. 27 as a valid exercise of the federal fisheries power under s. 91(12) of the *Constitution Act, 1867*. The majority of the Court of Appeal allowed W's appeal.

Held: The appeal should be allowed.

Section 27 of the *Marine Mammal Regulations* is *intra vires* Parliament under the fisheries power. The purpose of s. 27 is to control the killing of bluebacks and whitecoats by prohibiting their sale, thus making it largely pointless to harvest them. Parliament's object is to regulate the seal fishery by eliminating the commercial hunting of these seals, while at the same time allowing for a limited harvesting for non-commercial purposes. The prohibition exists in the context of a scheme that is concerned with the overall "management and control" of the marine fisheries resource. It is not directed at controlling commerce or property but rather is designed to curtail a hunt that was damaging the economic viability of the sealing industry and the fisheries resource in general. The method chosen to curtail the commercial harvest of bluebacks and whitecoats may be imperfect, but efficacy is not a valid consideration in the pith and substance analysis. Moreover, to argue that because the legislative measure is a prohibition on sale, it must be in pith and substance concerned with the regulation of sale, confuses the purpose of s. 27 with the means chosen to achieve it. Viewed in the context of the legislation as a whole and the legislative history, there is nothing to suggest that Parliament was trying to regulate the local market for trade of seals and seal products. Section 27 is in pith and substance concerned with the management of the Canadian fishery and falls within the federal fisheries power. The federal power over fisheries is not confined to conserving fish stocks, but extends more broadly to maintenance and preservation of the fishery as a whole, including its economic value.

Although broad, the fisheries power is not unlimited. Parliament must respect the provincial power over property and civil rights. Whether a matter best conforms to

l'autorisant à capturer des phoques à capuchon et des phoques du Groenland. Lors d'une expédition de chasse au phoque en 1996, W a capturé une cinquantaine de phoques, dont un certain nombre de jeunes à dos bleu. Il a été accusé d'avoir vendu des peaux de jeunes à dos bleu, en contravention de l'art. 27 du Règlement. W a fait valoir que l'art. 27 excédait la compétence du Parlement. Le procès auquel ont donné lieu les accusations a été suspendu en attendant l'issue de la contestation constitutionnelle. Le juge de première instance a confirmé que l'art. 27 représentait un exercice valide de la compétence fédérale en matière de pêcheries conférée par le par. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel de W.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

L'article 27 du *Règlement sur les mammifères marins* est conforme à la compétence du Parlement en matière de pêcheries. Cet article vise à enrayer l'abattage des jeunes à dos bleu et des blanchons en interdisant leur vente, rendant ainsi leur capture largement inutile. L'objectif du Parlement est de réglementer la pêche au phoque en éliminant la chasse commerciale au blanchon et au jeune à dos bleu, tout en permettant une capture limitée de ces animaux à des fins non commerciales. L'interdiction fait partie d'un régime axé sur « la gestion et la surveillance » globales de la ressource halieutique. Elle vise à restreindre non pas le commerce ou la propriété, mais plutôt une chasse préjudiciable à la viabilité économique de l'industrie de la chasse au phoque et à la ressource halieutique en général. La méthode choisie pour réduire la chasse commerciale au jeune à dos bleu et au blanchon n'est peut-être pas parfaite, mais l'efficacité n'est pas une considération valable dans l'analyse du caractère véritable. De plus, l'argument voulant qu'une mesure législative constituant une interdiction de vente porte nécessairement, de par son caractère véritable, sur la réglementation de la vente confond l'objet de l'art. 27 avec les moyens choisis pour réaliser cet objet. D'après le contexte de la mesure législative dans son ensemble et son historique législatif, rien n'indique que le Parlement tentait de réglementer le marché local du commerce du phoque et des produits du phoque. De par son caractère véritable, l'art. 27 a trait à la gestion des pêches canadiennes et relève de la compétence fédérale en matière de pêcheries. La compétence fédérale en matière de pêcheries ne se limite pas à la conservation des stocks de poisson, mais s'étend de façon plus générale au maintien et à la préservation de la pêche dans son ensemble, y compris sa valeur économique.

Bien qu'elle soit vaste, la compétence en matière de pêcheries n'est pas illimitée. Le Parlement doit respecter la compétence provinciale en matière de propriété

a subject within federal or provincial jurisdiction cannot be determined by drawing a line between federal and provincial powers on the basis of conservation or sale. The activity at stake must be examined to determine whether the matter regulated is related in pith and substance to the federal fisheries power or the provincial power over property and civil rights. Here, since s. 27 is vitally connected to protecting the economic viability of the Canadian fishery as a whole, it is a valid federal measure. This result fully respects the provinces' constitutional right to control property and civil rights.

Section 27 does not fall within the federal criminal law jurisdiction. While a prohibited act and a penalty are present, it does not possess a valid criminal law purpose.

Cases Cited

Referred to: *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co.*, [1980] 2 S.C.R. 466; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179; *The Queen v. Robertson* (1882), 6 S.C.R. 52; *Reference re Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*, [1928] S.C.R. 457, aff'd [1930] A.C. 111; *Mark Fishing Co. v. United Fishermen & Allied Workers' Union* (1972), 24 D.L.R. (3d) 585; *International Fund for Animal Welfare, Inc. v. Canada*, [1987] 1 F.C. 244, aff'd in part [1989] 1 F.C. 335; *Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477; *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 292; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*,

et de droits civils. Pour décider si une matière correspond davantage à un chef de compétence fédérale ou provinciale, on ne peut pas se contenter de tracer une ligne de démarcation entre les compétences fédérale et provinciale, selon qu'il est question de conservation ou de vente. Il faut examiner l'activité en cause afin de déterminer si, de par son caractère véritable, la matière réglementée est liée à la compétence fédérale en matière de pêcheries ou à la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. En l'espèce, l'art. 27 est une mesure fédérale valide étant donné qu'il est essentiellement lié à la protection de la viabilité économique des pêches canadiennes dans leur ensemble. Ce résultat respecte parfaitement le droit constitutionnel des provinces de régir la propriété et les droits civils.

L'article 27 ne relève pas de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Bien qu'il comporte une interdiction et une peine, il ne vise aucun objectif de droit criminel valide.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Compagnie Trust Canada*, [1980] 2 R.C.S. 466; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179; *The Queen c. Robertson* (1882), 6 R.C.S. 52; *Reference re Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*, [1928] R.C.S. 457, conf. par [1930] A.C. 111; *Mark Fishing Co. c. United Fishermen & Allied Workers' Union* (1972), 24 D.L.R. (3d) 585; *Fonds international pour la défense des animaux, Inc. c. Canada*, [1987] 1 C.F. 244, conf. en partie par [1989] 1 C.F. 335; *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477; *Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine*, [1980]

[1997] 1 S.C.R. 12; *Gulf Trollers Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1987] 2 F.C. 93, rev'g [1984] 2 F.C. 398; *British Columbia Packers Ltd. v. Canada Labour Relations Board*, [1976] 1 F.C. 375, aff'd on other grounds, [1978] 2 S.C.R. 97; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158; *R. v. Saul* (1984), 10 D.L.R. (4th) 736; *R. v. Twin* (1985), 23 C.C.C. (3d) 33; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *Barry's Ltd. v. Fishermen, Food and Allied Workers' Union* (1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 277; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91, 91(12), 91(27), 92, 92(13).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14, ss. 43, 78.
Marine Mammal Regulations, SOR/93-56, ss. 2(1) "blueback", "whitecoat", 3, 27.

Authors Cited

Canada. Royal Commission on Seals and the Sealing Industry in Canada. *Seals and Sealing in Canada*, vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 2001, release 1).
Lederman, William R. *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas: Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada*. Toronto: Butterworths, 1981.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1999), 182 D.L.R. (4th) 172, 183 Nfld. & P.E.I.R. 295, 556 A.P.R. 295, [1999] N.J. No. 336 (QL), allowing the respondent's appeal from a decision of the Newfoundland Supreme Court, Trial Division (1997), 152 D.L.R. (4th) 363, 155 Nfld. & P.E.I.R. 313, 481 A.P.R. 313, [1997] N.J. No. 208 (QL). Appeal allowed.

David Meadows and *Paul Adams*, for the appellant.

V. Randell J. Earle, Q.C., and *Stephen Willar*, for the respondent.

Alain Gingras, for the intervener the Attorney General of Quebec.

2 R.C.S. 292; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *Gulf Trollers Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [1987] 2 C.F. 93, inf. [1984] 2 C.F. 398; *British Columbia Packers Ltd. c. Conseil canadien des relations du travail*, [1976] 1 C.F. 375, conf. pour d'autres motifs, [1978] 2 R.C.S. 97; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158; *R. c. Saul* (1984), 10 D.L.R. (4th) 736; *R. c. Twin* (1985), 23 C.C.C. (3d) 33; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *Barry's Ltd. c. Fishermen, Food and Allied Workers' Union* (1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 277; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 91(12), 91(27), 92, 92(13).
Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14, art. 43, 78.
Règlement sur les mammifères marins, DORS/93-56, art. 2(1) « blanchon », « jeune à dos bleu », 3, 27.

Doctrine citée

Canada. Commission royale sur les phoques et l'industrie de la chasse au phoque au Canada. *Les phoques et la chasse au phoque au Canada*, vol. 1. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell (updated 2001, release 1).
Lederman, William R. *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas : Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada*. Toronto : Butterworths, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1999), 182 D.L.R. (4th) 172, 183 Nfld. & P.E.I.R. 295, 556 A.P.R. 295, [1999] N.J. No. 336 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimé contre une décision de la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve (1997), 152 D.L.R. (4th) 363, 155 Nfld. & P.E.I.R. 313, 481 A.P.R. 313, [1997] N.J. No. 208 (QL). Pourvoi accueilli.

David Meadows et *Paul Adams*, pour l'appelante.

V. Randell J. Earle, c.r., et *Stephen Willar*, pour l'intimé.

Alain Gingras, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Finally, Ward submits that the purpose of s. 27 — saving Canada's markets for seal products — had already eroded by the time it was introduced in 1993, citing the Malouf Commission in support. This is a variant on the efficacy argument. It was for the government to determine if a problem existed and if the means chosen would address it. Moreover, the evidence shows that the danger of damage to other sea products, like canned fish, continued to exist at the time the *Regulations* were adopted.

I conclude that the s. 27 prohibition on sale is essentially concerned with curtailing the commercial hunting of whitecoats and bluebacks for the economic protection of the fisheries resource. As such, it is in pith and substance concerned with the management of the Canadian fishery.

(2) Does the Pith and Substance of Section 27 of the *Regulations* Fall within the Federal Fisheries Power?

Having determined the pith and substance of s. 27, we must ask whether it fits within the federal fisheries power. This requires us to consider the scope of the fisheries power and its relationship to the provincial power over property and civil rights. More precisely, does the fisheries power extend beyond measures relating to conservation to the management of the resource to preserve its economic viability?

Before examining the scope of the federal fisheries power in relation to property and civil rights, it may be useful to consider the principles that guide the exercise. They are well known and I content myself with briefly summarizing them.

1. The Constitution must be interpreted flexibly over time to meet new social, political and historic realities: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155-56; see also *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *Reference re Secession of Quebec*, [1998]

27 Citant la commission Malouf à cet égard, M. Ward soutient enfin que l'objet de l'art. 27 — préserver les marchés des produits canadiens du phoque — était déjà miné avant même qu'il ne soit adopté en 1993. Il s'agit là d'une variante de l'argument fondé sur l'efficacité. Il appartenait au gouvernement de déterminer s'il y avait un problème et si les moyens choisis permettraient de le régler. De plus, la preuve montre que le risque que d'autres produits de la mer, comme le poisson en conserve, subissent un préjudice existait encore au moment de l'adoption du *Règlement*.

28 Je conclus que l'interdiction de vente décrétée à l'art. 27 vise essentiellement à réduire la chasse commerciale au blanchon et au jeune à dos bleu afin d'assurer la protection économique de la ressource halieutique. À ce titre, elle est, de par son caractère véritable, liée à la gestion des pêches canadiennes.

(2) L'article 27 du *Règlement* relève-t-il, de par son caractère véritable, de la compétence fédérale en matière de pêcheries?

29 Après avoir déterminé le caractère véritable de l'art. 27, nous devons nous demander s'il correspond à la compétence fédérale en matière de pêcheries. Cela nous oblige à examiner l'étendue de la compétence en matière de pêcheries et son rapport avec la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. Plus précisément, la compétence en matière de pêcheries s'étend-elle, au-delà des mesures de conservation, à la gestion de la ressource afin d'en préserver la viabilité économique?

30 Avant d'examiner l'étendue de la compétence fédérale en matière de pêcheries par rapport à la propriété et aux droits civils, il peut être utile d'examiner les principes qui guident cet examen. Ils sont bien connus, et je ne ferai que les résumer brièvement.

1. La Constitution doit, à la longue, recevoir une interprétation souple de manière à répondre aux nouvelles réalités sociales, politiques et historiques : voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156; voir également *Edwards c. Attorney-General for*

2 S.C.R. 217, at para. 52; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 180; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 365; *Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co.*, [1980] 2 S.C.R. 466, at p. 478; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 343-44; Hogg, *supra*, at p. 15-45.

2. The principle of federalism must be respected: see *Reference re Secession of Quebec*, *supra*, at para. 55. Power is shared by two orders of government, each autonomous in developing policies and laws within their own jurisdiction subject to the courts which "control the limits of the respective sovereignties": see *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733, at p. 741. Classes of subjects should be construed in relation to one another: see *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200, at p. 216, *per* Duff J. In cases where federal and provincial classes of subjects contemplate overlapping concepts, meaning may be given to both through the process of "mutual modification": see *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.); see also W. R. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), at p. 274. Classes of subjects should not be construed so broadly as to expand jurisdiction indefinitely: see Hogg, *supra*, at p. 18-4, in the criminal law context; compare *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.), with *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179 (P.C.) (the "*Margarine Reference*").

31 With these principles in mind — flexibility and respect for the proper powers of both the federal government and the provinces — I approach the

Canada, [1930] A.C. 124 (C.P.); *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 52; *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 180; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 365; *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Compagnie Trust Canada*, [1980] 2 R.C.S. 466, p. 478; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 343-344; Hogg, *op. cit.*, p. 15-45.

2. Le principe du fédéralisme doit être respecté : voir le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, par. 55. Deux ordres de gouvernement se partagent les compétences et chacun peut, de manière autonome, établir des politiques et adopter des lois relevant de sa propre compétence, sous réserve du « contrôle [judiciaire] [d]es bornes de la souveraineté propre des deux [ordres de] gouvernemen[t] » : voir l'arrêt *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, p. 741. Les catégories de sujets doivent être interprétées les unes en fonction des autres : voir *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200, p. 216, le juge Duff. Lorsque des catégories provinciales et fédérales de sujets portent sur des notions qui se chevauchent, il faut en déterminer le sens au moyen du processus de « modification mutuelle » : voir *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.); voir également W. R. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), p. 274. Il faut éviter de donner aux catégories de sujets une interprétation générale au point d'élargir à n'en plus finir la compétence en cause : voir Hogg, *op. cit.*, p. 18-4, dans le contexte du droit criminel; comparer l'arrêt *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.), avec l'arrêt *Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179 (C.P.) (« *Renvoi sur la margarine* »).

En gardant ces principes à l'esprit — la souplesse et le respect des compétences respectives du gouvernement fédéral et des provinces — j'aborde la

question at hand, the scope of the federal fisheries power.

Three different views on the scope of the federal fisheries power are presented:

1. The federal fisheries power extends only to conservation measures directed to preserving numbers (the conservation theory, espoused by the majority of the Newfoundland Court of Appeal).

2. The fisheries power extends only to the management of the fisheries resource in its natural state to the point of harvest and sale. This would include setting the permissible times and methods of extracting the resource, but it would not extend to the regulation of sale, processing and "markets" (the "point of sale" theory, espoused by Ward).

3. The fisheries power extends beyond conservation to measures intended to carry out economic goals and policies associated with the fisheries as a resource (the economic policy theory, advanced by the federal Crown).

Only the last theory is capable of supporting a regulation directed in pith and substance at curtailing the commercial hunting of young seals to protect the economic viability of the resource from retaliatory boycotts. The issue is therefore whether this theory of the fisheries power is valid. The jurisprudence suggests that it is.

First, the preponderance of authority suggests that the fisheries power is not confined to conservation, nor to pre-sale activities, but extends more broadly to maintenance and preservation of the fishery as a whole, including its economic value. In *The Queen v. Robertson* (1882), 6 S.C.R. 52, Ritchie C.J. described the fisheries power as extending "to subjects affecting the fisheries generally, tending to their regulation, protection and preservation". Accordingly, Parliament's power extended to "all such general laws as enure as well to the benefit of the owners of the fisheries as to the public at large,

question dont nous sommes saisis, à savoir l'étendue de la compétence fédérale en matière de pêcheries.

Trois points de vue différents sont exprimés au sujet de l'étendue de cette compétence : 32

1. La compétence fédérale en matière de pêcheries ne vise que les mesures de conservation destinées à préserver les stocks (la théorie de la conservation adoptée par les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve).

2. La compétence en matière de pêcheries ne vise que la gestion de la ressource halieutique à l'état naturel, jusqu'à la récolte et à la vente de cette ressource. Cela comprendrait l'établissement des périodes et des méthodes de récolte, mais n'engloberait pas la réglementation de la vente, de la transformation et des « marchés » (la théorie du « point de vente » adoptée par M. Ward).

3. La compétence en matière de pêcheries ne se limite pas à la conservation et vise les mesures destinées à réaliser des objectifs et des politiques économiques liés aux pêcheries en tant que ressource (la théorie de la politique économique adoptée par le gouvernement fédéral).

La dernière théorie est la seule à pouvoir étayer un règlement qui, de par son caractère véritable, vise à réduire la chasse commerciale au jeune phoque afin de préserver la viabilité économique de la ressource contre le boycottage ordonné en guise de représailles. Il s'agit donc de savoir si cette théorie relative à la compétence en matière de pêcheries est valide. La jurisprudence indique qu'elle l'est. 33

D'abord, selon la jurisprudence prépondérante, la compétence en matière de pêcheries ne se limite pas à la conservation ni aux activités préalables à la vente, mais s'étend de façon plus générale au maintien et à la préservation de la pêche dans son ensemble, y compris sa valeur économique. Dans l'arrêt *The Queen c. Robertson* (1882), 6 R.C.S. 52, le juge en chef Ritchie a affirmé que la compétence en matière de pêcheries s'étend [TRADUCTION] « aux sujets touchant les pêcheries en général, visant leur réglementation, leur protection et leur conservation ». Par conséquent, la compétence du 34

who are interested in the fisheries as a source of national or provincial wealth" (pp. 120-21).

35 In *Reference re Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*, [1928] S.C.R. 457 (aff'd [1930] A.C. 111 (P.C.)), Newcombe J. cited, at p. 472, the definition of a fishery given in *Patterson on the Fishery Laws* (1863), at p. 1, as "the right of catching fish in the sea, or in a particular stream of water". But he went on to cite the broader "leading definition" from J. A. H. Murray's *A New English Dictionary* (1888), defining fishery in terms of the "business, occupation or industry of catching fish or of taking other products of the sea or rivers from the water". Davey C.J.B.C., in *Mark Fishing Co. v. United Fishermen & Allied Workers' Union* (1972), 24 D.L.R. (3d) 585 (B.C.C.A.), said of this: "The point of Patterson's definition is the natural resource, and the right to exploit it, and the place where the resource is found, and the right is exercised" (p. 592). See also *International Fund for Animal Welfare, Inc. v. Canada*, [1987] 1 F.C. 244 (T.D.) (division of powers issue aff'd [1989] 1 F.C. 335 (C.A.)).

36 The theme that the fisheries power refers to the resource was affirmed by this Court, *per* Laskin C.J. (dissenting, but not on this point) in *Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477, who wrote, at p. 495, that the federal fisheries power "is concerned with the protection and preservation of fisheries as a public resource", extending even to the "suppression of an owner's right of utilization".

37 Again, in *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 292, Martland J., speaking for the Court, recognized that the fisheries power involved legislating in relation to fisheries as a resource (at p. 298):

Parlement s'étend à « toutes les lois générales dont le but est aussi bien l'avantage des propriétaires des pêcheries que du public en général qui s'intéresse aux pêcheries à titre de source de richesse pour le pays ou la province » (p. 120-121).

Dans *Reference re Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*, [1928] R.C.S. 457 (conf. par [1930] A.C. 111 (C.P.)), le juge Newcombe cite, à la p. 472, la définition figurant dans *Patterson on the Fishery Laws* (1863), p. 1, selon laquelle le mot « pêcherie » désigne [TRADUCTION] « le droit de prendre du poisson dans la mer ou dans un cours d'eau particulier ». Il cite ensuite le « premier sens » plus large donné par *A New English Dictionary* (1888), de J. A. H. Murray, selon lequel ce mot désigne [TRADUCTION] « [l]'entreprise, l'occupation ou l'industrie qui consiste à prendre du poisson ou d'autres produits de la mer ou de rivières ». Dans l'arrêt *Mark Fishing Co. c. United Fishermen & Allied Workers' Union* (1972), 24 D.L.R. (3d) 585 (C.A.C.-B.), le juge en chef Davey précise que [TRADUCTION] « La définition de Patterson insiste sur la ressource naturelle et le droit de l'exploiter, l'endroit où elle se trouve et où le droit est exercé » (p. 592). Voir également *Fonds international pour la défense des animaux, Inc. c. Canada*, [1987] 1 C.F. 244 (1re inst.) (décision relative à la question du partage des compétences conf. par [1989] 1 C.F. 335 (C.A.)).

La théorie selon laquelle la compétence en matière de pêcheries vise la ressource a été confirmée par notre Cour dans l'arrêt *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477, où le juge en chef Laskin (dissident, mais sur un autre point) écrit, à la p. 495, que la compétence fédérale en matière de pêcheries « vise [. . .] la protection et la conservation des pêcheries, à titre de richesse pour le public » et s'étend même à « la suppression de l'exercice du droit [d'exploitation] par le propriétaire ».

En outre, dans l'arrêt *Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 292, le juge Martland a reconnu, au nom de notre Cour, que la compétence en matière de pêcheries comportait le pouvoir de légiférer sur les pêcheries en tant que ressource (à la p. 298) :

Onglet 36

[PRIVY COUNCIL.]

ARCHIBALD G. HODGE . . . . . APPELLANT;

AND

THE QUEEN . . . . . RESPONDENT.

J. C.*
1883
Nov. 14, 15, 16; *Dec.* 15.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ONTARIO, CANADA.

British North America Act, 1867, *ss.* 91, 92—"*Liquor License Act of* 1877, *c.* 181, *Revised Statutes of Ontario*"—*Powers of Local Legislature—Regulations of Local Board—Imprisonment with Hard Labour.*

Subjects which in one aspect and for one purpose fall within sect. 92 of the British North America Act, 1867, may in another aspect and for another purpose fall within sect. 91.

Russell v. *The Queen* (7 App. Cas. 829) explained and approved.

Held, that "The Liquor License Act of 1877, c. 181, Revised Statutes of Ontario," which in respect of sects. 4 and 5, makes regulations in the nature of police or municipal regulations of a merely local character for the good government of taverns, &c., does not in respect of those sections interfere with "the general regulation of trade or commerce," but comes within Nos. 8, 15, and 16, of sect. 92 of the Act of 1867, and is within the powers of the provincial legislature.

Held, further, that the local legislature had power by the said Act of 1867 to entrust to a Board of Commissioners authority to enact regulations of the above character, and thereby to create offences and annex penalties thereto.

"Imprisonment" in No. 15 of sect. 92 of the Act of 1867 means imprisonment with or without hard labour.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal (June 30, 1882), allowing the respondent's appeal from a decision of the Court of Queen's Bench (June 25, 1881); by which last-mentioned decision it was ordered that a certain examination made on the 19th day of May, 1881, by and before the police magistrate of the city of Toronto, on the information and complaint of one Thomas Dexter, whereby the appellant was convicted for that he the appellant did on the 7th day of May, 1881, unlawfully permit and suffer a billiard table to be used and a game of billiards to be played thereon, in his tavern in the conviction named and described as the St. James' Hotel, situate within the city

* *Present*:—LORD FITZGERALD, SIR BARNES PEACOCK, SIR ROBERT P. COLLIER, SIR RICHARD COUCH, and SIR ARTHUR HOBHOUSE.

J. C. 1883 HODGE v. THE QUEEN.

of Toronto, during the time prohibited by the "Liquor License Act," (Revised Statutes of Ontario, c. 181) for the sale of liquor therein, against the form of the resolution of the License Commissioners for the city of Toronto for regulating taverns and shops, passed on the 25th of April, 1881, should be and the same was quashed.

The appellant at the time of the alleged offence was the holder of a liquor license, issued on the 25th of April, 1881, by the Board of License Commissioners for the city of Toronto, under "the Liquor License Act" of the Province of Ontario, in respect of the St. James' Hotel, which license remained in force until the 1st of May, 1882.

The appellant was also then the holder of a license dated the 24th of February, 1881, issued under the authority of the "Municipal Act" (Revised Statutes of Ontario, c. 174, sec. 461), by the corporation of the city of Toronto, authorizing him to carry on the business or calling of a keeper of a billiard saloon with one table for hire, which last-mentioned license remained in force until the 31st of December, 1881.

The facts are stated in the judgment of their Lordships.

Kerr, Q.C. (of the Canadian Bar), and *Jeune*, for the appellant:—

First, the Ontario Assembly is not competent to legislate in regard to licenses for the sale of liquor, and the regulation of licensed houses. The British North America Act, sect. 92, sub-sect. 9, empowers the Provinces to legislate in regard to shop and tavern licenses, but only for the purpose of raising a revenue. Sect. 91, sub-sect. 2, gives the regulation of trade and commerce to the Dominion. In the case of *Russell* v. *The Queen* (1) it was held that the power to prohibit and regulate the traffic belonged to the Dominion. It is very desirable that legislation on this subject should be uniform; and this cannot be secured if each province can pass a licensing law of its own. Second, even if the Ontario Legislature could deal with the subject it could not delegate its powers to License Commissioners. In *The Queen* v. *Burah* (2) it is laid down that a local legislature cannot create a

(1) 7 App. Cas. 829. (2) 3 App. Cas. 905.

new legislative power not created or authorized by the Imperial Parliament. In this case the local legislature has assigned to three officials the power to define offences and impose penalties. But even if the statutory powers of the Commissioners are intra vires of the legislature, this resolution is not a good exercise of their powers. They assume to regulate billiard tables, which ought to be regulated by the City Council in accordance with Rev. Stat. Ont. c. 174. The resolution is also bad because it places keepers of billiard tables who sell liquor at a disadvantage as compared with those who do not. A by-law discriminating in favour of one class of traders and against another is bad: see *Jonas* v. *Gilbert* (1). See also Cooley on Constitutional Limitations, pp. 201, 503.

[LORD FITZGERALD:—We will take the passages from Cooley as part of your argument but not as authority.]

Lastly, there is no power in the legislature or in the Commissioners to impose the punishment of hard labour. There is a wide difference between simple imprisonment and hard labour: Hawkins' Pleas of the Crown p. 184; *Easton's Case* (2). The British North America Act, sect. 92, sub-sect. 15, prescribes "fine, penalty or imprisonment," as the punishments to be imposed for breach of provincial laws. The decision in *Frawley's Case* (3) was based on the mistaken assumption that the Provinces surrendered their right into the hands of Parliament at confederation. There was a re-arrangement and transfer of some provincial powers to the Dominion, among others of the power to deal with criminal law, along with which the power to impose hard labour naturally goes. The penalty imposed by the resolution is a fixed penalty, and therefore unreasonable: *Saunders* v. *South Eastern Railway Company* (4).

Davey, Q.C., and *Æmilius Irving*, Q.C. (of the Canadian Bar), (*Raleigh* with them), for the Crown:—

This question must be decided by the rules laid down in *Citizens' Insurance Company of Canada* v. *Parsons* (5). Does the

(1) 5 Sup. Ct. Can. 356.
(2) 12 Ad. & E. 645.
(3) 46 U. C. Q. B. 153; 7 App. Rep. 246.
(4) 5 Q. B. D. 462.
(5) 7 App. Cas. 96.

J. C. 1883 HODGE v. THE QUEEN.

Liquor License Act belong to any of the classes of subjects assigned to the Provinces? The liquor trade, like all other trades, is subject to local regulation for purposes of police. The Commissioners are a "municipal institution" within sub-sect. 8 of sect. 92 of the British North America Act. The regulation of licensed houses is primarily a matter of police; the interference with "trade and commerce" is only incidental. *Russell* v. *The Queen* (1) establishes the right of the Dominion to legislate on the liquor traffic as a matter affecting the peace and good government of Canada. This is not inconsistent with the right of the Provinces to legislate on the same subject for purposes of police. This is recognised in sect. 112 of the Canada Temperance Act itself. Of course if the Province restricts any trade by requiring a license, that must be done bonâ fide for the purpose of raising a revenue. The right to regulate licensed houses is generally recognised in Canada, as appears from the cases collected in Cartwright's Cases on the B. N. A. Act: see *City of Fredericton* v. *The Queen* (2); *In re Slavin and the Corporation of Orillia* (3); *Reg.* v. *Justices of King's County* (4); *Keefe* v. *Maclennan* (5); *Blouin* v. *Corporation of Quebec* (6); *Corporation of Three Rivers* v. *Sulte* (7).

As to the delegation to Commissioners, the maxim Delegatus non potest delegare does not apply to a local legislature: *Reg.* v. *Burah* (8). There is here no delegation of legislative authority—only of the power to make by-laws. The resolution is within the powers of the Commissioners. They do not attempt to regulate billiard tables; it is as liquor licensee not as billiard licensee that the appellant is required to close his billiard saloon. As to the penalties which may be imposed, sect. 59 of the Liquor License Act prescribes fine and imprisonment; sect. 70 adds the powers for enforcing by-laws given to municipal councils by sects. 400–407, and sect. 454 of the Municipal Act, Rev. Stat. Ont. c. 174, and these powers include the imposition of hard labour. By Con. Stat. Can. 1859, c. 99, hard labour could be added to any sentence of imprisonment. That Act is still in

(1) 7 App. Cas. 829.
(2) 3 Sup. Ct. Can. 505.
(3) 36 U. C. Q. B. 159.
(4) 2 Pugsley, 535.
(5) 2 Russell & Chesley, 5.
(6) 7 Quebec L. R. 18.
(7) 5 Legal News, 330.
(8) 3 App. Cas. 904.

force as to offences against provincial laws; as to offences against the criminal law (which is assigned to the Dominion) it has been re-enacted. The term "imprisonment" is very general, and includes imprisonment with hard labour: see Stephen, Digest of Criminal Law, art. 4, which gives the effect of 28 & 29 Vict. c. 126. In construing a conviction, the term "imprisonment" would not be assumed as against the prisoner to mean imprisonment with hard labour. But in construing an instrument of government, such as the B. N. A. Act, a wide construction should be given to the powers of the local legislature: see Vattel, ii., 17, sects. 285–286, cited in the judgment appealed from. The resolution is not open to objection as prescribing a fixed penalty, for by sect. 402 of the Municipal Act (incorporated in the Liquor License Act) the justice may commit "for the term or some part thereof specified in the by-law." They also referred to *Reg.* v. *O'Rourke* (1), and Archbold's Criminal Pleading, 19th ed., p. 56.

Kerr, Q.C., in reply:—

The Provinces have a strictly limited jurisdiction, and though they may amend their constitutions, they may not take more power than Parliament gave them. "Municipal institutions" includes only what was generally included under that head at confederation. In some of the Provinces the legislature had never undertaken to restrict the liquor trade. He referred to *Dobie* v. *Temporalities Board* (2).

The judgment of their Lordships was delivered by

SIR BARNES PEACOCK:—

The appellant, Archibald Hodge, the proprietor of a tavern known as the St. James' Hotel, in the city of Toronto, who, on the 7th of May, 1881, was the holder of a license for the retail of spirituous liquors in his tavern, and also licensed to keep a billiard saloon, was summoned before the police magistrate of Toronto for a breach of the resolutions of the License Commis-

(1) 1 Ont. Rep. 464; 2 Cart. 644.

(2) 7 App. Cas. 136.

J. C. 1883 HODGE v. THE QUEEN.

sioners of Toronto, and was convicted on evidence sufficient to sustain the conviction if the magistrate had authority in law to make it.

The conviction is as follows, viz. :—

"CONVICTION.

"Canada: Province of Ontario, county of York, city of Toronto, to wit:—

"Be it remembered, that on the 19th day of May, in the year of our Lord one thousand eight hundred and eighty-one, at the city of Toronto, in the county of York, Archibald G. Hodge, of the said city, is convicted before me, George Taylor Denison, Esquire, police magistrate in and for the said city of Toronto, for that he, the said Archibald G. Hodge, being a person who, after the passing of the resolution hereinafter mentioned, received, and who, at the time of the committing of the offence hereinafter mentioned, held a license under the Liquor License Act, for and in respect of the tavern known as the St. James' Hotel, situate on York Street, within the city of Toronto, on the seventh day of May in the year aforesaid, at the said city of Toronto, did unlawfully permit, allow, and suffer a billiard table to be used, and a game of billiards to be played thereon in the said tavern, during the time prohibited by the Liquor License Act for the sale of liquor therein, to wit, after the hour of seven o'clock at night on the seventh day of May, being Saturday, against the form of the resolution of the License Commissioners for the city of Toronto for regulating taverns and shops, passed on the twenty-fifth day of April, in the year aforesaid, in such case made and provided.

"Thomas Dexter, of said city, license inspector of the city of Toronto, being the complainant.

"And I adjudge the said Archibald G. Hodge, for his said offence, to forfeit and pay the sum of twenty dollars, to be paid and applied according to law; and also to pay to the said Thomas Dexter the sum of two dollars and eighty-five cents for his costs in this behalf; and if the said several sums be not paid forthwith, then I order that the same be levied by distress and sale of goods and chattels of the said Archibald G. Hodge; and in default of sufficient distress, I adjudge the said Archibald G.

J. C.
1883
HODGE
v.
THE QUEEN.

Hodge to be imprisoned in the common gaol of the said city of Toronto and county of York, at Toronto, in the county of York, and there be kept at hard labour for the space of fifteen days, unless the said sums, and the costs and charges of conveying the said Archibald G. Hodge to the said gaol, shall be sooner paid."

On the 27th of May, 1881, a rule nisi was obtained to remove that conviction into the Court of Queen's Bench for Ontario, in order that it should be quashed as illegal, on the grounds, 1st, that the said resolution of the said License Commissioners is illegal and unauthorized; 2nd, that the said License Commissioners had no authority to pass the resolution prohibiting the game of billiards as in the said resolution, nor had they power to authorize the imposition of a fine, or, in default of payment thereof, imprisonment for a violation of the said resolution; 3rd, the Liquor License Act, under which the said Commissioners have assumed to pass the said resolution, is beyond the authority of the legislature of Ontario, and does not authorize the said resolution.

It will be observed that the question whether the local legislature could confer the authority on the License Commissioners to make the resolution in question is not directly raised by the rule nisi. On the 27th of June, 1881, that rule was made absolute, and an order pronounced by the Court of Queen's Bench to quash the conviction. The judgment of the Court, which seems to have been unanimous, was delivered by Hagarty, C.J., with elaborate reasons, but finally it will be found that the decision of the Court rests on one ground alone, and does not profess to decide the question which on this appeal was principally discussed before their Lordships. The Chief Justice, in the course of his judgment, says:—

"It was stated to us that the parties desired to present directly to the Court the very important question whether the local legislature, assuming that it had the power themselves to make these regulations and create these offences, and annex penalties for their infraction, could delegate such powers to a board of

J. C. 1883 HODGE v. THE QUEEN.

commissioners or any other authority outside their own legislative body."

And, again, he adds :—

"We are thus brought in face of a very serious question, viz., the power of the Ontario legislature to vest in the License Board the power of creating new offences and annexing penalties for their commission."

And concludes his judgment thus, referring to the resolutions :—

"The legislature has not enacted any of these, but has merely authorized each board in its discretion to make them.

"It seems very difficult, in our judgment, to hold that the Confederation Act gives any such power of delegating authority, first of creating a quasi offence, and then of punishing it by fine or imprisonment.

"We think it is a power that must be exercised by the legislature alone.

"In all these questions of ultra vires the powers of our legislature, we consider it our wisest course not to widen the discussion by considerations not necessarily involved in the decision of the point in controversy.

"We, therefore, enter into no general consideration of the powers of the legislature to legislate on this subject; but, assuming this right so to do, we feel constrained to hold that they cannot devolve or delegate these powers to the discretion of a local board of commissioners.

"We think the defendant has the right to say that he has not offended against any law of the Province, and that the convictions cannot be supported."

The case was taken from the Queen's Bench on appeal to the Court of Appeal for Ontario, under the Ontario Act, 44 Vict. c. 27, and on the 30th of June, 1882, that Court reversed the decision of the Queen's Bench, and affirmed the conviction.

Two questions only appear to have been discussed in the Court of Appeal, 1st, that the legislature of Ontario had not authority

J. C. 1883 HODGE v. THE QUEEN.

to enact such regulations as were enacted by the Board of Commissioners, and to create offences and annex penalties for their infraction; and, 2nd, that if the legislature had such authority, it could not delegate it to the Board of Commissioners, or any other authority outside their own legislative body.

This second ground was that on which the judgment of the Court of Queen's Bench rested.

The judgments delivered in the Court of Appeal by Spragge, C.J., and Burton, J.A., are able and elaborate, and were adopted by Patterson and Morrisson, JJ., and their Lordships have derived considerable aid from a careful consideration of the reasons given in both Courts.

The appellant now seeks to reverse the decision of the Court of Appeal, both on the two grounds on which the case was discussed in that Court and on others technical but substantial, and which were urged before this Board with zeal and ability. The main questions arise on an Act of the legislature of Ontario, and on what have been called the resolutions of the License Commissioners.

The Act in question is chapter 181 of the Revised Statutes of Ontario, 1877, and is cited as "the Liquor License Act."

Sect. 3 of this Act provides for the appointment of a Board of License Commissioners for each city, county, union of counties, or electoral district as the Lieutenant Governor may think fit, and sects. 4 and 5 are as follows:—

"Sect. 4. License Commissioners may, at any time before the first day in each year, pass a resolution, or resolutions, for regulating and determining the matters following, that is to say:—

"(1.) For defining the conditions and qualifications requisite to obtain tavern licenses for the retail, within the municipality, of spirituous, fermented, or other manufactured liquors, and also shop licenses for the sale by retail, within the municipality, of such liquors in shops or places other than taverns, inns, ale-houses, beer-houses, or places of public entertainment.

"(2.) For limiting the number of tavern and shop licenses respectively, and for defining the respective times and

J. C. 1883 HODGE v. THE QUEEN.

localities within which, and the persons to whom, such limited number may be issued within the year from the first day of May on one year till the thirtieth day of April inclusive of the next year.

"(3.) For declaring that in cities a number not exceeding ten persons, and in towns a number not exceeding four persons, qualified to have a tavern license, may be exempted from the necessity of having all the tavern accommodation required by law.

"(4.) For regulating the taverns and shops to be licensed.

"(5.) For fixing and defining the duties, powers, and privileges of the inspector of licenses of their district.

"Sect. 5. In and by any such resolution of a Board of License Commissioners the said board may impose penalties for the infraction thereof."

Sect. 43 prohibits the sale of intoxicating liquors from or after the hour of seven of the clock on Saturday till six of the clock on Monday morning thereafter.

Sect. 51 imposes on any person who sells spirituous liquors without the license by law required, or otherwise violates any other provision of the Act, in respect of which violation no other punishment is prescribed, for the first offence a penalty of not less than twenty dollars and not more than fifty dollars, besides costs, and for the second offence imprisonment with hard labour for a period not exceeding three calendar months.

Sect. 52. For punishment of offences against sect. 43 (requiring taverns, &c., to be closed from seven o'clock on Saturday night until six o'clock on Monday morning), a penalty for the first offence of not less than twenty dollars with costs, or fifteen days imprisonment with hard labour, and with increasing penalties for second, third, and fourth offences; and sect. 70 provides that where the resolution of the License Commissioners imposes a penalty it may be recovered and enforced before a magistrate in the manner and to the extent that by-laws of municipal corporations may be enforced under the authority of the Municipal Act.

License Commissioners were duly appointed under this statute,

J. C. 1883 HODGE v. THE QUEEN.

who, on the 25th of April, 1881, in pursuance of its provisions, made the resolution or regulation now questioned in relation to licensed taverns or shops in the city of Toronto, which contains (inter alia) the following paragraphs, viz.,—

"Nor shall any such licensed person, directly or indirectly as aforesaid, permit, allow, or suffer any bowling alley, billiard or bagatelle table to be used, or any games or amusements of the like description to be played in such tavern or shop, or in or upon any premises connected therewith, during the time prohibited by the Liquor License Act, or by this resolution, for the sale of liquor therein.

"Any person or persons guilty of any infraction of any of the provisions of this resolution shall, upon conviction thereof before the police magistrate of the city of Toronto, forfeit and pay a penalty of twenty dollars and costs; and in default of payment thereof forthwith, the said police magistrate shall issue his warrant to levy the said penalty by distress and sale of the goods and chattels of the offender; and in default of sufficient distress in that behalf, the said police magistrate shall by warrant commit the offender to the common gaol of the city of Toronto, with or without hard labour, for the period of fifteen days, unless the said penalty and costs, and all costs of distress and commitment, be sooner paid."

The appellant was the holder of a retail license for his tavern, and had signed an undertaking, as follows:—

"We, the undersigned holders of licenses for taverns and shops in the city of Toronto, respectively acknowledge that we have severally and respectively received a copy of the resolution of the License Commissioners of the city of Toronto to regulate taverns and shops, passed on the 25th day of April last, hereunto annexed, upon the several dates set opposite to our respective signatures hereunder written, and we severally and respectively promise, undertake, and agree to observe and perform the conditions and provisions of such resolution.

"2nd May, Tavern. A. C. Hodge. (L.S.)"

He was also the holder of a billiard license for the city of

J. C. 1883 HODGE v. THE QUEEN.

Toronto to keep a billiard saloon with one table for the year 1881, and, under it, had a billiard table in his tavern.

He did permit this billiard table to be used as such within the period prohibited by the resolution of the License Commissioners, and it was for that infraction of their rules he was prosecuted and convicted.

The preceding statement of the facts is sufficient to enable their Lordships to determine the questions raised on the appeal.

Mr. Kerr, Q.C., and Mr. Jeune, in their full and very able argument for the appellant, informed their Lordships that the first and principal question in the cause was whether "The Liquor License Act of 1877," in its 4th and 5th sections, was ultra vires of the Ontario legislature, and properly said that it was a matter of importance as between the Dominion Parliament and the legislature of the Province.

Their Lordships do not think it necessary in the present case to lay down any general rule or rules for the construction of the British North America Act. They are impressed with the justice of an observation by Hagarty, C.J., "that in all these questions of ultra vires it is the wisest course not to widen the discussion by considerations not necessarily involved in the decision of the point in controversy." They do not forget that in a previous decision on this same statute (*Citizens Insurance Company of Canada* v. *Parsons* (1)) their Lordships recommended that, "in performing the difficult duty of determining such questions, it will be a wise course for those on whom it is thrown to decide each case which arises as best they can, without entering more largely upon the interpretation of the statute than is necessary for the decision of the particular question in hand."

The appellants contended that the legislature of Ontario had no power to pass any Act to regulate the liquor traffic; that the whole power to pass such an Act was conferred on the Dominion Parliament, and consequently taken from the provincial legislature, by sect. 91 of the British North America Act, 1867; and that it did not come within any of the classes of subjects assigned exclusively to the provincial legislatures by sect. 92. The class in sect. 91 which the Liquor License Act, 1877, was said to

(1) 7 App. Cas. 96.

J. C. 1883 HODGE v. THE QUEEN.

infringe was No. 2, "The Regulation of Trade and Commerce," and it was urged that the decision of this Board in *Russell* v. *Regina* (1) was conclusive that the whole subject of the liquor traffic was given to the Dominion Parliament, and consequently taken away from the provincial legislature. It appears to their Lordships, however, that the decision of this tribunal in that case has not the effect supposed, and that, when properly considered, it should be taken rather as an authority in support of the judgment of the Court of Appeal.

The sole question there was, whether it was competent to the Dominion Parliament, under its general powers to make laws for the peace, order, and good government of the Dominion, to pass the Canada Temperance Act, 1878, which was intended to be applicable to the several Provinces of the Dominion, or to such parts of the Provinces as should locally adopt it. It was not doubted that the Dominion Parliament had such authority, under sect. 91, unless the subject fell within some one or more of the classes of subjects, which by sect. 92 were assigned exclusively to the legislatures of the Provinces.

It was in that case contended that the subject of the Temperance Act properly belonged to No. 13 of sect 92, "Property and Civil Rights in the Province," which it was said belonged exclusively to the provincial legislature, and it was on what seems to be a misapplication of some of the reasons of this Board in observing on that contention that the appellant's counsel principally relied. These observations should be interpreted according to the subject matter to which they were intended to apply.

Their Lordships, in that case, after comparing the Temperance Act with laws relating to the sale of poisons, observe that,—

"Laws of this nature designed for the promotion of public order, safety, or morals, and which subject those who contravene them to criminal procedure and punishment, belong to the subject of public wrongs rather than to that of civil rights. They are of a nature which fall within the general authority of Parliament to make laws for the order and good government of Canada."

(1) 7 App. Cas. 829.

J. C. 1883 HODGE v. THE QUEEN.

And again :—

"What Parliament is dealing with in legislation of this kind is not a matter in relation to property and its rights, but one relating to public order and safety. That is the primary matter dealt with, and though incidentally the free use of things in which men may have property is interfered with, that incidental interference does not alter the character of the law."

And their Lordships' reasons on that part of the case are thus concluded :—

"The true nature and character of the legislation in the particular instance under discussion must always be determined, in order to ascertain the class of subject to which it really belongs. In the present case it appears to their Lordships, for the reasons already given, that the matter of the Act in question does not properly belong to the class of subjects 'Property and Civil Rights' within the meaning of sub-s. 13."

It appears to their Lordships that *Russell* v. *The Queen* (1), when properly understood, is not an authority in support of the appellant's contention, and their Lordships do not intend to vary or depart from the reasons expressed for their judgment in that case. The principle which that case and the case of the *Citizens Insurance Company* (2) illustrate is, that subjects which in one aspect and for one purpose fall within sect. 92, may in another aspect and for another purpose fall within sect. 91.

Their Lordships proceed now to consider the subject matter and legislative character of sects. 4 and 5 of "the Liquor License Act of 1877, cap 181, Revised Statutes of Ontario." That Act is so far confined in its operation to municipalities in the province of Ontario, and is entirely local in its character and operation. It authorizes the appointment of License Commissioners to act in each municipality, and empowers them to pass, under the name of resolutions, what we know as by-laws, or rules to define the conditions and qualifications requisite for obtaining tavern or shop licenses for sale by retail of spirituous liquors within the municipality; for limiting the number of licenses; for declaring

(1) 7 App. Cas. 829. (2) 7 App. Cas. 96.

that a limited number of persons qualified to have tavern licenses may be exempted from having all the tavern accommodation required by law, and for regulating licensed taverns and shops, for defining the duties and powers of license inspectors, and to impose penalties for infraction of their resolutions. These seem to be all matters of a merely local nature in the Province, and to be similar to, though not identical in all respects with, the powers then belonging to municipal institutions under the previously existing laws passed by the local parliaments.

Their Lordships consider that the powers intended to be conferred by the Act in question, when properly understood, are to make regulations in the nature of police or municipal regulations of a merely local character for the good government of taverns, &c., licensed for the sale of liquors by retail, and such as are calculated to preserve, in the municipality, peace and public decency, and repress drunkenness and disorderly and riotous conduct. As such they cannot be said to interfere with the general regulation of trade and commerce which belongs to the Dominion Parliament, and do not conflict with the provisions of the Canada Temperance Act, which does not appear to have as yet been locally adopted.

The subjects of legislation in the Ontario Act of 1877, sects. 4 and 5, seem to come within the heads Nos. 8, 15, and 16 of sect. 92 of British North America Statute, 1867.

Their Lordships are, therefore, of opinion that, in relation to sects. 4 and 5 of the Act in question, the legislature of Ontario acted within the powers conferred on it by the Imperial Act of 1867, and that in this respect there is no conflict with the powers of the Dominion Parliament.

Assuming that the local legislature had power to legislate to the full extent of the resolutions passed by the License Commissioners, and to have enforced the observance of their enactments by penalties and imprisonment with or without hard labour, it was further contended that the Imperial Parliament had conferred no authority on the local legislature to delegate those powers to the License Commissioners, or any other persons. In other words, that the power conferred by the Imperial Parliament on the local legislature should be exercised in full by that body, and

J. C. 1883 HODGE v. THE QUEEN.

by that body alone. The maxim delegatus non potest delegare was relied on.

It appears to their Lordships, however, that the objection thus raised by the appellants is founded on an entire misconception of the true character and position of the provincial legislatures. They are in no sense delegates of or acting under any mandate from the Imperial Parliament. When the British North America Act enacted that there should be a legislature for Ontario, and that its legislative assembly should have exclusive authority to make laws for the Province and for provincial purposes in relation to the matters enumerated in sect. 92, it conferred powers not in any sense to be exercised by delegation from or as agents of the Imperial Parliament, but authority as plenary and as ample within the limits prescribed by sect. 92 as the Imperial Parliament in the plenitude of its power possessed and could bestow. Within these limits of subjects and area the local legislature is supreme, and has the same authority as the Imperial Parliament, or the Parliament of the Dominion, would have had under like circumstances to confide to a municipal institution or body of its own creation authority to make by-laws or resolutions as to subjects specified in the enactment, and with the object of carrying the enactment into operation and effect.

It is obvious that such an authority is ancillary to legislation, and without it an attempt to provide for varying details and machinery to carry them out might become oppressive, or absolutely fail. The very full and very elaborate judgment of the Court of Appeal contains abundance of precedents for this legislation, entrusting a limited discretionary authority to others, and has many illustrations of its necessity and convenience. It was argued at the bar that a legislature committing important regulations to agents or delegates effaces itself. That is not so. It retains its powers intact, and can, whenever it pleases, destroy the agency it has created and set up another, or take the matter directly into his own hands. How far it shall seek the aid of subordinate agencies, and how long it shall continue them, are matters for each legislature, and not for Courts of Law, to decide.

Their Lordships do not think it necessary to pursue this subject further, save to add that, if by-laws or resolutions are

J. C. 1883

HODGE v. THE QUEEN.

warranted, power to enforce them seems necessary and equally lawful. Their Lordships have now disposed of the real questions in the cause.

Many other objections were raised on the part of the appellant as to the mode in which the License Commissioners exercised the authority conferred on them, some of which do not appear to have been raised in the Court below, and others were disposed of in the course of the argument, their Lordships being clearly of opinion that the resolutions were merely in the nature of municipal or police regulations in relation to licensed houses, and interfering with liberty of action to the extent only that was necessary to prevent disorder and the abuses of liquor licenses. But it was contended that the provincial legislature had no power to impose imprisonment or hard labour for breach of newly created rules or by-laws, and could confer no authority to do so. The argument was principally directed against hard labour. It is not unworthy of observation that this point, as to the power to impose hard labour, was not raised on the rule nisi for the certiorari, nor is it to be found amongst the reasons against the appeal to the Appellate Court in Ontario.

It seems to have been either overlooked or advisedly omitted.

If, as their Lordships have decided, the subjects of legislation come within the powers of the provincial legislature, then No. 15 of sect. 92 of the British North America Act, which provides for "the imposition of punishment by fine, penalty, or imprisonment, for enforcing any law of the Province made in relation to any matter coming within any of the classes of subjects enumerated in this section," is applicable to the case before us, and is not in conflict with No. 27 of sect. 91; under these very general terms, "the imposition of punishment by imprisonment for enforcing any law," it seems to their Lordships that there is imported an authority to add to the confinement or restraint in prison that which is generally incident to it,—"hard labour;" in other words, that "imprisonment" there means restraint by confinement in a prison, with or without its usual accompaniment, "hard labour."

The provincial legislature having thus the authority to impose imprisonment, with or without hard labour, had also power to

J. C. 1883 HODGE v. THE QUEEN.

delegate similar authority to the municipal body which it created, called the License Commissioners.

It is said, however, that the legislature did not delegate such powers to the License Commissioners, and that therefore the resolution imposing hard labour is void for excess. It seems to their Lordships that this objection is not well founded.

In the first place, by sect. 5 of the Liquor License Act, the Commissioners may impose penalties. Whether the word "penalty" is well adapted to include imprisonment may be questioned, but in this Act it is so used, for sect. 52 imposes on offenders against the provisions of sect. 43 a penalty of twenty dollars or fifteen days' imprisonment, and for a fourth offence a penalty of imprisonment with hard labour only. "Penalty" here seems to be used in its wider sense as equivalent to punishment. It is observable that in sect. 59, where recovery of penalties is dealt with, the Act speaks of "penalties in money." But, supposing that the "penalty" is to be confined to pecuniary penalties, those penalties may, by sect. 70, be recovered and enforced in the manner, and to the extent, that by-laws of municipal councils may be enforced under the authority of the Municipal Act. The word "recover" is an apt word for pecuniary remedies, and the word "enforce" for remedies against the person.

Turning to the Municipal Act, we find that, by sect. 454, municipal councils may pass by-laws for inflicting reasonable fines and penalties for the breach of any by-laws, and for inflicting reasonable punishment by imprisonment, with or without hard labour, for the breach of any by-laws in case the fine cannot be recovered. By sects. 400 to 402 it is provided that fines and penalties may be recovered and enforced by summary conviction before a justice of the peace, and that, where the prosecution is for an offence against a municipal by-law, the justice may award the whole or such part of the penalty or punishment imposed by the by-law as he thinks fit; and that, if there is no distress found out of which a pecuniary penalty can be levied, the justice may commit the offender to prison for the term, or some part thereof, specified in the by-law. If these by-laws are to be enforced at all by fine or imprisonment, it is

necessary that they should specify some amount of fine and some term of imprisonment.

The Liquor License Act then gives to the Commissioners either power to impose a penalty against the person directly, or power to impose a money penalty, which, when imposed, may be enforced according to sects. 454 and 400–2 of the Municipal Act. In either case, the Municipal Act must be read to find the manner of enforcing the penalty, and the extent to which it may be enforced. The most reasonable way of construing statutes so framed is to read into the later one the passages of the former which are referred to. So reading these two statutes, the Commissioners have the same power of enforcing the penalties they impose as the Councils have of enforcing their by-laws, whether they can impose penalties against the person directly, or only indirectly as the means of enforcing money penalties. In either case, their resolution must, in order to give the magistrate jurisdiction, specify the amount of punishment. In either case, their resolution now under discussion is altogether within the powers conferred upon them.

Their Lordships do not think it necessary or useful to advert to some minor points of discussion, and are, on the whole, of opinion that the decision of the Court of Appeal of Ontario should be affirmed, and this appeal dismissed, with costs, and will so humbly advise Her Majesty.

Solicitors for appellant: *Bompas, Bischoff, & Dodgson.*
Solicitors for respondent: *Freshfields & Williams.*

Onglet 37

[PRIVY COUNCIL.]

THE LIQUIDATORS OF THE MARITIME BANK OF CANADA . . . . . } APPELLANTS;

AND

THE RECEIVER-GENERAL OF NEW BRUNSWICK . . . . . } RESPONDENT.

J. C.* 1892 May 11, 12. July 2.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF CANADA.

British North America Act, 1867—*Relations between Crown and Provinces—Winding-up of Bank—Priority of Provincial Government over other Simple Contract Creditors—Prerogative of the Crown.*

The British North America Act, 1867, has not severed the connection between the Crown and the provinces; the relation between them is the same as that which subsists between the Crown and the Dominion in respect of the powers executive and legislative, public property and revenues, as are vested in them respectively. In particular, all property and revenues reserved to the provinces by sects. 109 and 126 are vested in Her Majesty as sovereign head of each province.

Held, affirming a judgment of the Supreme Court of Canada, that the provincial government of New Brunswick, being a simple contract creditor of the Maritime Bank of the Dominion of Canada in respect of public moneys of the province deposited in the name of the Receiver-General of the province, is entitled to payment in full over the other depositors and simple contract creditors of the bank, its claim being for a Crown debt to which the prerogative attaches.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Canada (Dec. 14, 1889), affirming a judgment of the Supreme Court of New Brunswick (Oct. 19, 1888) upon a special case submitted.

Two questions were raised by the case, the material facts in which are stated in the judgment of their Lordships: first, was the provincial government entitled to payment in full by preference over the noteholders of the bank; second, if not, was the provincial government entitled to payment in full over the other depositors and simple contract creditors of the bank.

The first Court answered both questions in favour of the

* *Present:*—LORD WATSON, LORD HOBHOUSE, LORD MACNAGHTEN, LORD MORRIS, SIR RICHARD COUCH, and LORD SHAND.

J. C. 1892

LIQUIDATORS OF THE MARITIME BANK OF CANADA v. RECEIVER-GENERAL OF NEW BRUNSWICK.

provincial government. The second Court decided the first question by a majority in favour of the appellants, by reason of the provisions of the 79th section of the Bank Act (Revised Statutes of Canada, c. 120). It decided the second question in favour of the respondent, holding in effect that the prerogative rights of the Crown could be invoked and exercised by and on behalf of the provincial government, which was, therefore, entitled to the priority claimed.

The Attorney-General (Sir *R. Webster*), *Stockton*, Q.C. (of the New Brunswick bar), and *R. Brown*, for the appellants:—

The prerogative rights of the Crown cannot be invoked and exercised by the provincial government, as distinguished from the Dominion Government. There is no section in the British North America Act of 1867 which gives this Crown right to the province. Accordingly, if the province possesses that right it must be on the general principle that the Lieutenant-Governor is entitled to exercise the prerogative of the Crown. But the effect of the Act of 1867 is that the Dominion Government represents the four provinces existing at the time of the Union and other provinces which were thereafter to be constituted; and, consequently, the direct connection between the Crown and the provinces has ceased. The Governor-General of Canada is the real representative of the Crown as the Dominion is at present constituted; and the Lieutenant-Governor of each province is not. Certain portions of prerogative are given to the Lieutenant-Governors, and that is inconsistent with their representing the Crown entirely. Otherwise, if the Dominion and the provinces both possess full prerogative rights you might have the Crown as representing the one contending with the Crown as representing the other. The judgment of Gwynne, J., in the Supreme Court was read and the reasoning therein contained adopted, it being suggested that sect. 92 of the Act should have been more emphatically relied on. Reference was also made to *Reg.* v. *Bank of Nova Scotia* (1); *Exchange Bank of Canada* v. *The Queen* (2); *Mercer* v. *Attorney-General of Ontario* (3); *St. Cathe-*

(1) 11 Sup. Ct. Rep. 1.
(2) 11 App. Cas. 157.
(3) 5 Sup. Ct. Rep. 538; S. C. 8 App. Cas. 767.

rine's Milling and Lumber Company v. *The Queen*. (1) If the province as constituted under the Act of 1867 possesses all the rights which existed in the government of the colony before the Act, it is admitted that then it would have the same right of priority as the government had before the Act. But if the scheme of that Act was, as contended by the appellants, to establish a local executive and legislature under a lieutenant-governor who is appointed by the Governor-General, and not by the Queen, with functions different from the old government and legislature, and with powers limited and defined by statute and municipal in their general character, there is no reason why they should possess all the privileges and prerogatives as claimed, to be exercised concurrently, and sometimes it may be in conflict with, the government of the Dominion.

Sir *H. Davey*, Q.C., *Blair*, Q.C. (*Attorney-General for New Brunswick*), and *Ingle Joyce*, for the respondent :—

Sect. 64 of the British North America Act of 1867 enacts that "the constitution of the executive authority in each of the provinces of Nova Scotia and New Brunswick shall, subject to the provisions of this Act, continue as it existed at the Union until altered under the authority of this Act." Before the Act of 1867 each provincial government exercised the prerogatives of the Crown. They are reserved to them by the Act. Sects. 64 and 65 read together mean that the powers and authorities vested in and exercised by the provincial government at the time of the Union should continue. These powers cannot be cut down except by express enactment, and there is nothing either in the Act of 1867 or in any subsequent Act which abolishes or alters them. According to the true effect of that Act the provincial governments and legislatures are within their respective spheres supreme. They are not made in any way subordinate to the legislature and government of the Dominion. The intention was that the Dominion and the provinces should have co-ordinate authority within their respective spheres, all subject to the control of the Imperial Parliament. Sect. 72 provides that Lieutenant-Governors should appoint their councils in the

(1) 14 App. Cas. 46.

J. C. 1892

LIQUIDATORS OF THE MARITIME BANK OF CANADA v. RECEIVER-GENERAL OF NEW BRUNSWICK.

Queen's name, and fill up vacancies therein in the same way (sect. 75). Further, the provincial legislatures are summoned in the name of the Queen (sect. 82). Reference was also made to sects. 3 and 5 and to 109 and 126 of the Act of 1867; to *Hodge* v. *The Queen* (1); *Powell* v. *Apollo Candle Company* (2); *Théberge* v. *Laudry*. (3)

Stockton, Q.C., replied.

1892. July 2. The judgment of their Lordships was delivered by

LORD WATSON:—

This appeal is brought by special leave in a suit which followed upon a case submitted for the opinion of the Supreme Court of the province of New Brunswick, by the appellants, the liquidators of the Maritime Bank of the Dominion of Canada, in the interest of unsecured creditors of the bank, on the one side, and by the Receiver-General of the Province, claiming to represent Her Majesty, on the other. The only facts which it is necessary to refer to are these: that the bank carried on its business in the city of St. John, New Brunswick; and that, at the time when it stopped payment in March, 1887, the provincial government was a simple contract creditor for a sum of $35,000, being public moneys of the province deposited in the name of the Receiver-General. The case, as originally framed, presented two questions for the decision of the Court; but, owing to the condition of the bank's assets, the first of these has ceased to be of practical importance, and it is only necessary to consider the second, which is in these terms: "Is the provincial government entitled to payment in full over the other depositors and simple contract creditors of the bank?"

The Supreme Court of New Brunswick unanimously, and, on appeal, the Supreme Court of Canada with a single dissentient voice, have held that the claim of the provincial government is for a Crown debt to which the prerogative attaches, and therefore answered the question in the affirmative.

(1) 9 App. Cas. 117. (2) 10 App. Cas. 282.
(3) 2 App. Cas. 102.

J. C. 1892

LIQUIDATORS OF THE MARITIME BANK OF CANADA v. RECEIVER-GENERAL OF NEW BRUNSWICK.

The Supreme Court of Canada had previously ruled, in *Reg.* v. *Bank of Nova Scotia* (1), that the Crown, as a simple contract creditor for public moneys of the Dominion deposited with a provincial bank, is entitled to priority over others creditors of equal degree. The decision appears to their Lordships to be in strict accordance with constitutional law. The property and revenues of the Dominion are vested in the Sovereign, subject to the disposal and appropriation of the legislature of Canada; and the prerogative of the Queen, when it has not been expressly limited by local law or statute, is as extensive in Her Majesty's colonial possessions as in Great Britain. In *Exchange Bank of Canada* v. *The Queen* (2), this Board disposed of the appeal on that footing, although their Lordships reversed the judgment of the Court below, and negatived the preference claimed by the Dominion Government upon the ground that, by the law of the province of Quebec, the prerogative was limited to the case of the common debtor being an officer liable to account to the Crown for public moneys collected or held by him. The appellants did not impeach the authority of these cases, and they also conceded that, until the passing of the British North America Act, 1867, there was precisely the same relation between the Crown and the province which now subsists between the Crown and the Dominion. But they maintained that the effect of the statute has been to sever all connection between the Crown and the provinces; to make the government of the Dominion the only government of Her Majesty in North America; and to reduce the provinces to the rank of independent municipal institutions. For these propositions, which contain the sum and substance of the arguments addressed to them in support of this appeal, their Lordships have been unable to find either principle or authority.

Their Lordships do not think it necessary to examine, in minute detail, the provisions of the Act of 1867, which nowhere profess to curtail in any respect the rights and privileges of the Crown, or to disturb the relations then subsisting between the Sovereign and the provinces. The object of the Act was neither to weld the provinces into one, nor to subordinate provincial governments to a central authority, but to create a federal

(1) 11 Sup. Ct. Rep. 1.

(2) 11 App. Cas. 157.

J. C. 1892

LIQUIDATORS OF THE MARITIME BANK OF CANADA v. RECEIVER-GENERAL OF NEW BRUNSWICK.

government in which they should all be represented, entrusted with the exclusive administration of affairs in which they had a common interest, each province retaining its independence and autonomy. That object was accomplished by distributing, between the Dominion and the provinces, all powers executive and legislative, and all public property and revenues which had previously belonged to the provinces; so that the Dominion Government should be vested with such of these powers, property, and revenues as were necessary for the due performance of its constitutional functions, and that the remainder should be retained by the provinces for the purposes of provincial government. But, in so far as regards those matters which, by sect. 92, are specially reserved for provincial legislation, the legislation of each province continues to be free from the control of the Dominion, and as supreme as it was before the passing of the Act. In *Hodge* v. *The Queen* (1), Lord Fitzgerald, delivering the opinion of this Board, said: "When the British North America Act enacted that there should be a legislature for Ontario, and that its legislative assembly should have exclusive authority to make laws for the province and for provincial purposes in relation to the matters enumerated in sect. 92, it conferred powers not in any sense to be exercised by delegation from or as agents of the Imperial Parliament, but authority as plenary and as ample within the limits prescribed by sect. 92 as the Imperial Parliament in the plenitude of its power possessed and could bestow. Within these limits of subject and area, the local legislature is supreme, and has the same authority as the Imperial Parliament, or the Parliament of the Dominion." The Act places the constitutions of all provinces within the Dominion on the same level; and what is true with respect to the legislature of Ontario has equal application to the legislature of New Brunswick.

It is clear, therefore, that the provincial legislature of New Brunswick does not occupy the subordinate position which was ascribed to it in the argument of the appellants. It derives no authority from the Government of Canada, and its status is in no way analogous to that of a municipal institution, which is an authority constituted for purposes of local administration. It

(1) 9 App. Cas. 117.

possesses powers, not of administration merely, but of legislation, in the strictest sense of that word; and, within the limits assigned by sect. 92 of the Act of 1867, these powers are exclusive and supreme. It would require very express language, such as is not to be found in the Act of 1867, to warrant the inference that the Imperial Legislature meant to vest in the provinces of Canada the right of exercising supreme legislative powers in which the British Sovereign was to have no share.

In asking their Lordships to draw that inference from the terms of the statute, the appellants mainly, if not wholly, relied upon the fact that, whereas the Governor-General of Canada is directly appointed by the Queen, the Lieutenant-Governor of a province is appointed, not by Her Majesty, but by the Governor-General, who has also the power of dismissal. If the Act had not committed to the Governor-General the power of appointing and removing Lieutenant-Governors, there would have been no room for the argument, which, if pushed to its logical conclusion, would prove that the Governor-General, and not the Queen, whose Viceroy he is, became the sovereign authority of the province whenever the Act of 1867 came into operation. But the argument ignores the fact that, by sect. 58, the appointment of a provincial governor is made by the "Governor-General in Council by Instrument under the Great Seal of Canada," or, in other words, by the Executive Government of the Dominion, which is, by sect. 9, expressly declared "to continue and be vested in the Queen." There is no constitutional anomaly in an executive officer of the Crown receiving his appointment at the hands of a governing body who have no powers and no functions except as representatives of the Crown. The act of the Governor-General and his Council in making the appointment is, within the meaning of the statute, the act of the Crown; and a Lieutenant-Governor, when appointed, is as much the representative of Her Majesty for all purposes of provincial government as the Governor-General himself is for all purposes of Dominion government.

The point raised in this appeal, as to the vesting or non-vesting of the public property and revenues of each province in the Sovereign as supreme head of the State, appears to their Lordships to be practically settled by previous decisions of this Board.

J. C. 1892

LIQUIDATORS OF THE MARITIME BANK OF CANADA v. RECEIVER-GENERAL OF NEW BRUNSWICK.

The whole revenues reserved to the provinces for the purposes of provincial government are specified in sects. 109 and 126 of the Act. The first of these clauses deals with "all lands, mines, minerals, and royalties belonging to the several Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick at the Union," which it declares "shall belong to the several Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick, in which the same are situate or arise." If the Act had operated such a severance between the Crown and the provinces, as the appellants suggest, the declaration that these territorial revenues should "belong" to the provinces would hardly have been consistent with their remaining vested in the Crown. Yet, in *Attorney-General of Ontario* v. *Mercer* (1); *St. Catherine's Milling and Lumber Company* v. *The Queen* (2); and *Attorney-General of British Columbia* v. *Attorney-General of Canada* (3), their Lordships expressly held that all the subjects described in sect. 109, and all revenues derived from these subjects, continued to be vested in Her Majesty as the sovereign head of each province. Sect. 126, which embraces provincial revenues other than those arising from territorial sources, and includes all duties and revenues raised by the provinces in accordance with the provisions of the Act, is expressed in language which favours the right of the Crown, because it describes the interest of the provinces as a right of appropriation to the public service. And, seeing that the successive decisions of this Board, in the case of territorial revenues, are based upon the general recognition of Her Majesty's continued sovereignty under the Act of 1867, it appears to their Lordships that, so far as regards vesting in the Crown, the same consequences must follow in the case of provincial revenues which are not territorial.

Being of opinion that the decisions of both Courts below were sound, and agreeing with the reasons assigned by the learned judges, their Lordships will humbly advise Her Majesty to affirm the judgment appealed from, and to dismiss the appeal. The appellants must pay to the respondent his costs of this appeal.

Solicitors for appellants: *Linklater & Co.*

Solicitors for respondent: *Field, Roscoe, & Co.*

(1) 8 App. Cas. 767. (2) 14 App. Cas. 46. (3) 14 App. Cas. 295.

Onglet 38

[PRIVY COUNCIL.]

J. C.* 1895 Aug. 1, 2, 6, 7. 1896 May 9.

ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO APPELLANT;

AND

ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION, AND THE DISTILLERS AND BREWERS' ASSOCIATION OF ONTARIO . . . . . RESPONDENTS.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF CANADA.

British North America Act, ss. 91, 92—*Distribution of Legislative Powers—Liquor Laws—Power of Prohibition—Canada Temperance Act*, 1886—*Ontario Act* (53 *Vict.* c. 56), s. 18.

The general power of legislation conferred upon the Dominion Parliament by s. 91 of the British North America Act, 1867, in supplement of its therein enumerated powers, must be strictly confined to such matters as are unquestionably of national interest and importance; and must not trench on any of the subjects enumerated in s. 92 as within the scope of provincial legislation, unless they have attained such dimensions as to affect the body politic of the Dominion.

Dominion enactments, when competent, override but cannot directly repeal provincial legislation. Whether they have in a particular instance effected virtual repeal by repugnancy is a question for adjudication by the tribunals, and cannot be determined by either the Dominion or provincial legislature.

Accordingly the Canada Temperance Act, 1886, so far as it purported to repeal the prohibitory clauses of the old provincial Act of 1864 (27 & 28 Vict. c. 18) was ultra vires the Dominion. Its own prohibitory provisions are, however, valid when duly brought into operation in any provincial area, as relating to the peace, order, and good government of Canada;

Russell v. *Reg.* (7 App. Cas. 829) followed;

but not as regulating trade and commerce within s. 91, sub-s. 2, of the Act of 1867;

Citizens' Insurance Co. v. *Parsons* (7 App. Cas. 98) distinguished and *Municipal Corporation of Toronto* v. *Virgo* (ante, p. 93) followed.

Held, also, that the local liquor prohibitions authorized by the Ontario

* *Present:* LORD HALSBURY L.C., LORD HERSCHELL, LORD WATSON, LORD DAVEY, and SIR RICHARD COUCH.

Act (53 Vict. c. 56), s. 18, are within the powers of the provincial legislature. But they are inoperative in any locality which adopts the provisions of the Dominion Act of 1886.

APPEAL by special leave from a judgment of the Supreme Court (Jan. 15, 1895) consisting of Strong C.J., Fournier, Gwynne, Sedgwick, and King JJ. Under the Supreme and Exchequer Courts Act (Revised Stat. Can. c. 135), as amended by Dominion Act (54 & 55 Vict. c. 25), s. 4, the Governor-General of Canada, by Order in Council (Oct. 26, 1893), submitted to the Supreme Court of Canada the following questions :—

(1.) Has a provincial legislature jurisdiction to prohibit the sale within the province of spirituous, fermented, or other intoxicating liquors?

(2.) Or has the legislature such jurisdiction regarding such portions of the province as to which the Canada Temperance Act is not in operation?

(3.) Has a provincial legislature jurisdiction to prohibit the manufacture of such liquors within the province?

(4.) Has a provincial legislature jurisdiction to prohibit the importation of such liquors into the province?

(5.) If a provincial legislature has not jurisdiction to prohibit sales of such liquors, irrespective of quantity, has such legislature jurisdiction to prohibit the sale by retail, according to the definition of a sale by retail either in statutes in force in the province at the time of confederation, or any other definition thereof?

(6.) If a provincial legislature has a limited jurisdiction only as regards the prohibition of sales, has the legislature jurisdiction to prohibit sales subject to the limits provided by the several sub-sections of the 99th section of the Canada Temperance Act, or any of them (Revised Statutes of Canada, 49 Vict. c. 106, s. 99)?

(7.) Has the Ontario Legislature jurisdiction to enact s. 18 of Ontario Act, 53 Vict. c. 56, intituled "An Act to improve the Liquor Licence Acts," as said section is explained by Ontario Act, 54 Vict. c. 46, intituled "An Act respecting local option in the matter of liquor selling"?

J. C. 1896 ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

Sect. 18, referred to in the last of the said questions, is as follows :—

"18. Whereas the following provision of this section was at the date of confederation in force as a part of the Consolidated Municipal Act (29th and 30th Victoria, chapter 51, section 249, sub-section 9), and was afterwards re-enacted as sub-section 7 of section 6 of 32nd Victoria, chapter 32, being the Tavern and Shop Licence Act of 1868, but was afterwards omitted in subsequent consolidations of the Municipal and the Liquor Licence Acts, similar provisions as to local prohibition being contained in the Temperance Act of 1864, 27th and 28th Victoria, chapter 18 ; and the said last-mentioned Act having been repealed in municipalities where not in force by the Canada Temperance Act, it is expedient that municipalities should have the powers by them formerly possessed ; it is hereby enacted as follows :—

"The council of every township, city, town, and incorporated village may pass by-laws for prohibiting the sale by retail of spirituous, fermented, or other manufactured liquors in any tavern, inn, or other house or place of public entertainment, and for prohibiting altogether the sale thereof in shops and places other than houses of public entertainment. Provided that the by-law before the final passing thereof has been duly approved of by the electors of the municipality in the manner provided by the sections in that behalf of the Municipal Act. Provided further that nothing in this section contained shall be construed into an exercise of jurisdiction by the Legislature of the province of Ontario beyond the revival of provisions of law which were in force at the date of the passing of the British North America Act, and which the subsequent legislation of this province purported to repeal."

Act 54 Vict. c. 46, referred to above, declares that s. 18 was not intended to affect the provisions of s. 252 of the Consolidated Municipal Act, being Canada Act, 29 & 30 Vict. c. 51.

A majority of the Supreme Court, after hearing counsel for the Dominion, the provinces of Ontario, Quebec, and Manitoba, and also, under s. 37, sub-s. 4, of the Supreme and Exchequer Courts Act for the Distillers and Brewers' Association of Ontario,

J. C. 1896

ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

answered all the questions in the negative. Strong C.J. and Fournier J., while agreeing in a negative answer to questions 3 and 4, answered the remainder in the affirmative.

The case in the Court below is reported in 24 Sup. Ct. Can. Reports, p. 170.

Maclaren, Q.C. (of the Colonial Bar), and *Haldane, Q.C.*, for the appellant.

Newcombe, Q.C. (of the Colonial Bar), and *Lochnis*, for the Attorney-General for the Dominion.

Blake, Q.C., and *Wallace Nesbitt* (both of the Colonial Bar), for the Distillers and Brewers' Association.

Maclaren, Q.C., and *Haldane, Q.C.*, contended that s. 18 of the Ontario Act of 1890 was authorized as relating to a subject comprised within the term "municipal institutions" in s. 92, sub-s. 8, of the British North America Act, 1867. *Citizens' Insurance Co.* v. *Parsons* (1) lays down the rule that provincial legislation is valid if it relates to the enumerated subjects in s. 92, and is not overriden by the enumerated subjects in s. 91. It was admitted that a provincial legislature could not give to a municipality control over any of the subjects mentioned in s. 91. But a power to create municipal institutions must involve a power to give them such powers as usually belong to such bodies. In Canadian legislation, prior to the Imperial Act of 1867, municipal institutions included a large number of subjects not specifically enumerated in s. 92. The expression had acquired a well-defined legislative meaning, and the term was used in s. 92 in the sense so acquired. The Act of 1867 was founded on the Quebec resolutions, and expressions which came textually therefrom should be interpreted by the light of Canadian legislation.

[THE LORD CHANCELLOR. Then how do you define that technical meaning?]

It meant the conferring on them such powers as under Canadian legislation had been understood to belong to them; except such as were assigned to the Dominion under s. 91.

[LORD HERSCHELL. Canadian legislation varied. Municipal

(1) 7 App. Cas. 96.

J. C. 1896 — ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

institutions had different powers in Canada from what they had in Nova Scotia and New Brunswick.]

Reference was made to *Hodge* v. *Reg.* (1) and *Russell* v. *Reg.* (2), and to a series of Canadian statutes passed before 1867, being, as respects those relating to Upper Canada, 12 Vict. c. 81; 16 Vict. c. 184; 22 Vict. c. 99, s. 245; Cons. Stat. Upper Canada of 1859, c. 54, s. 246; 29 & 30 Vict. c. 51; and as relating to Lower Canada—16 Vict. c. 214; 18 Vict. c. 100, s. 23; 19 & 20 Vict. c. 101, ss. 8, 11; 20 Vict. c. 129, s. 37; Cons. Stat. L. C. 1861, c. 24, s. 26, sub-ss. 10, 15, and s. 27, sub-s. 16. Reference was also made to 27 & 28 Vict. c. 18; 29 & 30 Vict. c. 32; Revised Stat. Nova Scotia, c. 75; Public Stat. of New Brunswick (1854), c. 15. The expression has also been interpreted in decided cases: see *Slavin* v. *Corporation of Orillia* (3); *Reg.* v. *Taylor* (4); *Keefe* v. *McLennan* (5); *In re Local Option Act* (6); *Corporation of Huntingdon* v. *Moir* (7); *Lepine* v. *Laurent* (8); *Huson* v. *S. Norwich*. (9) Sub-sects. 9, 13, and 16 of s. 92 were also relied on. It was further contended that the Act in question was valid unless and until the Dominion Parliament should legislate in a manner which would override its provisions. It does not conflict with Canada Temperance Act, 1878, for it could only apply to places where that Act has not been put in force. Reference was made to *L'Union St. Jaques de Montréal* v. *Bélisle* (10); *Attorney-General of Ontario* v. *Attorney-General for Canada* (11); *Bank of Toronto* v. *Lambe*. (12) The general result of the authorities is that the words "regulation of trade and commerce" in s. 91 mean general regulation in a broad sense; not of such specific matters as are involved in the Act in question, nor of any minute details, nor any regulation of matters of a merely local nature or private or peculiar to any particular trade.

(1) 9 App. Cas. 117.
(2) 7 App. Cas. 829.
(3) 36 U. C. Q. B. 159; S.C. 1 Cart. 688.
(4) 36 U. C. Q. B. 183.
(5) 2 Cart. 400, 409.
(6) 18 Ont. App. R. 572.
(7) 7 Montreal L. R. Q. B. 281.
(8) 14 Legal News, 369.
(9) 24 Sup. Ct. Can. Rep. 145.
(10) L. R. 6 P. C. 31.
(11) [1894] A. C. 189.
(12) 12 App. Cas. 575.

J. C. 1896 ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

Newcombe, Q.C., contended that a provincial legislature has no authority to prohibit the sale, manufacture, or importation of spirituous, fermented, or other intoxicating liquors. Further, that it has no authority to prohibit the sale of such liquors either by wholesale or retail, or subject to the exemptions established by the Canada Temperance Act, s. 99. The subject of this reference is prohibition. *Russell* v. *Reg.* (1) ruled that prohibition as dealt with by the Canada Temperance Act was excluded from provincial authority.

[LORD HERSCHELL. No; not while the provincial legislature deals with the matter locally.]

Prohibition of the liquor traffic does not fall within any of the subjects enumerated in s. 92. The exclusive power with regard to municipal institutions only enables the legislatures to establish regulations for carrying on such institutions. Any authority which the legislatures can confer upon them must be derived from or have relation to the other subjects enumerated in s. 92, none of which include a power to prohibit. They can prescribe the mode in which the traffic may be carried on, but they cannot prohibit it. Sub-sect. 16, s. 92, relates to "local or private" matters, not provincial. On the other hand, prohibition strictly relates to matters within the exclusive power of the Dominion Parliament. It affects the peace, order, and good government of Canada in relation to matters not coming within those assigned by s. 92 to the provinces. To the Dominion is assigned authority to regulate trade and commerce. See *City of Fredericton* v. *Reg.* (2), *Russell* v. *Reg.* (1), and *Tennant* v. *Union Bank.* (3) It was contended that whether or not regulation involves prohibition, if the provinces may prohibit, the Dominion has nothing left to regulate. The provincial power of regulating a particular trade recognised in *Hodge* v. *Reg.* (4) must not be pushed so as to conflict with Dominion legislation; for wherever the two legislatures conflict that of the Dominion must be paramount. Here the field of legislation, that is with regard to the prohibition of the liquor traffic, is already occupied by the Canada Temperance

(1) 7 App. Cas. 829.
(2) 3 Sup. Ct. Can. 505.
(3) [1894] A. C. 45.
(4) 9 App. Cas. 117.

J. C. 1896

ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

Act, and there is therefore no room for a provincial law, for the interference of the province would interfere with the legislation of the Dominion.

[LORD WATSON. Where the Temperance Act is not adopted, there is no law as yet applicable, and there the field is not covered.]

The legislation exists which at any moment the community may bring into force.

Blake, Q.C., contended that the provinces have no legislative authority except in the subjects enumerated in s. 92, according to the true construction of the British North America Act as ascertained by the Privy Council. On any matter so enumerated the provinces have no authority in any case wherein, or to any extent whereby, the exercise of such authority would interfere with the exercise by the Dominion of any authority comprised within any of the sub-sections of s. 91. Again, the subject of the prohibition of retail selling of intoxicating liquors is not comprised within s. 92 according to the same authoritative construction; and it follows that a fortiori the prohibition of wholesale selling, or manufacturing or importing, is not so comprised. Then it is settled that each of these subjects, being without the scope of s. 92, is within the general authority of the Dominion conferred by s. 91 for peace, order, and good government. The regulation of trade and commerce is placed by s. 91 under the exclusive authority of the Dominion, the object being to place the trade of the various provinces under the general control of the central authority, and thus effect uniformity as far as possible, and also enable the Dominion to obtain by an indirect system of taxation the amounts necessary to enable it to discharge the national obligations. The customs and excise duties on liquor are a substantial and necessary part of the fiscal resources of the Dominion, and it was not intended that those resources should be curtailed or abolished by the provincial legislatures throughout their jurisdiction. Exclusive authority over the liquor trade in its trade and revenue aspects means an authority to prevent any rival control over them which might impede the purposes for which such exclusive authority was granted. Besides, there is a broad distinction between an

J. C.
1896
ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

authority to prohibit a trade and an authority to regulate it, and even if, according to the appellant's argument, the provincial legislature could, under the sub-section relating to municipal institutions, regulate it, the power to prohibit nevertheless exclusively belongs to the Dominion. Sect. 18 of the Ontario Act purports to deal with a subject which comes under s. 91, sub-s. 2. It conflicts with the Canada Temperance Act, which covers the whole field of legislation, and therefore with the paramount authority of the Dominion, and, moreover, cannot be validated as a revival of pre-confederation law. Before confederation each province had full legislative authority, and one of them tried the experiment of entrusting municipalities with prohibitive power. But neither in the practice of the four provinces, nor in the nature of the subject, nor in the methods of the United Kingdom, is there any established meaning attached to the phrase "municipal institutions" which includes the subject of s. 18. Reference was made to *Reg.* v. *Justices of Kings* (1) and *Severn* v. *Reg.* (2), and to the cases cited by the appellant.

Maclaren, Q.C., replied.

1896
May 9.

The judgment of their Lordships was delivered by

LORD WATSON. Their Lordships think it expedient to deal, in the first instance, with the seventh question, because it raises a practical issue, to which the able arguments of counsel on both sides of the Bar were chiefly directed, and also because it involves considerations which have a material bearing upon the answers to be given to the other six questions submitted in this appeal. In order to appreciate the merits of the controversy, it is necessary to refer to certain laws for the restriction or suppression of the liquor traffic which were passed by the Legislature of the old province of Canada before the Union, or have since been enacted by the Parliament of the Dominion, and by the Legislature of Ontario respectively.

At the time when the British North America Act of 1867 came into operation, the statute book of the old province contained two sets of enactments applicable to Upper Canada,

(1) 2 Pugs. 535. (2) 2 Sup. Ct. Can. 70.

J. C. 1896

ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

which, though differing in expression, were in substance very similar.

The most recent of these enactments were embodied in the Temperance Act, 1864 (27 & 28 Vict. c. 18), which conferred upon the municipal council of every county, town, township, or incorporated village, "besides the powers at present conferred on it by law," power at any time to pass a by-law prohibiting the sale of intoxicating liquors, and the issue of licences therefor, within the limits of the municipality. Such by-law was not to take effect until submitted to and approved by a majority of the qualified electors; and provision was made for its subsequent repeal in deference to an adverse vote of the electors.

The previous enactments relating to the same subject, which were in force at the time of the Union, were contained in the Consolidated Municipal Act, 29 & 30 Vict. c. 51. They empowered the council of every township, town, and incorporated village, and the commissioners of police in cities, to make by-laws for prohibiting the sale by retail of spirituous, fermented, or other manufactured liquors in any inn or other house of public entertainment; and for prohibiting totally the sale thereof in shops and places other than houses of public entertainment; provided the by-law, before the final passing thereof, had been duly approved by the electors of the municipality in the manner prescribed by the Act. After the Union, the Legislature of Ontario inserted these enactments in the Tavern and Shop Licence Act, 32 Vict. c. 32. They were purposely omitted from subsequent consolidations of the Municipal and Liquor Licence Acts; and, in the year 1886, when the Canada Temperance Act was passed by the Parliament of Canada, there was no provincial law authorizing the prohibition of liquor sales in Ontario save the Temperance Act, 1864.

The Canada Temperance Act of 1886 (Revised Statutes of Canada, 49 Vict. c. 106) is applicable to all the provinces of the Dominion. Its general scheme is to give to the electors of every county or city the option of adopting, or declining to adopt, the provisions of the second part of the Act, which make it unlawful for any person "by himself, his clerk, servant or

J. C. 1896

ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

agent, to expose or keep for sale, or directly or indirectly, on any pretence or upon any device, to sell or barter, or in consideration of the purchase of any other property, give to any other person any intoxicating liquor." It expressly declares that no violation of these enactments shall be made lawful by reason of any licence of any description whatsoever. Certain relaxations are made in the case of sales of liquor for sacramental or medicinal purposes, or for exclusive use in some art, trade, or manufacture. The prohibition does not extend to manufacturers, importers, or wholesale traders who sell liquors in quantities above a specified limit, when they have good reason to believe that the purchasers will forthwith carry their purchase beyond the limits of the county or city, or of any adjoining county or city in which the provisions of the Act are in force.

For the purpose of bringing the second part of the Act into operation an order of the Governor-General of Canada in Council is required. The order must be made on the petition of a county or city, which cannot be granted until it has been put to the vote of the electors of such county or city. When a majority of the votes polled are adverse to the petition, it must be dismissed; and no similar application can be made within the period of three years from the day on which the poll was taken. When the vote is in favour of the petition, and is followed by an Order in Council, one-fourth of the qualified electors of the county or city may apply to the Governor-General in Council for a recall of the order, which is to be granted in the event of a majority of the electors voting in favour of the application. Power is given to the Governor-General in Council to issue in the like manner, and after similar procedure, an order repealing any by-law passed by any municipal council for the application of the Temperance Act of 1864.

The Dominion Act also contains an express repeal of the prohibitory clauses of the provincial Act of 1864, and of the machinery thereby provided for bringing them into operation, (1.) as to every municipality within the limits of Ontario in which, at the passing of the Act of 1886, there was no municipal by-law in force, (2.) as to every municipality within these limits

J. C. 1896 ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

in which a prohibitive by-law then in force shall be subsequently repealed under the provisions of either Act, and (3.) as to every municipality having a municipal by-law which is included in the limits of, or has the same limits with, any county or city in which the second part of the Canada Temperance Act is brought into force before the repeal of the by-law, which by-law, in that event, is declared to be null and void.

With the view of restoring to municipalities within the province whose powers were affected by that repeal the right to make by-laws which they had possessed under the law of the old province, the Legislature of Ontario passed s. 18 of 53 Vict. c. 56, to which the seventh question in this case relates. The enacting words of the clause are introduced by a preamble which recites the previous course of legislation, and the repeal by the Canada Temperance Act of the Upper Canada Act of 1864 in municipalities where not in force, and concludes thus: "it is expedient that municipalities should have the powers by them formerly possessed." The enacting words of the clause, with the exception of one or two changes of expression which do not affect its substance, are a mere reproduction of the provisions, not of the Temperance Act of 1864, but of the kindred provisions of the Municipal Act (29 & 30 Vict. c. 51), which had been omitted from the consolidated statutes of the province. A new proviso is added, to the effect that "nothing in this section contained shall be construed into an exercise of jurisdiction by the province of Ontario beyond the revival of provisions of law which were in force at the date of the passing of the British North America Act, and which the subsequent legislation of this province purported to repeal. The Legislature of Ontario subsequently passed an Act (54 Vict. c. 46) for the purpose of explaining that s. 18 was not meant to repeal by implication certain provisions of the Municipal Act (29 & 30 Vict. c. 51), which limit its application to retail dealings.

The seventh question raises the issue, whether, in the circumstances which have just been detailed, the provincial legislature had authority to enact s. 18. In order to determine that issue, it becomes necessary to consider, in the first place, whether the Parliament of Canada had jurisdiction to enact the Canada

J. C. 1896

ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

Temperance Act; and, if so, to consider in the second place, whether, after that Act became the law of each province of the Dominion, there yet remained power with the Legislature of Ontario to enact the provisions of s. 18.

The authority of the Dominion Parliament to make laws for the suppression of liquor traffic in the provinces is maintained, in the first place, upon the ground that such legislation deals with matters affecting "the peace, order, and good government of Canada," within the meaning of the introductory and general enactments of s. 91 of the British North America Act; and, in the second place, upon the ground that it concerns "the regulation of trade and commerce," being No. 2 of the enumerated classes of subjects which are placed under the exclusive jurisdiction of the Federal Parliament by that section. These sources of jurisdiction are in themselves distinct, and are to be found in different enactments.

It was apparently contemplated by the framers of the Imperial Act of 1867 that the due exercise of the enumerated powers conferred upon the Parliament of Canada by s. 91 might, occasionally and incidentally, involve legislation upon matters which are primâ facie committed exclusively to the provincial legislatures by s. 92. In order to provide against that contingency, the concluding part of s. 91 enacts that "any matter coming within any of the classes of subjects enumerated in this section shall not be deemed to come within the class of matters of a local or private nature comprised in the enumeration of the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the legislatures of the provinces." It was observed by this Board in *Citizens' Insurance Co. of Canada* v. *Parsons* (1) that the paragraph just quoted "applies in its grammatical construction only to No. 16 of s. 92." The observation was not material to the question arising in that case, and it does not appear to their Lordships to be strictly accurate. It appears to them that the language of the exception in s. 91 was meant to include and correctly describes all the matters enumerated in the sixteen heads of s. 92, as being, from a provincial point of view, of a local or private nature. It also appears to their Lordships that

(1) 7 App. Cas. 108.

J. C. 1896 — ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

the exception was not meant to derogate from the legislative authority given to provincial legislatures by these sixteen sub-sections, save to the extent of enabling the Parliament of Canada to deal with matters local or private in those cases where such legislation is necessarily incidental to the exercise of the powers conferred upon it by the enumerative heads of clause 91. That view was stated and illustrated by Sir Montague Smith in *Citizens' Insurance Co. of Canada* v. *Parsons* (1) and in *Cushing* v. *Dupuy* (2); and it has been recognised by this Board in *Tennant* v. *Union Bank of Canada* (3) and in *Attorney-General of Ontario* v. *Attorney-General for the Dominion*. (4)

The general authority given to the Canadian Parliament by the introductory enactments of s. 91 is "to make laws for the peace, order, and good government of Canada, in relation to all matters not coming within the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the legislatures of the provinces"; and it is declared, but not so as to restrict the generality of these words, that the exclusive authority of the Canadian Parliament extends to all matters coming within the classes of subjects which are enumerated in the clause. There may, therefore, be matters not included in the enumeration, upon which the Parliament of Canada has power to legislate, because they concern the peace, order, and good government of the Dominion. But to those matters which are not specified among the enumerated subjects of legislation, the exception from s. 92, which is enacted by the concluding words of s. 91, has no application; and, in legislating with regard to such matters, the Dominion Parliament has no authority to encroach upon any class of subjects which is exclusively assigned to provincial legislatures by s. 92. These enactments appear to their Lordships to indicate that the exercise of legislative power by the Parliament of Canada, in regard to all matters not enumerated in s. 91, ought to be strictly confined to such matters as are unquestionably of Canadian interest and importance, and ought not to trench upon provincial legislation with respect to any of the classes of subjects enumerated in s. 92.

(1) 7 App. Cas. at pp. 108, 109.
(2) 5 App. Cas. 409, 415.
(3) [1894] A. C. 31, 46.
(4) [1894] A. C. 189, 200.

J. C. 1896 ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

To attach any other construction to the general power which, in supplement of its enumerated powers, is conferred upon the Parliament of Canada by s. 91, would, in their Lordships' opinion, not only be contrary to the intendment of the Act, but would practically destroy the autonomy of the provinces. If it were once conceded that the Parliament of Canada has authority to make laws applicable to the whole Dominion, in relation to matters which in each province are substantially of local or private interest, upon the assumption that these matters also concern the peace, order, and good government of the Dominion, there is hardly a subject enumerated in s. 92 upon which it might not legislate, to the exclusion of the provincial legislatures.

In construing the introductory enactments of s. 91, with respect to matters other than those enumerated, which concern the peace, order, and good government of Canada, it must be kept in view that s. 94, which empowers the Parliament of Canada to make provision for the uniformity of the laws relative to property and civil rights in Ontario, Nova Scotia, and New Brunswick does not extend to the province of Quebec; and also that the Dominion legislation thereby authorized is expressly declared to be of no effect unless and until it has been adopted and enacted by the provincial legislature. These enactments would be idle and abortive, if it were held that the Parliament of Canada derives jurisdiction from the introductory provisions of s. 91, to deal with any matter which is in substance local or provincial, and does not truly affect the interest of the Dominion as a whole. Their Lordships do not doubt that some matters, in their origin local and provincial, might attain such dimensions as to affect the body politic of the Dominion, and to justify the Canadian Parliament in passing laws for their regulation or abolition in the interest of the Dominion. But great caution must be observed in distinguishing between that which is local and provincial, and therefore within the jurisdiction of the provincial legislatures, and that which has ceased to be merely local or provincial, and has become matter of national concern, in such sense as to bring it within the jurisdiction of the Parliament of Canada. An

J. C. 1896 — ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

Act restricting the right to carry weapons of offence, or their sale to young persons, within the province would be within the authority of the provincial legislature. But traffic in arms, or the possession of them under such circumstances as to raise a suspicion that they were to be used for seditious purposes, or against a foreign State, are matters which, their Lordships conceive, might be competently dealt with by the Parliament of the Dominion.

The judgment of this Board in *Russell* v. *Reg.* (1) has relieved their Lordships from the difficult duty of considering whether the Canada Temperance Act of 1886 relates to the peace, order, and good government of Canada, in such sense as to bring its provisions within the competency of the Canadian Parliament. In that case the controversy related to the validity of the Canada Temperance Act of 1878; and neither the Dominion nor the Provinces were represented in the argument. It arose between a private prosecutor and a person who had been convicted, at his instance, of violating the provisions of the Canadian Act within a district of New Brunswick, in which the prohibitory clauses of the Act had been adopted. But the provisions of the Act of 1878 were in all material respects the same with those which are now embodied in the Canada Temperance Act of 1886; and the reasons which were assigned for sustaining the validity of the earlier, are, in their Lordships' opinion, equally applicable to the later Act. It therefore appears to them that the decision in *Russell* v. *Reg.* (1) must be accepted as an authority to the extent to which it goes, namely, that the restrictive provisions of the Act of 1886, when they have been duly brought into operation in any provincial area within the Dominion, must receive effect as valid enactments relating to the peace, order, and good government of Canada.

That point being settled by decision, it becomes necessary to consider whether the Parliament of Canada had authority to pass the Temperance Act of 1886 as being an Act for the "regulation of trade and commerce" within the meaning of No. 2 of s. 91. If it were so, the Parliament of Canada would,

(1) 7 App. Cas. 829.

J. C. 1896 ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

under the exception from s. 92 which has already been noticed, be at liberty to exercise its legislative authority, although in so doing it should interfere with the jurisdiction of the provinces. The scope and effect of No. 2 of s. 91 were discussed by this Board at some length in *Citizens' Insurance Co.* v. *Parsons* (1), where it was decided that, in the absence of legislation upon the subject by the Canadian Parliament, the Legislature of Ontario had authority to impose conditions, as being matters of civil right, upon the business of fire insurance, which was admitted to be a trade, so long as those conditions only affected provincial trade. Their Lordships do not find it necessary to reopen that discussion in the present case. The object of the Canada Temperance Act of 1886 is, not to regulate retail transactions between those who trade in liquor and their customers, but to abolish all such transactions within every provincial area in which its enactments have been adopted by a majority of the local electors. A power to regulate, naturally, if not necessarily, assumes, unless it is enlarged by the context, the conservation of the thing which is to be made the subject of regulation. In that view, their Lordships are unable to regard the prohibitive enactments of the Canadian statute of 1886 as regulations of trade and commerce. They see no reason to modify the opinion which was recently expressed on their behalf by Lord Davey in *Municipal Corporation of the City of Toronto* v. *Virgo* (2) in these terms: "Their Lordships think there is marked distinction to be drawn between the prohibition or prevention of a trade and the regulation or governance of it, and indeed a power to regulate and govern seems to imply the continued existence of that which is to be regulated or governed."

The authority of the Legislature of Ontario to enact s. 18 of 53 Vict. c. 56, was asserted by the appellant on various grounds. The first of these, which was very strongly insisted on, was to the effect that the power given to each province by No. 8 of s. 92 to create municipal institutions in the province necessarily implies the right to endow these institutions with all the administrative functions which had been ordinarily possessed

(1) 7 App. Cas. 96. (2) Ante, p. 93.

J. C. 1896 ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

and exercised by them before the time of the Union. Their Lordships can find nothing to support that contention in the language of s. 92, No. 8, which, according to its natural meaning, simply gives provincial legislatures the right to create a legal body for the management of municipal affairs. Until confederation, the Legislature of each province as then constituted could, if it chose, and did in some cases, entrust to a municipality the execution of powers which now belong exclusively to the Parliament of Canada. Since its date a provincial Legislature cannot delegate any power which it does not possess; and the extent and nature of the functions which it can commit to a municipal body of its own creation must depend upon the legislative authority which it derives from the provisions of s. 92 other than No. 8.

Their Lordships are likewise of opinion that s. 92, No. 9, does not give provincial legislatures any right to make laws for the abolition of the liquor traffic. It assigns to them "shop, saloon, tavern, auctioneer and other licences, in order to the raising of a revenue for provincial, local or municipal purposes." It was held by this Board in *Hodge* v. *Reg.* (1) to include the right to impose reasonable conditions upon the licencees which are in the nature of regulation; but it cannot, with any show of reason, be construed as authorizing the abolition of the sources from which revenue is to be raised.

The only enactments of s. 92 which appear to their Lordships to have any relation to the authority of provincial legislatures to make laws for the suppression of the liquor traffic are to be found in Nos. 13 and 16, which assign to their exclusive jurisdiction, (1.) "property and civil rights in the province," and (2.) "generally all matters of a merely local or private nature in the province." A law which prohibits retail transactions and restricts the consumption of liquor within the ambit of the province, and does not affect transactions in liquor between persons in the province and persons in other provinces or in foreign countries, concerns property in the province which would be the subject-matter of the transactions if they were not prohibited, and also the civil rights of persons in the pro-

(1) 9 App. Cas. 117.

J. C. 1896

ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

vince. It is not impossible that the vice of intemperance may prevail in particular localities within a province to such an extent as to constitute its cure by restricting or prohibiting the sale of liquor a matter of a merely local or private nature, and therefore falling primâ facie within No. 16. In that state of matters, it is conceded that the Parliament of Canada could not imperatively enact a prohibitory law adapted and confined to the requirements of localities within the province where prohibition was urgently needed.

It is not necessary for the purposes of the present appeal to determine whether provincial legislation for the suppression of the liquor traffic, confined to matters which are provincial or local within the meaning of Nos. 13 and 16, is authorized by the one or by the other of these heads. It cannot, in their Lordships' opinion, be logically held to fall within both of them. In s. 92, No. 16 appears to them to have the same office which the general enactment with respect to matters concerning the peace, order, and good government of Canada, so far as supplementary of the enumerated subjects, fulfils in s. 91. It assigns to the provincial legislature all matters in a provincial sense local or private which have been omitted from the preceding enumeration, and, although its terms are wide enough to cover, they were obviously not meant to include, provincial legislation in relation to the classes of subjects already enumerated.

In the able and elaborate argument addressed to their Lordships on behalf of the respondents it was practically conceded that a provincial legislature must have power to deal with the restriction of the liquor traffic from a local and provincial point of view, unless it be held that the whole subject of restriction or abolition is exclusively committed to the Parliament of Canada as being within the regulation of trade and commerce. In that case the subject, in so far at least as it had been regulated by Canadian legislation, would, by virtue of the concluding enactment of s. 91, be excepted from the matters committed to provincial legislatures by s. 92. Upon the assumption that s. 91 (2) does not embrace the right to suppress a trade, Mr. Blake maintained that, whilst the restriction of the liquor traffic

J. C. 1896 ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

may be competently made matter of legislation in a provincial as well as a Canadian aspect, yet the Parliament of Canada has, by enacting the Temperance Act of 1886, occupied the whole possible field of legislation in either aspect, so as completely to exclude legislation by a province. That appears to their Lordships to be the real point of controversy raised by the question with which they are at present dealing; and, before discussing the point, it may be expedient to consider the relation in which Dominion and provincial legislation stand to each other.

It has been frequently recognised by this Board, and it may now be regarded as settled law, that according to the scheme of the British North America Act the enactments of the Parliament of Canada, in so far as these are within its competency, must override provincial legislation. But the Dominion Parliament has no authority conferred upon it by the Act to repeal directly any provincial statute, whether it does or does not come within the limits of jurisdiction prescribed by s. 92. The repeal of a provincial Act by the Parliament of Canada can only be effected by repugnancy between its provisions and the enactments of the Dominion; and if the existence of such repugnancy should become matter of dispute, the controversy cannot be settled by the action either of the Dominion or of the provincial legislature, but must be submitted to the judicial tribunals of the country. In their Lordships' opinion the express repeal of the old provincial Act of 1864 by the Canada Temperance Act of 1886 was not within the authority of the Parliament of Canada. It is true that the Upper Canada Act of 1864 was continued in force within Ontario by s. 129 of the British North America Act, "until repealed, abolished, or altered by the Parliament of Canada, or by the provincial legislature," according to the authority of that Parliament, "or of that legislature." It appears to their Lordships that neither the Parliament of Canada nor the provincial legislatures have authority to repeal statutes which they could not directly enact. Their Lordships had occasion, in *Dobie* v. *Temporalities Board* (1), to consider the power of repeal competent to the legislature of a province. In that case the Legislature of

(1) 7 App. Cas. 136.

J. C. 1896 ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

Quebec had repealed a statute continued in force after the Union by s. 129 which had this peculiarity, that its provisions applied both to Quebec and to Ontario, and were incapable of being severed so as to make them applicable to one of these provinces only. Their Lordships held (1) that the powers conferred "upon the provincial legislatures of Ontario and Quebec to repeal and alter the statutes of the old parliament of the province of Canada are made precisely co-extensive with the powers of direct legislation with which these bodies are invested by the other clauses of the Act of 1867"; and that it was beyond the authority of the Legislature of Quebec to repeal statutory enactments which affected both Quebec and Ontario. The same principle ought, in the opinion of their Lordships, to be applied to the present case. The old Temperance Act of 1864 was passed for Upper Canada, or, in other words, for the province of Ontario; and its provisions, being confined to that province only, could not have been directly enacted by the Parliament of Canada. In the present case the Parliament of Canada would have no power to pass a prohibitory law for the province of Ontario; and could therefore have no authority to repeal in express terms an Act which is limited in its operation to that province. In like manner, the express repeal, in the Canada Temperance Act of 1886, of liquor prohibitions adopted by a municipality in the province of Ontario under the sanction of provincial legislation, does not appear to their Lordships to be within the authority of the Dominion Parliament.

The question must next be considered whether the provincial enactments of s. 18 to any, and if so to what, extent come into collision with the provisions of the Canadian Act of 1886. In so far as they do, provincial must yield to Dominion legislation, and must remain in abeyance unless and until the Act of 1886 is repealed by the parliament which passed it.

The prohibitions of the Dominion Act have in some respects an effect which may extend beyond the limits of a province, and they are all of a very stringent character. They draw an arbitrary line, at eight gallons in the case of beer, and at ten gallons in the case of other intoxicating liquors, with the view

(1) 7 App. Cas. at p. 147.

J. C. 1896 — ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

of discriminating between wholesale and retail transactions. Below the limit, sales within a district which has adopted the Act are absolutely forbidden, except to the two nominees of the Lieutenant-Governor of the province, who are only allowed to dispose of their purchases in small quantities for medicinal and other specified purposes. In the case of sales above the limit the rule is different. The manufacturers of pure native wines, from grapes grown in Canada, have special favour shewn them. Manufacturers of other liquors within the district, as also merchants duly licensed, who carry on an exclusively wholesale business, may sell for delivery anywhere beyond the district, unless such delivery is to be made in an adjoining district where the Act is in force. If the adjoining district happened to be in a different province, it appears to their Lordships to be doubtful whether, even in the absence of Dominion legislation, a restriction of that kind could be enacted by a provincial legislature.

On the other hand, the prohibitions which s. 18 authorizes municipalities to impose within their respective limits do not appear to their Lordships to affect any transactions in liquor which have not their beginning and their end within the province of Ontario. The first branch of its prohibitory enactments strikes against sales of liquor by retail in any tavern, or other house or other place of public entertainment. The second extends to sales in shops and places other than houses of public entertainment; but the context indicates that it is only meant to apply to retail transactions; and that intention is made clear by the terms of the explanatory Act 54 Vict. c. 46, which fixes the line between wholesale and retail at one dozen of liquor in bottles, and five gallons if sold in other receptacles. The importer or manufacturer can sell any quantity above that limit; and any retail trader may do the same, provided that he sells the liquor in the original packages in which it was received by him from the importer or manufacturer.

It thus appears that, in their local application within the province of Ontario, there would be considerable difference between the two laws; but it is obvious that their provisions could not be in force within the same district or province at

J. C.
1896
ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

one and the same time. In the opinion of their Lordships the question of conflict between their provisions which arises in this case does not depend upon their identity or non-identity, but upon a feature which is common to both. Neither statute is imperative, their prohibitions being of no force or effect until they have been voluntarily adopted and applied by the vote of a majority of the electors in a district or municipality. In *Russell* v. *Reg.* (1) it was observed by this Board, with reference to the Canada Temperance Act of 1878, "The Act as soon as it was passed became a law for the whole Dominion, and the enactments of the first part, relating to the machinery for bringing the second part into force, took effect and might be put in motion at once and everywhere within it." No fault can be found with the accuracy of that statement. Mutatis mutandis, it is equally true as a description of the provisions of s. 18. But in neither case can the statement mean more than this, that, on the passing of the Act, each district or municipality within the Dominion or the province, as the case might be, became vested with a right to adopt and enforce certain prohibitions if it thought fit to do so. But the prohibitions of these Acts, which constitute their object and their essence, cannot with the least degree of accuracy be said to be in force anywhere until they have been locally adopted.

If the prohibitions of the Canada Temperance Act had been made imperative throughout the Dominion, their Lordships might have been constrained by previous authority to hold that the jurisdiction of the Legislature of Ontario to pass s. 18 or any similar law had been superseded. In that case no provincial prohibitions such as are sanctioned by s. 18 could have been enforced by a municipality without coming into conflict with the paramount law of Canada. For the same reason, provincial prohibitions in force within a particular district will necessarily become inoperative whenever the prohibitory clauses of the Act of 1886 have been adopted by that district. But their Lordships can discover no adequate grounds for holding that there exists repugnancy between the two laws in districts of the province of Ontario where the prohibitions of the

(1) 7 App. Cas. at p. 841.

J. C. 1896

ATTORNEY-GENERAL FOR ONTARIO v. ATTORNEY-GENERAL FOR THE DOMINION.

Canadian Act are not and may never be in force. In a district which has by the votes of its electors rejected the second part of the Canadian Act, the option is abolished for three years from the date of the poll; and it hardly admits of doubt that there could be no repugnancy whilst the option given by the Canadian Act was suspended. The Parliament of Canada has not, either expressly or by implication, enacted that so long as any district delays or refuses to accept the prohibitions which it has authorized the provincial parliament is to be debarred from exercising the legislative authority given it by s. 92 for the suppression of the drink traffic as a local evil. Any such legislation would be unexampled; and it is a grave question whether it would be lawful. Even if the provisions of s. 18 had been imperative, they would not have taken away or impaired the right of any district in Ontario to adopt, and thereby bring into force, the prohibitions of the Canadian Act.

Their Lordships, for these reasons, give a general answer to the seventh question in the affirmative. They are of opinion that the Ontario Legislature had jurisdiction to enact s. 18, subject to this necessary qualification, that its provisions are or will become inoperative in any district of the province which has already adopted, or may subsequently adopt, the second part of the Canada Temperance Act of 1886.

Their Lordships will now answer briefly, in their order, the other questions submitted by the Governor-General of Canada. So far as they can ascertain from the record, these differ from the question which has already been answered in this respect, that they relate to matters which may possibly become litigious in the future, but have not as yet given rise to any real and present controversy. Their Lordships must further observe that these questions, being in their nature academic rather than judicial, are better fitted for the consideration of the officers of the Crown than of a court of law. The replies to be given to them will necessarily depend upon the circumstances in which they may arise for decision; and these circumstances are in this case left to speculation. It must, therefore, be understood that the answers which follow are not meant to have, and cannot have, the weight of a judicial determination, except in so far as

their Lordships may have occasion to refer to the opinions which they have already expressed in discussing the seventh question.

Answers to questions 1 and 2.—Their Lordships think it sufficient to refer to the opinions expressed by them in disposing of the seventh question.

Answer to question 3.—In the absence of conflicting legislation by the Parliament of Canada, their Lordships are of opinion that the provincial legislatures would have jurisdiction to that effect if it were shewn that the manufacture was carried on under such circumstances and conditions as to make its prohibition a merely local matter in the province.

Answer to question 4.—Their Lordships answer this question in the negative. It appears to them that the exercise by the provincial legislature of such jurisdiction in the wide and general terms in which it is expressed would probably trench upon the exclusive authority of the Dominion Parliament.

Answers to questions 5 and 6.—Their Lordships consider it unnecessary to give a categorical reply to either of these questions. Their opinion upon the points which the questions involve has been sufficiently explained in their answer to the seventh question.

Their Lordships will humbly advise Her Majesty to discharge the order of the Supreme Court of Canada dated January 15, 1895; and to substitute therefor the several answers to the seven questions submitted by the Governor-General of Canada which have been already indicated. There will be no costs of this appeal.

Solicitors for appellant: *Freshfields & Williams.*

Solicitors for first respondent: *Bompas, Bischoff, Dodgson, Coxe & Bompas.*

Solicitors for second respondent: *Linklater, Hackwood, Addison & Brown.*

Onglet 39

Par. 48, 80-82, 103, 117, 119-120, 122, 180, 201-204, 206-207, 210, 239, 243-244, 247, 268-273, 281-282, 292-293, 309-311, 316-320, 324-325, 337, 355-360, 367-368

Québec (Procureure générale) c. Canada (Procureure générale) **2011 QCCA 591**

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE QUÉBEC

N° : 200-09-006746-090

DATE : 31 MARS 2011

CORAM : LES HONORABLES **J.J. MICHEL ROBERT, J.C.Q.**
ANDRÉ FORGET, J.C.A.
PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.
MARIE-FRANCE BICH, J.C.A.
JEAN BOUCHARD, J.C.A.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
REQUÉRANT
c.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
INTIMÉ
et
PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA
et
BARREAU DU QUÉBEC
et
ASSOCIATION DES BANQUIERS CANADIENS
INTERVENANTS

RENVOI CONCERNANT LA COMPÉTENCE DU PARLEMENT DU CANADA EN MATIÈRE DE VALEURS MOBILIÈRES

---

[1] Le gouvernement du Québec a, par le décret nº 720-2010 en date du 25 août 2010, conformément à l'article 1 de la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q., ch. R-23, soumis à cette Cour la question constitutionnelle suivante :

> Est-ce que les dispositions proposées dans la Proposition concernant une loi canadienne intitulée *Loi sur les valeurs mobilières*, publiée par le gouvernement du Canada le 26 mai 2010, qui ont essentiellement pour objet la protection des investisseurs et la réglementation du secteur des valeurs mobilières, ainsi que les disposions prévues à cette fin aux articles 295, 296 et 297 de la *Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, ch. 2, excèdent la compétence législative du Parlement du Canada en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

[2] Réponse (le juge en chef Robert) : Oui. Sauf les dispositions d'ordre criminel, la Proposition est *ultra vires* de la compétence législative du Parlement du Canada; cependant les articles 295, 296 et 297 de la *Loi d'exécution du budget de 2009* sont valides.

[3] Réponse (les juges Forget, Bich et Bouchard) : Oui. Sauf les dispositions d'ordre criminel, qui sont valides en vertu de l'article 91, paragr. 27, de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Proposition ainsi que l'article 297 de la *Loi d'exécution du budget de 2009* ne relèvent pas de la compétence législative du Parlement du Canada en vertu de l'article 91, paragr. 2, de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[4] Réponse (le juge Dalphond) : Non. Le Parlement du Canada a compétence en vertu de l'article 91, paragr. 2, de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour adopter la Proposition dans son ensemble; quant aux articles 295, 296 et 297 de la *Loi d'exécution du budget de 2009*, ils sont valides.

J.J. MICHEL ROBERT, J.C.Q.

ANDRÉ FORGET, J.C.A.

PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

Me Jean-Yves Bernard
Bernard, Roy
Pour le requérant

Me France Bonsaint
Me Hugo Jean
Direction générale des affaires juridiques et législatives (JUSTICE-QUÉBEC)
Pour le requérant

Me Claude Joyal
Me René Leblanc
Me Alexander Pless
Me Robert Frater
Joyal, Leblanc
Pour l'intimé

Me D. Brian Foster, Q.C.
Me E. David D. Tavender, Q.C.
Me Jordan Milne
Fraser, Milner, Casgrain
Pour l'intervenant (conseils pour Procureur général de l'Alberta)

Me L. Christine Enns
(du ministère de la Justice de l'Alberta pour le Procureur général de l'Alberta)

Me Raymond Doray
Me Mathieu Quenneville
Lavery, De Billy
Pour l'intervenant (Barreau du Québec)

Me Mahmud Jamal
Me Éric Préfontaine
Osler, Hoskin, Harcourt
Pour l'intervenante (Association des banquiers canadiens)

Date d'audience : Du 17 au 20 janvier 2011

200-09-006746-090 PAGE : 1

MOTIFS DU JUGE EN CHEF

TABLE DES MATIÈRES

I. CONTEXTE PROCÉDURAL 3
1. Le renvoi du Procureur général du Québec devant la Cour d'appel du Québec ...3
2. Le renvoi du Procureur général de l'Alberta devant la Cour d'appel de l'Alberta ..3
3. Le renvoi du Procureur général du Canada devant la Cour suprême du Canada.3
4. Requête en suspension du renvoi à la Cour d'appel du Québec 4
II. QUESTION POSÉE....4
III. POSITION DES PARTIES....6
1. Procureur général du Québec....6
2. Procureur général de l'Alberta 7
3. Barreau du Québec....8
4. Procureur général du Canada....9
5. Association des banquiers canadiens 10
IV. ANALYSE....11
1. Méthode 11
2. Analyse du caractère véritable 13
a) Preuves intrinsèques 16
i) La Proposition 16
ii) Articles de la *Loi d'exécution du budget de 2009*....23
b) Preuves extrinsèques 24
i) Historique des initiatives d'harmonisation 24
ii) Déclarations et débats parlementaires....28
iii) Rapports d'experts....30
iv) Lois provinciales existantes 35
v) Conclusion sur le caractère véritable 39
3. Compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils 42
a) Origines historiques....42
b) Clause résiduaire de compétence provinciale 47
c) Étendue de la compétence....49
d) Conclusion sur la compétence en matière de propriété et de droits civils 55
4. La compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce....55
a) Commerce interprovincial et international 58
b) Compétence générale 63
c) Application en l'espèce....67
i) Système général de réglementation et surveillance par un organisme de réglementation 67
ii) Commerce dans son ensemble 67

iii) Incapacité provinciale 69
iv) Nécessité d'unanimité 76
v) Conclusion sur la compétence en matière de commerce en général 77
5. Articles de la *Loi d'exécution du budget de 2009* 77
V. CONCLUSION 79

CONTEXTE PROCÉDURAL

Le renvoi du Procureur général du Québec devant la Cour d'appel du Québec

[5] Le 8 juillet 2009, le gouvernement du Québec, par le décret 869-2009[1], dépose à notre Cour trois questions constitutionnelles pour avis en vertu de la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*[2] quant aux initiatives du gouvernement fédéral de mettre en place une commission fédérale de réglementation des valeurs mobilières.

[6] Le 26 mai 2010, le gouvernement du Canada publie une proposition de loi intitulée *Loi sur les valeurs mobilières* (ci-après « Proposition »). En réaction, le gouvernement du Québec modifie les questions soumises à notre Cour par le décret 720-2010 du 25 août 2010, pour ne formuler qu'une seule question[3].

Le renvoi du Procureur général de l'Alberta devant la Cour d'appel de l'Alberta

[7] Le 26 janvier 2010, en vertu du *Judicature Act*[4], le lieutenant-gouverneur en conseil de l'Alberta, par le décret 20-2010, renvoie deux questions constitutionnelles à la Cour d'appel de l'Alberta, concernant la compétence du gouvernement de cette province d'adopter une loi qui aurait pour effet d'exclure l'application de la *Securities Act*[5] dans certaines circonstances. En réaction à la publication de la Proposition, le lieutenant-gouverneur en conseil de l'Alberta modifie les questions posées par le décret 181-2010 du 9 juin 2010, pour y faire référence.

Le renvoi du Procureur général du Canada devant la Cour suprême du Canada

[8] Le 26 mai 2010, jour de la publication de la Proposition, le gouvernement du Canada défère à la Cour suprême du Canada, par le décret C.P. 2010-667, la question de savoir si cette proposition relève de la compétence du Parlement du Canada et en avise toutes les provinces et tous les territoires, en vertu de la procédure de renvoi prévue à la *Loi sur la Cour suprême*[6]. Les procureurs généraux des provinces de

---

1 Décret du gouvernement du Québec no 869-2009 « Concernant un renvoi à la Cour d'appel relatif à la compétence du Parlement du Canada en matière de valeurs mobilières» en date du 8 juillet 2009, P.P.G.Q., p. 1.

2 *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q., c. R-23.

3 Décret no 720-2010 concernant une modification au décret no 869-2009 du 8 juillet 2009 concernant un renvoi à la Cour d'appel relatif à la compétence du Parlement du Canada en matière de valeurs mobilières, Mémoire du PGQ, p. 71.

4 *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, art. 26.

5 *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4.

6 *Loi sur la Cour suprême*, L.R. (1985) ch. S-26, art. 53.

l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de l'Alberta ont obtenu le statut d'intervenants dans cette procédure, dont l'audition est prévue pour les 13 et 14 avril prochain.

Requête en suspension du renvoi à la Cour d'appel du Québec

[9] Le 22 janvier 2010, le Procureur général du Canada (ci-après « PGC »), demande la suspension temporaire de l'examen du renvoi devant notre Cour jusqu'au 20 juin 2010, date qui avoisine la semaine à laquelle se termine la session législative du Parlement. Il argue que la procédure de renvoi intentée est prématurée, qu'elle constitue une immixtion dans les processus politiques et législatifs, qu'elle menace l'indépendance judiciaire de la Cour et qu'elle invite à un usage déraisonnable de ses ressources. Une formation de cette Cour (les juges Robert, Bich et Léger) rejetait cette requête dans un arrêt rendu à l'audience le 26 mars 2010[7].

QUESTION POSÉE

[10] Les questions initialement posées par le gouvernement du Québec étaient les suivantes :

> 1. Est-ce que les dispositions proposées dans l'Ébauche de loi sur les valeurs mobilières, annexées au Rapport final du Groupe d'experts sur la réglementation des valeurs mobilières, janvier 2009, qui ont essentiellement pour objet la protection des investisseurs et la réglementation du secteur des valeurs mobilières, ainsi que les dispositions prévues à cette fin aux articles 295, 296 et 297 de la Loi d'exécution du budget de 2009, L.C. 2009, ch. 2, excèdent la compétence législative du Parlement du Canada en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
>
> 2. Est-ce que le Parlement du Canada a compétence en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour adopter des dispositions législatives permettant à des émetteurs et des inscrits de se soumettre volontairement à la loi fédérale sur les valeurs mobilières à l'exclusion des lois provinciales, tel que proposé dans le Rapport final du Groupe d'experts sur la réglementation des valeurs mobilières, janvier 2009?
>
> 3. Est-ce que le Parlement du Canada a compétence en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour adopter des dispositions législatives stipulant que les lois provinciales en matière de valeurs mobilières sont inapplicables, tel que

---

[7] *Québec (Procureure générale) c. Canada (Procureure générale)*, 2010 QCCA 636.

> proposé dans le Rapport final du Groupe d'experts sur la réglementation des valeurs mobilières, janvier 2009?

[11] Par un second décret, le gouvernement du Québec remplace ces dernières par l'unique question suivante:

> Est-ce que les dispositions proposées dans la Proposition concernant une loi canadienne intitulée *Loi sur les valeurs mobilières*, publiée par le Gouvernement du Canada le 26 mai 2010, qui ont essentiellement pour objet la protection des investisseurs et la réglementation du secteur des valeurs mobilières, ainsi que les dispositions prévues à cette fin aux articles 295, 296 et 297 de la *Loi d'exécution du budget 2009*, L.C. 2009, ch. 2, excédent la compétence législative du Parlement du Canada en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* ?

[12] Je suis d'avis que notre Cour dispose d'une certaine discrétion pour répondre à la question posée. On remarque par exemple que cette dernière contient une caractérisation de l'objet de la Proposition, comme étant la protection des investisseurs et la réglementation du secteur des valeurs mobilières. Ceci ne nous lie en aucun cas. De la même manière, il m'apparaîtrait acceptable d'arriver à la conclusion que certaines dispositions de la Proposition relèvent de la compétence du Parlement alors que d'autres non, bien que la question posée vise la Proposition dans son ensemble.

[13] Cette approche correspond à la discrétion que nous avons de reformuler les questions de droit soulevées par les parties dans l'exercice de notre compétence d'appel et que le législateur a voulu transposer dans l'exercice de notre compétence en matière de renvoi en vertu de l'article 5 de la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel* :

> 5. La cour transmet au gouvernement, pour son information, son opinion certifiée sur les questions ainsi soumises, en donnant ses raisons à l'appui de son opinion, de la même manière que dans le cas des jugements rendus sur appel porté devant cette cour. (je souligne)

[14] Elle correspond aussi à la raison d'être des tribunaux en matière de partage des compétences, à savoir d'occuper le rôle d'« arbitres ultimes du système fédéral », ce qui exige, comme le reconnaissait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *La Reine c. Beauregard*, autonomie et indépendance vis-à-vis du gouvernement[8]. Finalement, un pouvoir discrétionnaire de ne pas répondre aux questions posées par la procédure de renvoi a été établi dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, si celles-ci ne sont pas de nature juridique ou pour des raisons d'ordre pragmatique[9]. Tant l'importance de l'autonomie et de l'indépendance des tribunaux en matière d'arbitrage du fédéralisme que la discrétion des cours d'appel de ne pas répondre aux questions posées indiquent la nécessité que notre Cour ait discrétion dans l'évaluation d'un renvoi dont elle est

---

[8] *La Reine c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, paragr. 27.

[9] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, paragr. 27-31.

saisie. Celle-ci devrait, à tout le moins, lui permettre de définir les questions au sujet desquelles on lui demande son opinion de la manière qui lui semble la plus pertinente et sans être strictement liée par les termes de la question posée.

POSITION DES PARTIES

Procureur général du Québec

[15] Le Procureur général du Québec (ci-après « PGQ ») propose de qualifier le caractère véritable de la Proposition comme étant la protection des investisseurs du marché des valeurs mobilières par l'encadrement des intermédiaires et l'imposition d'obligations de divulgation aux émetteurs. Il plaide que cette sphère d'activité a toujours été reconnue comme relevant de la compétence exclusive des provinces en matière de propriété et de droits civils et en matière d'activités purement locales, conférées par les paragraphes 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[10]. À ses yeux, le commerce des valeurs mobilières est demeuré constitué d'une série de transactions généralement intraprovinciales, malgré la révolution des technologies de l'information et la mondialisation des échanges survenues au cours des dernières décennies.

[16] Le PGQ soutient également que le caractère véritable de la Proposition ne relève pas de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce en général en vertu du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il plaide que la Proposition ne rencontre pas les trois derniers des cinq critères établis par la Cour suprême dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*[11] et dans *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*[12]

[17] Plus précisément, le PGQ considère que la Proposition ne porte pas sur le commerce dans son ensemble, mais sur un secteur en particulier. En ce sens, la réglementation des valeurs mobilières serait davantage analogue à celle des assurances, de la fabrication de produits, du commerce du pétrole, de la réglementation des ordres professionnels ou de la protection des consommateurs qu'à celle des sociétés par actions ou de la concurrence. Ensuite, il plaide que la Proposition n'est pas de nature telle que les provinces, conjointement ou séparément, ne puissent constitutionnellement l'adopter. À ce chapitre, le PGQ soutient que le système actuel est considéré comme l'un des meilleurs au monde en matière de réglementation. Il ajoute que l'objectif de réduction des risques systémiques menaçant le système financier ne peut être utilisé pour qualifier autrement le caractère véritable de la Proposition, puisque la poursuite de

---

10 *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, nº 5.

11 *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, (ci-après « *General Motors* »).

12 *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302, 2005 CSC 65, (ci-après « *Kirkbi* »).

cet objectif n'est pas sa caractéristique dominante. Finalement, il plaide que la Proposition ne verrait pas son application compromise par l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités. Le PGQ souligne que la Proposition de loi elle-même envisage la possibilité que certaines provinces ne participent pas au régime.

[18] Notons enfin que le PGQ considère que les articles 295, 296 et 297 de la *Loi d'exécution du budget de 2009*[13] sont invalides par indivisibilité, parce qu'ils sont accessoires à la Proposition et qu'ils partagent son caractère véritable.

Procureur général de l'Alberta

[19] Le Procureur général de l'Alberta (ci-après « PGA ») propose une description du caractère véritable de la Proposition plus large que celle du PGQ. Pour lui, il s'agirait de la réglementation du commerce des valeurs mobilières, en vue de protéger les investisseurs et le caractère équitable du marché, prévenir les risques systémiques et favoriser la coopération interprovinciale et internationale entre les autorités de valeurs mobilières.

[20] Il plaide qu'une telle loi relève de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils, puisqu'elle vise essentiellement des transactions de nature locale entre des intermédiaires enregistrés dans la province. Le fait que certains émetteurs ou investisseurs soient situés à l'extérieur de la province ne constituerait qu'un effet incident sur le commerce interprovincial ou international, sans changer pour autant le caractère véritable de la Proposition.

[21] Le PGA argue que le test pour évaluer la capacité du Parlement d'adopter la Proposition en vertu de sa compétence en matière d'échanges et de commerce en général doit être modulé selon l'importance de l'intrusion possible dans la compétence provinciale. En l'espèce, il soutient que la reconnaissance d'une compétence fédérale en la matière ouvrirait une brèche qui drainerait la compétence en matière de propriété et de droits civils de son contenu et menacerait l'équilibre du fédéralisme, en permettant que d'autres domaines, tels que l'assurance, la protection du consommateur, le droit du travail ou la réglementation des professions, connaissent le même sort.

[22] Le PGA traite finalement de trois des indices énumérés dans les arrêts *General Motors* et *Kirkbi*. Il plaide que la Proposition ne concerne pas le commerce dans son ensemble et que la jurisprudence et les auteurs font un emploi fréquent de l'expression « secteur des valeurs mobilières ». Quant au critère de l'incapacité provinciale, le PGA soutien que les provinces ont clairement démontré qu'elles étaient habilitées constitutionnellement à réglementer ce secteur en harmonisant leurs lois. Finalement, il argue que la Proposition ne respecte pas, à sa face même, le critère de la nécessité d'adhésion unanime, puisqu'elle prévoit un mécanisme d'adhésion volontaire.

---

[13] *Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. (2009), c. 2.

Barreau du Québec

[23] Le Barreau du Québec (ci-après « Barreau ») allègue intervenir en raison des enjeux de cohérence juridique et institutionnelle soulevés par ce renvoi, particulièrement à l'égard du droit civil québécois. Le Barreau prétend que la Proposition met en péril la spécificité de l'économie québécoise, et ce faisant le principe du fédéralisme coopératif.

[24] Le Barreau plaide que le caractère véritable de la loi relève de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. Il soutient que la jurisprudence a systématiquement traité de la protection du public comme relevant de cette matière et qu'il en va de même pour la création de droits de propriété, les caractéristiques de tels droits et leur échange par voie contractuelle. L'article 9 de la Proposition, intitulé « Objet de la loi », constituerait davantage un artifice visant à justifier constitutionnellement l'intervention législative du Parlement qu'un reflet de son caractère véritable. Il plaide que la Proposition poursuit des objectifs de régulation macroéconomique par les mêmes moyens que ceux employés par les provinces à l'heure actuelle.

[25] Le Barreau ajoute que « la sécurité du système financier » ne constitue pas une matière constitutionnelle, parce qu'elle n'a pas été dévolue explicitement par la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'elle ne dispose pas de l'unicité requise pour avoir été dévolue au Parlement par défaut. Reconnaître une telle compétence, il est allégué, ouvrirait la porte à une intervention du gouvernement fédéral relativement à tous les fournisseurs de produits et services financiers, telles que les caisses populaires, les compagnies d'assurance, de crédit ou d'immobilier.

[26] Pour des raisons similaires à celles avancées par le PGQ et le PGA, le Barreau prétend que la Proposition ne rencontre pas les trois derniers critères reformulés dans l'arrêt *Kirkbi* afin d'asseoir la compétence du Parlement en matière d'échanges et de commerce en général. Il plaide que l'industrie des valeurs mobilières contient de très nombreuses similitudes avec celle des assurances, reconnue comme relevant de la compétence provinciale. Il ajoute que le Parlement n'aurait pas la compétence nécessaire pour adopter la Proposition en vertu d'un double aspect ou en vertu de sa compétence en matière d'échanges et de commerce interprovincial et international.

[27] Le Barreau ajoute qu'une réponse négative à la question posée irait à l'encontre du principe de fédéralisme coopératif élaboré par la Cour suprême, dont les fondements sont : la conciliation de l'unité et de la diversité, la promotion de la participation démocratique des instances locales et régionales, et la coopération des divers gouvernements dans la recherche du bien commun. Le Barreau plaide que la reconnaissance d'une compétence fédérale pour adopter la Proposition constituerait un virage vers un fédéralisme centralisateur et contreviendrait à la prévisibilité du partage des compétences. Elle permettrait également aux provinces de renoncer à leurs compétences législatives et de les déléguer au gouvernement fédéral, en contravention

avec les principes établis dans l'arrêt *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*[14].

[28] Finalement, le Barreau plaide que les articles créant des infractions criminelles et ceux de la *Loi d'exécution du budget de 2009* sont indissociables de la Proposition et qu'ils doivent également être déclarés invalides.

Procureur général du Canada

[29] Le PGC plaide que la détermination du caractère véritable de la Proposition repose sur une évaluation, à un niveau élevé de généralité, des objectifs poursuivis et des effets escomptés. Il le définit comme l'accroissement du bien-être économique du Canada dans son ensemble par l'instauration d'un régime complet de réglementation des marchés de capitaux. Le PGC plaide que la Proposition, bien que similaire aux lois provinciales, a un caractère véritable différent, puisqu'elle est plus complète et ne poursuit pas le même objectif. Il souligne que l'efficacité de la mesure proposée n'est pas un facteur pertinent.

[30] Le PGC plaide que le fait que les tribunaux ont reconnu la compétence des provinces quant à différents aspects du commerce des valeurs mobilières n'exclut pas la compétence du gouvernement fédéral, comme ce fut le cas dans les arrêts *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*[15] et *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*[16]. Il affirme que la Proposition relève de la compétence dévolue au Parlement par le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en matière d'échanges et de commerce en général, et qu'elle peut être adoptée en vertu de la doctrine du double aspect.

[31] Le PGC se livre à l'analyse des critères énoncés par la Cour suprême dans *General Motors* et réitérés par *Kirkbi* quant au périmètre de la compétence en matière d'échanges et de commerce, tout en notant qu'ils ne constituent pas une liste exhaustive. Il note de manière préliminaire que la présomption de constitutionnalité s'applique en l'espèce et que le standard de preuve est celui d'établir un fondement rationnel au pouvoir législatif contesté, plutôt que la preuve rigoureuse de tous les faits allégués.

[32] Quant au premier indice, le PGC plaide que la Proposition instaurerait un système complet de réglementation visant à décourager des pratiques commerciales préjudiciables à l'économie canadienne. Ceci s'inscrirait aux côtés des autres composantes essentielles du régime financier canadien que sont les banques, les intérêts et l'insolvabilité, tous principalement de compétence fédérale. Le PGC poursuit

---

[14] *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31, p. 49.

[15] *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161. (ci-après « *Multiple Access* »)

[16] *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21. (ci-après « *Global Securities* »).

en plaidant que l'Autorité canadienne de réglementation des valeurs mobilières (ci-après « Autorité ») répond au second indice.

[33] Le PGC avance que la Proposition, tel que l'indique son Préambule, dispose d'un caractère national et général suffisant pour répondre au troisième indice, puisque les marchés des capitaux sont un élément clé de l'infrastructure économique. La réglementation des valeurs mobilières, en imposant des normes à toutes les sociétés par actions faisant appel à l'épargne, peu importe leur secteur de l'économie canadienne, serait davantage qu'un secteur en particulier.

[34] Le PGC plaide ensuite que les provinces seraient incapables constitutionnellement de légiférer en la matière et donne divers exemples pour illustrer ce point. De nombreuses transactions ont une portée interprovinciale et internationale, puisque vendeurs, acheteurs et intermédiaires peuvent être situés dans des provinces différentes. Le PGC argue que la compétence incidente des provinces de réglementer en la matière n'est pas illimitée. Il ajoute que le principe de la territorialité empêche les autorités provinciales en valeurs mobilières d'imposer leurs décisions dans une autre province ou des investisseurs d'entreprendre des recours dans d'autres provinces que celles où sont émises des valeurs mobilières. De plus, il plaide que la compétence d'une autorité provinciale par rapport aux sociétés par actions d'incorporation fédérale est limitée, ce qui pourrait rendre l'intervention d'une autorité fédérale nécessaire. Il soutient que les provinces n'ont pas la compétence nécessaire pour adopter des dispositions de nature criminelle. Il plaide qu'une province ne peut représenter le Canada et défendre ses intérêts dans les forums internationaux, tel que l'Organisation internationale des commissions de valeurs (ci-après « OICV »). Le PGC conclut son argumentaire quant à cet indice en plaidant que le régime de passeport affiche plusieurs lacunes qui démontrent les limites inhérentes à la coopération provinciale en la matière.

[35] Finalement, le PGC plaide que l'adhésion de toutes les provinces au régime proposé est nécessaire, bien qu'elle ne soit pas obligatoire. Sans unanimité, il risquerait de découler des règles divergentes, une exécution non coordonnée et une protection variable des investisseurs. La Proposition, selon le PGC, est à l'image d'un fédéralisme coopératif souple et vise une mise en œuvre progressive. Cet indice devrait s'évaluer en fonction de l'objectif de participation unanime, plutôt que de l'efficacité obtenue si elle n'était pas atteinte.

Association des banquiers canadiens

[36] L'Association des banquiers canadiens (ci-après « ABC »), qui regroupe 51 banques, allègue intervenir en tant qu'un des plus importants participants du marché des capitaux. D'entrée de jeu, elle plaide que le système de réglementation des valeurs mobilières au Canada n'arrive pas à remplir son rôle face aux profondes transformations qu'a connues le marché.

[37] Elle propose cinq principes d'interprétation devant guider les délibérations de notre Cour. D'abord, elle plaide que la *Loi constitutionnelle de 1867* doit être interprétée de façon évolutive et tenir compte des réalités commerciales actuelles. Ensuite, comme le PGC, elle soutient que la présomption de constitutionnalité s'applique à la Proposition, que le fardeau de preuve est celui de son fondement rationnel et que la Cour n'a pas à évaluer son efficacité. Finalement, elle plaide qu'en vertu du principe du fédéralisme souple, notre Cour devrait favoriser la doctrine du double aspect plutôt que la doctrine des compétences exclusives.

[38] L'ABC plaide que la Proposition relève de la compétence du Parlement en matière d'échanges et de commerce en général et qu'elle satisfait les cinq indices établis dans les arrêts *General Motors* et *Kirkbi*. Relativement au troisième indice, elle ajoute que, bien que la jurisprudence emploie l'expression « industrie des valeurs mobilières », la Proposition ne réglemente pas une seule industrie, mais plutôt la mobilisation de capitaux dans toutes les industries et tous les secteurs de l'économie canadienne. Passant au quatrième indice, l'ABC plaide que les provinces sont inhabiles à légiférer en matière de commerce interprovincial ou international, de propriété et de droits civils à l'extérieur de leurs frontières, à établir un organisme de réglementation national habilité à représenter le pays sur la scène internationale, à intégrer la réglementation des valeurs mobilières dans le cadre de réglementation plus vaste du système financier canadien et à adopter des sanctions criminelles. L'ABC ajoute que l'efficacité du système fédéral serait diminuée si la Proposition ne se limitait qu'aux aspects interprovinciaux et internationaux du commerce des valeurs mobilières, puisque les opérations sur titres bénéficieraient d'une protection inégale à l'échelle du pays et la gestion des urgences telles que la prévention des risques systémiques serait moins diligente. Finalement, l'ABC plaide que l'adhésion volontaire des provinces ne mine pas le respect du cinquième indice. L'intention du Parlement demeure de créer un régime unique et on ne saurait faire dépendre la validité de la Proposition du choix des provinces d'y adhérer.

ANALYSE

Méthode

[39] Dans le récent *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, la Cour suprême a confirmé la méthode en deux étapes indiquée pour déterminer si une loi relève de la compétence du Parlement fédéral ou des législateurs provinciales[17]. D'abord, le caractère véritable de la loi doit être établi. Ensuite, cette dernière doit être classifiée parmi les matières énumérées aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

---

[17] *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, paragr. 19. Voir aussi Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2009, p. 15-6 (ci-après « Hogg ») et Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 448-449 (ci-après « Brun, Tremblay et Brouillet »).

La question posée par le PGQ recevra une réponse négative si la Proposition pouvait validement être adoptée par le Parlement.

[40] Il est possible qu'une disposition d'une loi d'un palier de gouvernement ait des effets accessoires sur le domaine de compétence d'un autre. Pour cette raison, le principe de l'exclusivité des compétences doit être interprété de manière à permettre un certain chevauchement[18]. Il y a longtemps que le Conseil privé a reconnu que les matières énumérées par la *Loi constitutionnelle de 1867* ne sont pas des compartiments étanches[19]. Dans le cas où la validité constitutionnelle d'un article particulier est attaquée, il incombera au tribunal de déterminer s'il est suffisamment intégré à une loi validement adoptée pour justifier sa constitutionnalité[20]. Comme l'indiquait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *General Motors*, on devra tenir compte de la gravité de l'empiètement, un empiètement considérable emportant une évaluation plus stricte de son niveau d'intégration[21].

[41] Finalement, il est possible que deux textes de loi presque identiques puissent validement être adoptés par deux paliers de gouvernement, en vertu de la théorie du double aspect. Il faudra dans de tels cas qu'un même texte permette la poursuite de deux objectifs différents permettant de le relier à deux matières différentes. La Cour suprême, reprenant les propos de Lederman, indiquait dans son arrêt *Multiple Access* que ce principe devait trouver application lorsque l'importance relative d'un aspect par rapport à un autre était insuffisante[22]. Pour reprendre un exemple souvent cité, tant le Parlement que les législatures ont adopté des lois pour interdire la conduite avec facultés affaiblies. D'une part, les dispositions provinciales ont pour objectif de réduire les accidents, blessures et mortalités associés à ce phénomène. De l'autre, les dispositions du *Code criminel* ont pour objectif de punir les contrevenants et d'endiguer un mal social.

[42] L'expression « nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi » contenue à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été interprétée comme entraînant, en cas d'incompatibilité, la prépondérance de la loi fédérale[23] et comme rendant inopérante la loi provinciale dans la mesure de l'incompatibilité[24]. Ainsi, il est possible que nous arrivions à la conclusion que la Proposition puisse être validement

---

18 *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, paragr. 27.

19 *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.), p. 107-108. (ci-après « *Parsons* »). Voir aussi *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56, paragr. 8.

20 *Global Securities*, *supra*, note 16, paragr. 19, *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, paragr. 41 (ci-après « *Bande Kitkatla* »), *Kirkbi*, *supra*, note 12, paragr. 20, *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, p. 158-159. (ci-après « *Vapor Canada* »).

21 *General Motors*, *supra*, note 11, paragr. 47.

22 *Multiple Access*, *supra*, note 15, paragr. 181-182.

23 *Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31, p. 45.

24 *Ontario Liquor License Case (Re)*, [1896] A.C. 348, p. 367.

adoptée tant par le gouvernement fédéral que par les gouvernements provinciaux, auquel cas il nous faudra répondre à la question posée par la négative.

Analyse du caractère véritable

[43] La détermination du caractère véritable d'une loi doit être conduite avec prudence, étant donné l'incidence déterminante qu'elle peut avoir sur la classification qui doit s'ensuivre. Les parties nous proposent des qualifications divergentes du caractère véritable de la Proposition. Ses détracteurs en proposent une lecture relativement étroite. Pour le PGQ, il s'agit de la protection des investisseurs du marché des valeurs mobilières par l'encadrement des intermédiaires et l'imposition d'obligations de divulgation aux émetteurs. Pour le PGA, il s'agit de la réglementation du commerce des valeurs mobilières, en vue de protéger les investisseurs et le caractère juste du marché, prévenir les risques systémiques et favoriser la coopération interprovinciale et internationale entre les autorités de valeurs mobilières. Pour le Barreau, il s'agit d'un régime de réglementation complète d'un secteur d'activité provincial, des contrats qui y ont cours et de tous ses participants.

[44] Pour les défenseurs de la Proposition, son caractère véritable est plus englobant. Pour le PGC, il y va de l'accroissement du bien-être économique du Canada dans son ensemble par l'instauration d'un régime complet de réglementation des marchés des capitaux. Finalement, bien que cela relève davantage d'un objectif que d'une formulation du caractère véritable, l'ABC plaide que la Proposition vise à protéger et à améliorer l'intégrité et la compétitivité des marchés des capitaux, qui touchent la prospérité et le bien-être de tous les Canadiens.

[45] Les synonymes employés par le juge La Forest permettent de mieux cerner les contours de cette expression si déterminante en matière constitutionnelle qu'est celle du « caractère véritable »:

> Bien entendu, cette expression n'est pas une formule magique. [...] On peut dire qu'il s'agit de la [...] "valeur constitutionnelle que présente la loi contestée", d'un "résumé du contenu de la loi", du "sens véritable de la loi contestée" ou de l'"idée maîtresse" ou "caractère véritable" de la loi contestée; [...]. Quelle que soit l'expression employée, l'idée est la même: l'analyse portant sur le partage des compétences commence avec la détermination de la [...] "caractéristique principale ou la plus importante de la loi contestée"[...][25]

[46] Pour évaluer le caractère véritable d'une loi, la jurisprudence nous demande d'évaluer à la fois l'objectif visé par le législateur et ses effets juridiques[26]. Le PGC soutient, citant l'arrêt *Ward c. Canada (Procureur général)*[27], que l'objectif visé doit

---

25 *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, p. 1286.

26 *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, paragr. 16.

27 *Ward c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 R.C.S. 569, 2002 CSC 17, p. 580. (ci-après « *Ward* »)

occuper une importance de premier ordre dans l'analyse du caractère véritable d'une loi. Les professeurs Patrick J. Monahan et André Tremblay sont également d'avis que la finalité de la loi doit être privilégiée sur ses effets. Ils ajoutent toutefois que ces derniers doivent être étudiés et qu'en cas de divergence marquée, on devra conclure que la loi a été adoptée pour un objectif autre que celui affirmé[28]. Une telle tentative par un gouvernement de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement, au moyen de ce que l'on appelle une « législation déguisée », emportera une déclaration d'inconstitutionnalité[29].

[47] Je suis d'avis que l'objectif et les effets d'une loi doivent être analysés sur un pied d'égalité afin de déterminer son caractère véritable. En effet, il est possible que des effets essentiels de la loi ne soient pas révélés par l'annonce de son objectif, ou qu'inversement certains effets ne soient pas obtenus malgré leur poursuite. Les trois motifs rendus dans le récent *Renvoi sur la procréation assistée* confirment cette approche[30]. Ceci étant, le PGC et l'ABC plaident à bon droit que l'analyse de l'efficacité d'une loi par rapport à ses objectifs n'est pas pertinente pour l'étude de son caractère véritable. Celle-ci relève plutôt de la question politique d'évaluer l'opportunité de l'adopter[31].

[48] Le PGC argue également que le caractère véritable de la Proposition doit être défini à un haut niveau de généralité. Les juges LeBel et Deschamps ont explicitement rejeté cette approche dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, soulignant le risque qu'une définition trop générale puisse emporter le rattachement d'une loi à deux matières exclusives d'un même ordre de gouvernement et légitimer des effets incidents démesurés. Ils écrivent :

> Il importe de déterminer avec le plus de précision possible le caractère véritable des dispositions contestées. [...] L'acceptation d'une formulation floue du caractère véritable d'une disposition entraînerait un risque non seulement de dilution et de confusion des doctrines constitutionnelles élaborées au fil des ans, mais aussi d'érosion du champ d'action des compétences provinciales en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale.[32]

[49] Le PGC et l'ABC plaident que la Proposition bénéficie d'une présomption de constitutionnalité. Cette présomption fut notamment énoncée par le juge Fauteux dans *Le renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act* :

> Il y a une présomption légale quant à l'existence de la bonne foi avec laquelle un corps législatif a l'intention de se limiter à son propre domaine d'activité et il

---

28 Patrick J. Monahan, *Constitutional Law*, 3e éd., Toronto, Irwin Law inc., 2006, p. 115. André Tremblay *Droit constitutionnel, Principes*, 2e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2000, p. 316.

29 *Renvoi relatif à Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, p. 330-331.

30 *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, *supra*, note 17, paragr. 22, 189 et 284.

31 *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, paragr. 57.

32 *Ibid.*, paragr. 190.

> existe une présomption de nature semblable selon laquelle les termes généraux d'une loi n'ont pas pour objet de la faire s'appliquer au-delà de la compétence territoriale du législateur.[33]

Sans mettre en doute la bonne foi du ministre des Finances du Canada, je conclus qu'il n'y a pas lieu d'appliquer de présomption de constitutionnalité en l'espèce, puisque la Proposition n'est pas l'œuvre d'un corps législatif, mais bien celle de l'exécutif. En plus de ne pas avoir reçu la sanction royale, différence fondamentale, elle n'a pas eu le bénéfice d'être étudiée et adoptée par les membres de la Chambre des communes et du Sénat.

[50] Comme le résume le professeur Peter W. Hogg, le tribunal pourra se référer dans l'évaluation de l'objectif et de l'effet d'une loi à des éléments de preuve intrinsèques (préambule, article traitant de l'objectif, autres articles…) et à des éléments de preuve extrinsèques relatifs au contexte de sa rédaction (rapports de commission d'enquête, livres blancs, études scientifiques, rapports de commissions parlementaires, débats parlementaires…)[34]. L'arrêt *Ward* a établi que l'identification de la problématique à laquelle un gouvernement décide de s'attaquer peut être pertinente à l'identification de son caractère véritable[35].

[51] Avant de procéder à une telle analyse, il importe d'identifier le fardeau de preuve applicable au nombre important de témoignages d'experts qui nous ont été présentés, tant relativement à la détermination du caractère véritable de la Proposition qu'à sa classification parmi les matières énumérées. Le PGC et l'ABC plaident que notre Cour ne devrait pas exiger une preuve stricte des faits allégués au soutien de la validité de la Proposition ou se prononcer sur des questions de politique sociale et économique. Ils ajoutent que, en vertu des propos du juge en chef Laskin dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, la preuve extrinsèque doit plutôt servir à établir un « fondement rationnel » entre la Proposition et la compétence législative invoquée[36]. L'ABC nous réfère aux propos suivants de Hogg, qui propose que cette approche permette de traiter d'éléments de preuve contradictoires sans avoir à trancher sur chacun d'entre eux et que, une fois un tel fondement rationnel établi, la loi jouisse d'une présomption de constitutionnalité :

> The rational basis test […] erects a presumption of constitutionality that is exceedingly difficult for the challenger of legislation to overcome. The rational basis test enables a court to uphold the validity of legislation without the

---

33 *Le renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, p. 255. Traduction tirée de *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, p. 688.

34 *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, paragr. 30; *Global Securities*, *supra*, note 16, paragr. 25.

35 *Ward*, *supra*, note 27, paragr. 22-23.

36 *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 423. (ci-après « *Renvoi : Loi anti-inflation* »).

> necessity for strict proof of the underlying fats. It enables a court to resolve conflicting evidence without the need to make a definitive ruling on the conflict.[37]

[52] Le PGC et l'ABC affirment à juste titre que les standards de preuve employés « dans une cause ordinaire », pour reprendre les mots du juge en chef Laskin[38], ne trouvent pas application dans la présente procédure de renvoi. N'ayant pas entendu les experts, nous n'avons pu procéder à l'évaluation de leur crédibilité, nous prononcer sur des objections ou décider de la véracité des faits allégués. Une réception plus généreuse et une évaluation moins stricte de la preuve sont donc indiquées.

[53] Mon analyse ne conférera toutefois pas à la Proposition une présomption de constitutionnalité. Le critère du fondement rationnel est approprié pour l'étude de questions hautement politiques comme l'évaluation de l'occurrence d'une crise nationale dans le cadre de l'exercice de la compétence résiduaire du Parlement en matière d'urgence. Il l'est également lorsqu'il s'agit de rattacher certaines dispositions législatives attaquées à la compétence législative principale invoquée au soutien d'une loi[39] et peut-être l'est-il en d'autres circonstances. Toutefois, les indices établis par la jurisprudence en matière d'échanges et de commerce en général appellent à une évaluation d'éléments factuels complexes, plutôt que de choix politiques, qu'une présomption de validité rendrait impossible. J'exigerai donc que les arguments avancés par toutes les parties au litige soient examinés selon la prépondérance de preuve, conformément à l'approche retenue dans l'arrêt *Bande Kitkatla*[40].

Preuves intrinsèques

La Proposition

[54] J'amorce l'analyse des éléments intrinsèques de la Proposition avec ceux qui énoncent son objectif. Le Préambule est rédigé ainsi :

Attendu :	Whereas:
Que les marchés des capitaux touchent le bien-être et la prospérité de tous les Canadiens;	Capital markets affect the well-being and prosperity of all Canadians;
Que les marchés des capitaux prennent une ampleur nationale et internationale accrue;	Capital markets are increasingly national and international in scope;
Que les marchés des capitaux évoluent rapidement et comportent des produits	Capital markets are rapidly evolving and include increasingly complex

37 Hogg, *supra*, note 17, p. 60-17.
38 *Renvoi : Loi anti-inflation, supra*, note 36, p. 423.
39 *Multiple Access*, *supra*, note 15, p. 183.
40 *Bande Kitkatla*, *supra*, note 20, paragr. 46.

financiers et des méthodes de placement et de négociation de plus en plus complexes;	financial products and methods of distribution and trading;
Qu'il est primordial pour le Canada d'avoir des marchés des capitaux compétitifs et assujettis à un régime de contrôle d'application de la loi renforcé, complet et coordonné;	It is important for Canada to have competitive capital markets and a strengthened, comprehensive and coordinated enforcement regime for those markets;
Qu'il est dans l'intérêt national de protéger et de promouvoir efficacement les intérêts du Canada à l'étranger, notamment par l'élaboration d'orientations cohérentes en matière de réglementation des marchés des capitaux;	It is in the national interest to effectively protect and promote Canadian interests internationally, including through the development of consistent regulatory policies for capital markets;
Que la présence, au sein du régime réglementaire canadien du secteur financier, d'un seul organisme canadien de réglementation des valeurs mobilières rehausserait l'intégrité et la stabilité du système financier du Canada;	The integrity and stability of Canada's financial system would be enhanced by the presence of a single Canadian securities regulator as part of the Canadian financial regulatory framework;
Que le Parlement entend créer un tel organisme, encadré par un régime législatif et réglementaire complet qui s'applique dans l'ensemble du Canada;	Parliament intends to create a single Canadian securities regulator, supported by a comprehensive statutory and regulatory regime that applies across Canada; and
Que le Parlement choisit de le faire au moyen d'un processus au titre duquel le régime s'appliquera au fur et à mesure que les provinces et territoires intéressés y adhéreront,	Parliament chooses to do so through a process under which the regime will apply as willing provinces and territories opt in;

[55] L'objet de la Proposition et les principes devant guider l'action de l'Autorité sont ainsi définis :

Objet de la loi	**Purposes of Act**
9. La présente loi a pour objet de :	9. The purposes of this Act are
a) Protéger les investisseurs contre les pratiques déloyales, irrégulières ou frauduleuses;	(a) to provide protection to investors from unfair, improper or fraudulent practices;

b) Favoriser des marchés des capitaux justes, efficaces et compétitifs en lesquels le public a confiance;

c) Contribuer, dans le cadre du régime réglementaire des finances du Canada, à l'intégrité et à la stabilité du système financier.

Principes

16. (1) Dans la réalisation de l'objet de la présente loi, l'Autorité tient compte des principes suivants :

a) l'exécution de la présente loi devrait se faire de façon ouverte, efficiente et souple;

b) les intérêts des investisseurs et entreprises des différents secteurs et régions du Canada devraient être pris en compte;

c) les coûts liés au respect de la présente loi devraient être appropriés, compte tenu de l'importance des résultats à atteindre en matière de réglementation.

Moyens

(2) Les principaux moyens de réaliser l'objet de la présente loi sont notamment :

a) des exigences concernant la communication de l'information en temps opportun et avec exactitude et efficience;

b) des interdictions visant les pratiques déloyales, irrégulières ou frauduleuses du marché;

c) des normes touchant le comportement honnête et responsable des participants du marché;

(b) to foster fair, efficient and competitive capital markets in which the public has confidence; and

(c) to contribute, as part of the Canadian financial regulatory framework, to the integrity and stability of the financial system.

Principles

16. (1) In pursuing the purposes of this Act, the Authority must have regard to the following principles:

(a) the administration of this Act should be open, efficient, flexible and responsive;

(b) the interests of investors and businesses in all sectors and regions across Canada should be taken into account; and

(c) the cost of compliance with this Act should be commensurate with the regulatory outcomes sought to be achieved.

Means

(2) The primary means for achieving the purposes of this Act include

(a) requirements for timely, accurate and efficient disclosure of information;

(b) prohibitions of unfair, improper or fraudulent market practices;

(c) standards for honest and responsible conduct by market participants;

(d) the monitoring and evaluation of issues or developments affecting the integrity or stability of capital markets; and

(e) cooperation and coordination among

d) la surveillance et l'évaluation des questions et faits nouveaux touchant l'intégrité ou la stabilité des marchés des capitaux;

e) la coopération et la coordination entre les autorités financières, au Canada et à l'étranger.

financial authorities, in Canada and elsewhere.

[56] Le régime proposé se décrit comme suit. La Partie 1 propose la création d'un Conseil des ministres, regroupant le ministre des Finances du Canada et un membre du conseil exécutif de chaque province, afin de faciliter l'exécution de la Proposition et d'échanger de l'information relative à la réglementation des valeurs mobilières. La Partie 2 met sur pied l'Autorité, qui est dotée de deux divisions et chargée d'exécuter la Proposition. La Division de la réglementation est dirigée par un régulateur en chef, dont les pouvoirs seront décrits plus loin. La seconde division est le Tribunal canadien des valeurs mobilières (ci-après « Tribunal »). Ce dernier est indépendant de la Division de la réglementation[41], dispose des attributions d'une cour supérieure d'archives pour la comparution, la prestation de serment et l'interrogatoire des témoins et la production et l'examen des pièces[42], et l'exercice de ses fonctions judiciaires et de sa direction sont assurés par un adjudicateur en chef[43].

[57] La Partie 2 établit également le forum des orientations en matière de réglementation, composé du président du conseil d'administration de l'Autorité, du régulateur en chef, des régulateurs en chef adjoints, de l'adjudicateur en chef, des adjudicateurs en chef adjoints et d'administrateurs désignés par le président. Son mandat est de participer à l'examen et à l'élaboration des règlements, des orientations, des pratiques et des activités de l'Autorité et d'obtenir les observations des participants du marché des capitaux. Les membres du Conseil des ministres ainsi qu'un représentant du comité consultatif des investisseurs sont invités à au moins trois de ses réunions[44]. Le comité consultatif des investisseurs est composé de personnes ayant de l'expérience relativement au marché des valeurs mobilières[45].

[58] Le régulateur en chef de la Division de la réglementation a, en vertu de la Partie 3, le pouvoir de reconnaître une personne à titre d'organisme d'autoréglementation, de bourse, d'agence de compensation ou d'organisme de surveillance des vérificateurs[46]. Il autorise un organisme d'autoréglementation reconnu à exercer les attributions de courtier, de conseiller ou de gestionnaire de fonds d'investissement[47]. Il prend des

---

41 Proposition, P.P.G.C., p. 1, art. 28.
42 *Ibid.*, art. 39.
43 *Ibid.*, art., 36,
44 *Ibid.*, art. 50.
45 *Ibid.*, art. 51.
46 *Ibid.*, art. 64.
47 *Ibid.*, art. 67.

décisions relativement à tout règlement administratif, politique, procédure, pratique, exercice des activités, opérations sur valeurs mobilières ou cotation de valeurs mobilières par un organisme d'autoréglementation reconnu[48].

[59] Le régulateur en chef a également, en vertu de la Partie 4, le pouvoir de désigner une personne à titre d'organisme de notation, de fonds d'indemnisation des investisseurs, d'organisme de service en matière de règlement des différends, d'agence de traitement de l'information, de répertoire des opérations ou de toute autre entité qui fournit des services réglementaires à des investisseurs ou à des participants du marché[49].

[60] La Partie 5 interdit à toute personne d'agir à titre de courtier, de conseiller ou de gestionnaire de fonds d'investissement sans être inscrite auprès de l'Autorité[50]. Le régulateur en chef peut suspendre l'inscription en cas de contravention à la Proposition[51]. La Partie 6 interdit à toute personne d'effectuer un placement de valeurs mobilières sans avoir déposé un prospectus auprès du régulateur en chef. Un prospectus doit satisfaire aux règles d'information quant aux valeurs mobilières émises ou dont le placement est envisagé[52]. En cas de contravention, le régulateur en chef peut ordonner la cessation des opérations[53]. La Partie 7 interdit également à toute personne d'effectuer des opérations portant sur des instruments dérivés, à moins que la bourse en question soit reconnue par le régulateur en chef[54] et que le document d'information réglementaire la concernant ait été accepté par le régulateur en chef[55].

[61] La Partie 8 impose aux émetteurs assujettis l'obligation d'émettre périodiquement de l'information concernant leurs activités et affaires, y compris leurs états financiers[56]. Elle exige également que les initiés d'émetteurs assujettis communiquent, notamment, des rapports indiquant leur propriété effective de valeurs mobilières de l'émetteur et leurs intérêts dans tout instrument financier connexe à ces valeurs mobilières[57].

[62] La Partie 9 prévoit des règles relatives aux offres publiques d'achat et de rachat, notamment quant à l'obligation d'un pollicitant de faire parvenir aux détenteurs visés une circulaire énonçant les conditions de l'offre. En cas de contravention à la Proposition, toute personne peut demander au Tribunal l'indemnisation des dommages

---

48 *Ibid.*, art. 71.
49 *Ibid.*, art. 73.
50 *Ibid.*, art. 76.
51 *Ibid.*, art. 78 et 79.
52 *Ibid.*, art. 82.
53 *Ibid.*, art. 86-87.
54 *Ibid.*, art. 89.
55 *Ibid.*, art. 90.
56 *Ibid.*, art. 93.
57 *Ibid.*, art. 97.

subis, l'annulation de la transaction ou une ordonnance de vendre des valeurs mobilières acquises[58].

[63] La Partie 10 impose à tout participant du marché des normes de tenue de dossiers et prescrit l'obligation d'agir avec honnêteté, intégrité et bonne foi. Elle interdit notamment les opérations d'initiés et les pratiques déloyales[59].

[64] La Partie 11 habilite le régulateur en chef à procéder à l'examen des affaires et du comportement de toute entité reconnue ou désignée[60]. Cela implique l'émission d'ordonnances assignant des personnes à comparaître, obligeant des témoins à témoigner sous serment, obligeant des personnes à produire des dossiers[61] ou autorisant des personnes désignées à entrer dans des lieux aux fins d'enquête[62]. Elle habilite aussi le Tribunal a, notamment, ordonner le respect de la Proposition, la cessation d'opérations sur des valeurs mobilières, la démission d'un administrateur ou dirigeant d'un émetteur, l'interdiction qu'une personne obtienne le statut d'inscrit et l'obligation pour un participant du marché de modifier ses pratiques, de diffuser ou non de l'information, ou de modifier une information diffusée[63]. En cas de contravention, le Tribunal peut condamner une personne à verser à l'Autorité une pénalité d'au plus un million de dollars par contravention[64]. Le Tribunal peut également ordonner la cessation des opérations sur des valeurs mobilières pour une période d'au plus quinze jours ouvrables, en de fluctuation inexplicable et inhabituelle du volume d'opérations sur les valeurs mobilières[65].

[65] Toute décision rendue par le Tribunal peut être homologuée par un tribunal sur dépôt d'une copie certifiée[66]. Sur demande du régulateur en chef, un tribunal peut également déclarer qu'une personne ne se conforme pas à la Proposition et rendre une série d'ordonnances pour rectifier la situation[67].

[66] La Proposition permet à un agent de la paix de demander *ex parte* à un juge ou un juge de paix qu'il ordonne à une entité la communication des noms des inscrits qui ont effectué des opérations sur des valeurs mobilières, ou à un inscrit le nom des personnes pour lesquelles il a fait ces transactions[68], de même que tout dossier ou renseignement exigé[69].

---

58 *Ibid.*, art. 108.
59 *Ibid.*, art. 117 et 121.
60 *Ibid.*, art. 133.
61 *Ibid.*, art. 134(3).
62 *Ibid.*, art. 134(7).
63 *Ibid.*, art. 139.
64 *Ibid.*, art. 140.
65 *Ibid.*, art. 144.
66 *Ibid.*, art. 145.
67 *Ibid.*, art. 146.
68 *Ibid.*, art. 149.
69 *Ibid.*, art. 150.

[67] La Partie 11 crée des infractions punissables par procédure sommaire et par mise en accusation en cas de non-respect de la Proposition, ces dernières pouvant mener à un emprisonnement maximal de cinq ans moins un jour et à une amende maximale de cinq millions de dollars[70]. Elle crée également une série d'infractions criminelles relativement aux manœuvres trompeuses concernant une valeur mobilière[71].

[68] La Partie 12 établit une série de recours civils. Des dommages-intérêts peuvent être dus par, notamment, un émetteur ou son administrateur en faveur de toute personne qui achète des valeurs mobilières offertes dans un prospectus contenant une présentation inexacte des faits[72]. Des dommages-intérêts peuvent être dus par, notamment, un pollicitant ou son administrateur, en faveur de toute personne à qui a été envoyée une circulaire d'offre publique d'achat ou de rachat contenant une présentation inexacte des faits[73]. Des dommages-intérêts peuvent être dus par, notamment, un émetteur ou son administrateur, en faveur de toute personne qui achète des valeurs mobilières offertes dans un document d'offre réglementaire contenant une présentation inexacte des faits[74]. L'acheteur des valeurs mobilières à qui un prospectus ou une modification n'a pas été envoyé, la personne à qui une circulaire d'offre publique d'achat ou de rachat ou un avis de modification n'a pas été envoyé et l'acheteur de valeurs mobilières à qui un document d'offre réglementaire n'a pas été envoyé peuvent intenter des actions en dommages-intérêts[75]. Dans tous ces cas, la personne intentant un recours peut également demander l'annulation de la transaction visée.

[69] La Partie 12 prévoit également que des dommages-intérêts peuvent être dus par toute personne se livrant à des opérations d'initiés en faveur de toute personne qui a effectué une opération sur l'une des valeurs mobilières concernées[76]. Elle prévoit finalement que divers autres contrats concernant des transactions de valeurs mobilières peuvent être annulées dans certaines circonstances[77]. Des moyens de défense et des délais de prescriptions sont prévus pour les différents recours pouvant être intentés en vertu de cette partie.

[70] La Partie 13 crée une série de recours civils liés aux obligations d'information sur le marché secondaire. Des dommages-intérêts peuvent être dus par, notamment, un émetteur ou son administrateur, en faveur de toute personne qui acquiert une valeur mobilière offerte dans un document ou une déclaration orale publique qui contiennent une présentation inexacte des faits[78]. Il en va de même pour l'acquisition de valeurs

---

70 *Ibid.*, art. 153.
71 *Ibid.*, art, 158 et ss.
72 *Ibid.*, art. 169.
73 *Ibid.*, art. 171.
74 *Ibid.*, art. 173.
75 *Ibid.*, art. 179.
76 *Ibid.*, art. 180.
77 *Ibid.*, art. 187-190.
78 *Ibid.*, art. 196-198.

mobilières faisant suite à l'omission de communiquer un changement important[79]. La Partie 13 établit des règles de calcul des dommages, de procédure et de prescription relatives à ces recours.

[71] La Partie 14 confère à l'Autorité le pouvoir d'adopter des règlements nécessaires à l'application de la Proposition[80]. L'agrément du ministre des Finances du Canada est nécessaire à l'adoption de tout règlement[81]. Le gouverneur en conseil peut ordonner par décret à l'Autorité de prendre, de modifier ou d'abroger un règlement s'il est d'avis que la mesure répond à un besoin urgent et que sans cela les investisseurs ou l'intégrité ou la stabilité des marchés des capitaux risqueraient fortement de subir un préjudice important.[82] Elle habilite également un tribunal à rendre des ordonnances en vue de recueillir tout élément de preuve d'un témoin se trouvant à l'étranger[83].

[72] Finalement, la Partie 15 prévoit que le gouverneur en conseil peut désigner les provinces en ayant fait la demande à titre de provinces participantes[84] et prendre des règlements concernant la transition des régimes de ces provinces au régime canadien[85].

Articles de la *Loi d'exécution du budget de 2009*

[73] L'article 295 de la *Loi d'exécution du budget 2009* habilite le ministre des Finances à faire des paiements directs à des provinces et à des territoires, jusqu'à concurrence de 150 millions de dollars, en vue de l'établissement d'un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières et de la constitution de l'Autorité. L'article 296 habilite le ministre à conclure avec les provinces et les territoires des accords relatifs à la réglementation des valeurs mobilières. L'article 297 édicte la *Loi sur le Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières* (ci-après « Bureau de transition »)[86].

[74] Cette loi constitue le Bureau de transition et, en son sein, un comité consultatif composé d'au plus treize membres recommandés par les provinces et territoires participants[87]. Le Bureau de transition élabore un plan de transition vers un régime national traitant des questions administratives et organisationnelles, consulte les parties intéressées, dont les participants aux marchés financiers canadiens, et exerce, à la

---

79 *Ibid.*, art. 199.
80 *Ibid.*, art. 227.
81 *Ibid.*, art. 230.
82 *Ibid.*, art. 232.
83 *Ibid.*, art. 248-249.
84 *Ibid.*, art. 250.
85 *Ibid.*, art. 255.
86 *Loi sur le Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières 2009*, ch. 2, art. 297.
87 *Ibid.*, art. 5.

demande du ministre, toute autre activité[88]. Sauf modification par le gouverneur en conseil, le Bureau de transition est dissout trois ans après sa constitution[89].

Preuves extrinsèques

Historique des initiatives d'harmonisation

[75] Le débat sur l'unification des régimes de réglementation des valeurs mobilières au Canada ne date pas d'hier. Comme le note le PGC dans son mémoire, la notion de commission nationale des valeurs mobilières avait été abordée brièvement dans le rapport de la Commission royale d'enquête sur les écarts de prix de 1935. En 1964, le rapport de la Commission royale d'enquête sur le système bancaire et financier conclut en un besoin d'uniformité en la matière, et recommanda la création d'une commission fédérale comme onzième organisme fixant des normes élevées que les autorités provinciales auraient été invitées à suivre. La commission écrit :

> Avec le temps, la régie fédérale pourra ouvrir des bureaux régionaux pour faciliter ses opérations, surtout si certains gouvernements provinciaux jugent pratique et souhaitable de déléguer ne fut-ce qu'une part de leurs responsabilités à l'organisme fédéral. Aussi, bien que notre recommandation comporte, au départ, l'établissement d'un onzième organisme de réglementation, nous espérons qu'elle amènera éventuellement toutes les parties à s'entendre et à collaborer pour corriger dans une large mesure les doubles emplois et le manque d'uniformité actuels. On pourrait y arriver rapidement, surtout si la qualité de la régie fédérale amenait les gouvernements provinciaux à autoriser automatiquement les émissions enregistrées par celle-ci. Les administrations provinciales auraient ainsi plus de temps à consacrer aux questions de caractère local, comme les permis de vendeurs et l'enregistrement des émissions à distribuer sur leur seul territoire.[90]

[76] En 1967, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario propose d'établir un organisme de réglementation national unique dont les pouvoirs lui seraient délégués par les provinces. Les deux prémisses sur lesquelles elle se base sont les suivantes : premièrement, le coût des régimes de valeurs mobilières dans certaines provinces n'est pas proportionnel au volume d'échanges qui s'y fait, et deuxièmement, la dimension interprovinciale de ses échanges dépasse les limites des compétences provinciales[91].

---

88 *Ibid.*, art. 11.

89 *Ibid.*, art. 17.

90 Rapport de la Commission royale d'enquête sur le système bancaire et financier, Rapport Porter, chapitre 17 (1964), p. 396, P.P.G.C., p. 479.

91 Ontario Securities Commission, CANSEC Legal and Administrative Concepts, bulletin 61, novembre 1967, p. 63, P.P.G.C., p. 491.

[77] En 1969, le Comité d'étude sur les institutions financières du Québec constate les lacunes que présente un système de réglementation morcelé. Il recommande la création d'un organisme semblable à celui présenté par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, afin « d'uniformiser le processus d'adjudication, de centraliser les services de dépistage de la fraude, tout en maintenant la réalité des compétences provinciales en matière de surveillances des institutions. »[92]

[78] En 1979, le ministère fédéral de la Consommation et des Corporations produisait un *Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières*[93] et recommandait la création d'une commission nationale des valeurs mobilières travaillant en collaboration avec les autorités provinciales, afin que commissions provinciales et nationale puissent se déléguer des compétences[94].

[79] En 1994, les premiers ministres du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve proposent au gouvernement fédéral un mémorandum d'accord visant à établir un organisme fédéral de réglementation des valeurs mobilières[95]. Son Préambule indique l'objectif d'accroître l'efficacité des marchés de capitaux en mettant en place un régime uniforme de valeurs mobilières, sans altérer le partage des compétences législatives entre gouvernements. La loi fédérale aurait concerné la dimension extraprovinciale du commerce des valeurs mobilières. La Canadian Securities Commission ainsi créée serait responsable de l'administration de la loi et de l'exercice des compétences qui pourraient lui être déléguées par des lois provinciales[96]. Cette proposition trouva écho dans le discours du Trône de 1996, où le gouvernement fédéral affirma qu'il serait prêt à travailler avec les provinces intéressées au développement d'une Commission canadienne des valeurs mobilières[97].

[80] Comme le note le PGA, les Autorités canadiennes des valeurs mobilières (ci-après « ACVM »), un regroupement des autorités des 10 provinces et des trois territoires du pays, ont également contribué aux efforts de coopération et d'uniformisation. En 1999, elles établissent le Régime d'examen concerté, mis en œuvre par les instructions canadiennes 12-201 (Régime d'examen concerté des demandes de dispense) et 43-201 (Régime d'examen concerté du prospectus et de la notice annuelle initiale). Celui-ci permet aux autorités provinciales et territoriales de s'en

---

92 Rapport du Comité d'étude sur les institutions financières, Gouvernement du Québec, Rapport Parizeau, 1969, p. 156. P.P.G.C., p. 1080.

93 *Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières*, P.P.G.C., p. 508.

94 A. Douglas Harris, *A Symposium on Canadian Securities Regulation: Harmonization or Nationalization*? University of Toronto Capital Markets Institute, 2002, Sources du PGC, Vol. 5, p. 85-86.

95 *Ibid.*, p. 91.

96 Draft Memorandum of Understanding Regarding the Regulation of Securities in Canada (1994), art. 3, P.P.G.C., p. 518.

97 Débats de la Chambre des communes, Vol. 133, Num. 001, 2e session, 35e Législature, 27 février 1996, p. 5.

remettre aux analyses et enquêtes faites par une autre autorité relativement à un participant du marché. Le résultat d'une telle entente fut que, bien que chaque autorité continuât à rendre une décision au sujet des participants, ces derniers n'avaient qu'à transiger avec l'une d'entre elles pour l'approbation de leurs documents, l'obtention d'exceptions ou l'enregistrement comme intermédiaire[98].

[81] Dans la même optique que celle du Régime d'examen concerté, les ACVM, sauf l'Ontario, signent en 2004 le Protocole d'entente provincial-territorial sur la réglementation des valeurs mobilières, menant à l'adoption du *Règlement 11-102 sur le régime de passeport*[99]. Le processus vise à simplifier davantage les procédures de dépôt de documents, de demande d'exemptions et d'enregistrement comme intermédiaire entre les diverses autorités. Les décisions prises par une autorité dite principale, correspondant à la province du siège social d'un émetteur ou du bureau d'un individu, s'appliquent automatiquement aux autres autorités participantes. L'Ontario conserve ses propres procédures, mais les autres membres des ACVM reconnaissent ses décisions automatiquement.

[82] Le Forum conjoint des autorités de réglementation du marché financier fut également fondé en 1999 par les ACVM, le Conseil canadien des responsables de la réglementation d'assurance et l'Association canadienne des organismes de contrôle des régimes de retraite. Son objectif est le partage d'information touchant à ces trois secteurs financiers et la mise sur pied de projets conjoints de réglementation et de protection des consommateurs[100].

[83] En 2003, le Comité des personnes averties, formé par le ministre des Finances du Canada, publia son rapport, intitulé *C'est le temps d'agir*[101]. Rompant avec les initiatives précédentes, il recommande la création d'un régime exhaustif de réglementation des valeurs mobilières au pays, appliqué par une commission nationale unique. Selon lui, un tel organisme pourrait combler les lacunes suivantes d'un système de coopération entre gouvernements :

> Le point de contact unique en matière de réglementation, la présence locale et la mise en œuvre relativement facile constituent les points forts du régime de passeport. Malgré ces points forts, qui sont tous inclus dans le modèle recommandé, le régime de passeport comporte des lacunes importantes. Il ne représente pas une amélioration suffisante au chapitre de l'application des lois. L'élaboration des politiques continuerait à subir les contrecoups de la nécessité de dégager un consensus au sein des multiples organismes de réglementation, qui ont des priorités et des approches divergentes. Il ne contribuerait que

---

98 Déclaration sous serment de William S. Rice, P.P.G.A., Vol. I, p. 29-31, paragr. 100-107. (« Rice »)

99 Memorandum of Understanding Regarding Securities Regulation (2004), P.P.G.A., p. 146.

100 Rice, *supra*, note 98, P.P.G.A. p. 37, paragr. 113.

101 Comité pour examiner la structure de la réglementation des valeurs mobilières au Canada (« Comité de personnes averties »), *C'est le temps d'agir*, (2003), p. vii-xi, P.P.G.C., p. 578-582.

> légèrement à rehausser la crédibilité du Canada sur les marchés financiers internationaux. Les chevauchements inutiles persisteraient, car le régime de passeport maintiendrait la multiplicité actuelle des organismes de réglementation. Les émetteurs continueraient à verser des frais dans toutes les administrations même si une seule tenait lieu d'organisme de réglementation principal. Enfin, le régime de passeport n'améliore pas à lui seul la reddition de comptes ou la gouvernance.[102]

[84] En 2005, un groupe d'experts formé par le gouvernement de l'Ontario publie son rapport. Le Groupe Crawford y recommande l'établissement du régime de réglementation unique par l'adoption par renvoi d'une même loi par chaque province[103].

[85] En 2009, le Groupe d'experts sur la réglementation des valeurs mobilières formé par le gouvernement fédéral présente son rapport[104]. Le rapport Hockin identifie les lacunes suivantes du régime actuel. En matière d'indemnisation en cas de fraude, la possibilité d'entamer un recours est inégale d'une province à l'autre[105]. Le refus de l'Ontario de participer au régime de passeport accentue ce problème. De plus, le système est peu accessible, en raison du grand nombre d'organismes de réglementation et d'autoréglementation existant. Le système actuel est lent et coûteux, et sa nature décentralisée l'empêche d'assurer une protection suffisante contre les risques systémiques.

[86] Le rapport Hockin recommande, notamment, que la réduction du risque systémique soit l'un des principes directeurs du cadre établi, qu'un régime unique et uniforme soit adopté en vue de rendre des comptes à l'ensemble de la population canadienne, que l'approche réglementaire soit davantage fondée sur des principes et vise la réduction de l'incertitude, que soit créé un tribunal d'arbitrage indépendant, que l'organisme de réglementation conserve le pouvoir discrétionnaire de rendre certaines décisions, que soit créé un bureau de surveillance des marchés de capitaux relevant du ministre fédéral des Finances et que la nouvelle loi réglemente également les instruments dérivés négociés en bourse[106].

[87] Le rapport Hockin propose une Ébauche de loi sur les valeurs mobilières[107]. Il note que, en plus d'améliorations, elle constitue une synthèse de plusieurs lois de

---

102 *Ibid.*, p. x, P.P.G.C., p. 581.

103 Groupe Crawford sur un organisme unique de réglementation des valeurs mobilières au Canada, *Ébauche d'une Commission canadienne des valeurs mobilières*, (2006), p. 1-11, P.P.G.C., p. 645-655.

104 Groupe d'experts sur la réglementation des valeurs mobilières, Rapport final et recommandations (« Rapport Hockin »), 2009, P.P.G.C., p. 746.

105 *Ibid.*, p. 786.

106 *Ibid.*, p. 842-845.

107 Groupe d'experts sur la réglementation des valeurs mobilières, Ébauche de loi sur les valeurs mobilières, Commentaires, P.P.G.Q., p. 559. Pour le texte de la loi, voir Ébauche de loi sur les valeurs mobilières, http://www.expertpanel.ca/fra/rapports/rapport-final/ebauche-de-loi-sur-les-valeurs-mobilieres.html.

réglementation de valeurs mobilières provinciales actuellement en vigueur, dont tout particulièrement la *Securities Act*[108] albertaine[109].

[88] En 2009, le Bureau de transition fut créé par l'entrée en vigueur de la *Loi sur le Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières*, le 13 juillet 2009. Selon le plan de transition soumis le 12 juillet 2010, la Proposition serait adoptée d'ici décembre 2011, après le dépôt du renvoi de la Cour suprême, et l'Autorité amorcerait ses activités le 1er juillet 2012[110].

[89] Il ressort de ce survol historique une volonté persistante de lutte contre le double emploi et le manque d'uniformité des régimes canadiens, afin de rendre le système dans son ensemble plus efficace et plus juste. Il démontre aussi une volonté de respecter la diversité géographique des institutions canadiennes et la compétence provinciale en la matière. En 2009, à la suite de la crise financière mondiale causée par la titrisation imprudente de prêts hypothécaires et à la crise canadienne du papier commercial adossé à des actifs non bancaires en 2007[111], on observe également l'apparition de l'objectif de lutte contre les risques systémiques menaçant le système financier.

Déclarations et débats parlementaires

[90] La Proposition n'a pas fait l'objet de débats parlementaires. Un communiqué de presse du ministère des Finances est toutefois pertinent à l'identification des objectifs poursuivis :

> Traduisant la volonté du gouvernement de collaborer avec les provinces et les territoires, le régime proposé est facultatif, de sorte que les provinces et les territoires seront libres d'y adhérer. [...]
>
> « Les Canadiennes et les Canadiens, qui confient leurs épargnes et leurs régimes de retraite aux marchés de capitaux, méritent d'être protégés par une réglementation solide, appliquée dans toutes les régions du pays, a déclaré l'honorable Jim Flaherty, ministre des Finances. La proposition de loi que nous publions aujourd'hui rendra notre régime plus conforme à celui qu'exigent les marchés et dont les investisseurs canadiens ont besoin. »

---

108 *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4.

109 Groupe d'experts sur la réglementation des valeurs mobilières, Ébauche de loi sur les valeurs mobilières, Commentaires, P.P.G.Q., p. 561.

110 Plan de transition de l'Autorité canadienne de réglementation des valeurs mobilières, Bureau de transition canadien en valeurs mobilières, le 12 juillet 2010, http://www.csto-btcvm.ca/documents/Sommaire_du_Plan_de_transition_de_lACRVM.pdf.

111 Frank Milne, L'incidence de l'innovation et de l'évolution sur la réglementation des marchés des capitaux, le 19 mai 2010, P.P.G.C., p. 258-270. (« Milne »)

> Comme en témoigne la performance du Canada au cours de la crise financière mondiale, notre régime de réglementation financière est un modèle de choix pour d'autres pays. Par contre, le Canada est le seul grand pays industrialisé qui ne dispose pas d'un organisme national de réglementation des valeurs mobilières. Notre système financier pourra être renforcé grâce à l'établissement d'un tel organisme national qui supervisera les marchés de capitaux du Canada. Cette façon de faire rendra le système financier canadien plus stable, plus intègre et plus efficace. [...]
>
> La loi proposée s'appuie sur la réglementation provinciale en matière de valeurs mobilières et regroupe la législation existante en un seul texte. Elle s'appuie sur les travaux du Groupe d'experts sur la réglementation des valeurs mobilières (groupe Hockin) et d'autres projets de réformes, et elle reflète les pratiques exemplaires canadiennes et étrangères. Elle propose d'améliorer sensiblement la gouvernance, l'arbitrage, la stabilité financière, les procédures pénales et celles destinées à renforcer la réglementation, et établit de vastes pouvoirs afin de réglementer les instruments financiers et les participants aux marchés de capitaux.[112] (je souligne)

[91] À la Chambre des communes, l'allocution suivante du ministre des Finances à l'occasion de l'adoption du budget de 2009 illustre les objectifs de réduction de l'incertitude et d'accroissement de l'efficacité poursuivis :

> Malgré sa solidité dans l'ensemble, le système financier canadien comporte une lacune de taille. Notre mosaïque de 13 organismes distincts de réglementation des valeurs mobilières établis dans chacune des provinces et dans chacun des territoires crée de l'incertitude et des tracasseries inutiles pour les investisseurs. Notre gouvernement propose une solution dans le Plan d'action économique du Canada.
>
> Afin de donner suite aux recommandations du Groupe d'experts présidé par Tom Hockin, nous allons mettre sur pied un bureau chargé d'administrer la transition vers un organisme canadien de réglementation des valeurs mobilières.
>
> Plus tard dans l'année, nous déposerons une loi fédérale sur les valeurs mobilières à l'échelle du Canada, et le bureau de transition exécutera un plan administratif dans l'année qui suivra.
>
> Nous allons respecter les domaines de compétence provinciale, et la participation à l'organisme commun de réglementation des valeurs mobilières sera facultative. Les provinces et les territoires ainsi que les sociétés qui y participeront vont nous permettre d'accentuer notre compétitivité. Les Canadiens

---

[112] Le gouvernement du Canada protégera les investisseurs canadiens, ministère des Finances du Canada, Ottawa, le 26 mai 2010, 2010-051, http://www.fin.gc.ca/n10/10-051-fra.asp.

> seront ainsi mieux placés pour tirer profit des possibilités qui seront offertes dans un contexte de reprise de l'économie mondiale.[113] (je souligne)

Rapports d'experts

[92] Les parties ont soumis à notre attention une abondante preuve d'experts traitant de la réglementation du commerce des valeurs mobilières. J'y fais référence ici, faut-il le rappeler, afin de déterminer quels sont les objets et effets de la Proposition, plutôt que de juger de l'opportunité de son adoption.

[93] Les conclusions du rapport du professeur Frank Milne sont essentiellement les suivantes : la plupart des Canadiens investissent sur les marchés de valeurs mobilières par l'achat d'actions ou indirectement par des fonds communs de placement, le marché des valeurs mobilières a maintenant une dimension nationale et internationale qui rend nécessaire la coopération internationale en matière de réglementation, les instruments qui y sont négociés sont de plus en plus complexes, la distinction entre les différentes activités financières classiques (activités bancaires, assurances et activités boursières) s'estompe, une meilleure coordination entre ces activités est nécessaire, la distinction classique entre instruments liés aux capitaux propres, à l'emprunt et au crédit s'estompe également en raison de la titrisation, et les crises financières ont illustré les lacunes de la réglementation actuelle des valeurs mobilières[114]. Quant à l'échelle nationale des marchés, il note par exemple que, en 2002, deux tiers des quelques 7 600 émetteurs assujettis au Canada étaient régis par plus d'une autorité provinciale, que 31 % des émetteurs inscrits à la Bourse de Toronto ou à la Bourse de croissance TSX étaient des émetteurs assujettis à la réglementation des dix autorités provinciales, qu'environ 80% des entreprises inscrites dans la Base de données nationale d'inscription sont inscrites dans plus d'une province ou d'un territoire et qu'en 2008, 193 émetteurs canadiens étaient inscrits à la cote d'une bourse aux États-Unis[115].

[94] Le professeur Michael J. Trebilcock résume ainsi les limites de l'harmonisation atteinte par le régime actuel de passeport. Il est d'opinion que, dans un tel système, il est peu probable que les provinces acceptent de déléguer leurs fonctions réglementaires à un organisme principal, le processus de décision consensuel est plus long et à tout moment vulnérable au retrait d'une province, les normes sont moins harmonisées (notamment en matière de produits dérivés ou de marchés dispensés), leur application peut varier d'un province à l'autre et créer une situation de concurrence réglementaire menant au nivellement vers le bas, les frais à acquitter sont « vraisemblablement » plus élevés en raison du plus grand nombre d'organismes, le système ne traite pas des problèmes d'application interprovinciale, il ne favorise pas la transparence et la responsabilité, il empêche le Canada de parler d'une seule voix dans

---

[113] L'hon. Jim Flaherty (ministre des Finances du Canada, Chambre des communes, 40e législature, 2e session, le mardi 27 janvier 2009.

[114] Milne, *supra*, note 111, P.P.G.C., p. 270.

[115] *Ibid.*, p. 234-236.

les forums internationaux et il rend plus difficile la coordination avec les autres intervenants du système financier, tels que la Banque du Canada, le Bureau du surintendant des institutions financières et les banques[116]. Il ajoute qu'un organisme de réglementation unique « définirait vraisemblablement avec plus de souplesse et plus rapidement les nouvelles mesures à prendre pour remédier aux difficultés nouvelles pouvant surgir sur les marchés des capitaux » que les ACVM[117]. Tout en soulignant que l'on ne peut qualifier le système actuel de « désastre »[118], Trebilcock est d'avis qu'il ne présente pas les avantages de la décentralisation et la souplesse qu'on lui attribue[119].

[95] La Dr Marion G. Wroebel présente un rapport au nom de l'ABC et avance deux thèses principales[120]. D'abord, elle est d'avis que l'économie canadienne a atteint des dimensions nationales et internationales, notamment vu l'influence nationale des banques à charte et la dimension nationale des premiers appels publics à l'épargne. Or, en 2009, 61% des placements étaient effectués par six courtiers appartenant à des banques et, en 2010, la participation des banques aux fonds communs de placement avait dépassé les 40 %[121]. Il s'ensuit que le système fragmenté de réglementation des valeurs mobilières est inefficace dans l'atteinte de ses objectifs d'accessibilité au capital et de protection des investisseurs. Par exemple, les organismes d'autoréglementation et les courtiers de marché dispensé seraient sujets à des règles différentes[122]. Le Fonds monétaire international et l'Organisation de coopération et de développement économiques auraient indiqué à de multiples reprises qu'un système national canadien serait plus efficace, ce qui contredit un document de travail de cette dernière plaçant le Canada en deuxième position pour son système de réglementation des valeurs mobilières[123]. Ensuite, elle indique que la mondialisation des marchés a accru le risque systémique auquel ils font face. Ceci exige uniformité, coordination et coopération, au niveau national et international, ce que le « Heads of Agencies », réunissant notamment les quatre plus importantes commissions de valeurs mobilières, n'arrive pas à faire[124]. Un système unique serait nécessaire pour que le Canada puisse intervenir d'une voix cohérente dans les forums internationaux.

[96] Le professeur Stéphane Rousseau est d'avis que, même si l'encadrement provincial demeure perfectible, il n'a pas été établi que la centralisation de la réglementation lui serait supérieure. Les ACVM ont développé, au cours du dernier

---

116 Michael J. Trebilcock (Rapport sur un organisme national de réglementation des valeurs mobilières), le 20 mai 2010, P.P.G.C., p. 366-369. (« Trebilcock »)

117 *Ibid.*, P.P.G.C., p. 370 à 372.

118 Michael J. Trebilcock (Réponse aux experts du Québec et de l'Alberta), le 23 août 2010, P.P.G.C., p. 413.

119 *Ibid.*, p. 428.

120 Marion G. Wrobel, Report of Canadian Bankers Association Regarding Parliament's Jurisdiction to Create a National Securities Regulator, August 26th, 2010, P.A.B.C., p. 9.

121 *Ibid.*, p. 17.

122 *Ibid.*, p. 19.

123 *Ibid.*, p. 21.

124 *Ibid.*, p. 25.

siècle, de nombreuses pratiques simplifiant les procédures, réduisant les coûts et facilitant l'accès à l'information par les participants : Régime d'examen concerté, Système électronique de données, d'analyse et de recherche (mieux connu par l'acronyme « SEDAR »), Système électronique de déclarations d'initiés, Base de données nationale d'inscription, Régime d'inscription canadien et Régime de passeport[125]. Il conclut que l'encadrement pancanadien actuel par les provinces est hautement harmonisé, permet la réduction des coûts, permet de répondre aux particularités locales et régionales, permet l'expérimentation et l'innovation, est apte à répondre aux enjeux contemporains, et est conforme aux *Principes et objectifs de la réglementation des valeurs mobilières* de l'OICV[126].

[97] Les professeurs Jean-Marc Suret et Cécile Carpentier sont d'avis que la structure réglementaire canadienne en matière de valeurs mobilières est bien adaptée. Le marché canadien serait particulièrement local, puisque plus des deux tiers des émetteurs canadiens ne pourraient être inscrits à des bourses américaines en raison de leur faible capitalisation[127]. Le coût de la réglementation au Canada serait inférieur à celui de l'Australie ou du Royaume-Uni, calculé par million de dollars de capitalisation, ou à celui de l'Australie, du Royaume-Uni et des États-Unis, lorsque calculé par entreprise. Ils ajoutent qu'on ne peut attribuer à notre structure réglementaire le fait que les entreprises canadiennes prennent de la valeur lorsqu'elles s'inscrivent à une bourse américaine, phénomène appelé « escompte canadien ». Cela résulterait plutôt d'un accroissement de la demande du titre. Un régime unique entraînerait une augmentation de 50 % des coûts de la réglementation[128]. Suret et Carpentier reconnaissent que la prévention des risques systémiques doit faire partie des préoccupations des organismes de réglementation des valeurs mobilières. Ils sont toutefois d'avis que le système canadien n'y est pas particulièrement vulnérable et qu'il est impossible de tirer des dernières crises financières des conclusions en matière de structure de réglementation[129]. Enfin, les auteurs formulent une mise en garde contre la capture réglementaire à laquelle un régime unique serait davantage exposé qu'un régime décentralisé, particulièrement étant donné la forte concentration des domaines bancaire, financier et autoréglementaire[130].

[98] Le professeur Stephen Choi arrive aux conclusions suivantes. Le régime canadien est efficace, résilient et permet l'innovation, comme en témoignent le bas coût d'accès au capital ou la création au Québec du Bureau de décision et de révision en valeurs mobilières (ci-après « BDRVM »), un tribunal administratif indépendant de l'autorité réglementaire dont s'inspire la Proposition. Le régime actuel permettrait une

---

125 Stéphane Rousseau, L'encadrement du secteur des valeurs mobilières par le Québec et le débat sur une commission nationale des valeurs mobilières, juin 2010, P.P.G.Q., p. 972-978. (« Rousseau »)
126 *Ibid.*, p. 1205-1209.
127 *Ibid.*, p. 1239-1240.
128 *Ibid.*, p. 1240-1241.
129 *Ibid.*, p. 1243.
130 *Ibid.*, p. 1244.

représentation internationale effective des intérêts canadiens, comme en témoignent les démarches de la Securities and Exchange Commission étatsunienne (ci-après « SEC ») pour développer des ententes avec le Canada et l'entente de coopération de juin 2010 conclue entre la SEC, l'Autorité des marchés financiers du Québec (ci-après « AMF ») et la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario. Il ajoute que la prévention des risques systémiques doit être effectuée à l'aide d'instruments macro-économiques, comme les règles prudentielles établies par la Banque du Canada et le Bureau du surintendant des institutions financières du Canada. Les autorités en valeurs mobilières contribuent également à la protection contre les risques systémiques, en remplissant rigoureusement leur mandat de protection des participants du marché (divulgation d'information, permis, code de crédit, etc.). Les autorités provinciales sont mieux placées qu'une commission nationale pour ce type d'intervention micro-économique et de prévention des risques systémiques. L'essentiel est le partage de l'information entre les autorités provinciales et avec les régulateurs prudentiels, ce que les ACVM accomplissent à l'heure actuelle. Choi est d'avis qu'une commission nationale aurait moins accès à la rétroaction du marché et serait plus sujette aux erreurs, au relâchement de la vigilance et à la capture réglementaire. En terminant, il souligne qu'en cas d'adhésion partielle des provinces à la Proposition et de non-reconduction du régime de passeport, le système canadien connaîtrait une plus grande fragmentation du droit et une augmentant des coûts[131].

[99] Le professeur Jonathan Macey est d'opinion que la centralisation du régime canadien, par l'adhésion de certaines ou de toutes les provinces à la Proposition, aurait un impact négatif. Il conclut au contraire qu'il n'a pas été établi qu'un système décentralisé favorise le nivellement vers le bas. L'exemple américain ne démontre pas de tendance des participants du marché à choisir les régimes les moins stricts. La dernière crise financière a démontré que les organismes décentralisés assurent une réglementation plus efficace des valeurs mobilières que les organismes centralisés. Ainsi, la SEC a négligé à répétition de faire enquête sur des fraudes majeures et la majorité des enquêtes aux États-Unis ont été menées au niveau des États. Macey ajoute qu'il est artificiel de parler de marché national des valeurs mobilières. Entre marchés local, national ou mondial, le premier présente deux caractéristiques importantes. D'abord, même pour une action vendue internationalement, la détermination des prix a lieu au niveau local, puisque c'est là que l'information propre à l'entreprise est amassée et traitée. Ensuite, puisque l'information non publique concernant l'entreprise est générée localement, c'est à ce niveau que le besoin de surveillance est le plus grand. Le marché mondial est complémentaire au marché local, parce qu'il permet d'avoir accès à des sources étrangères de capital. Inversement, l'importance des marchés nationaux n'est pas établie et rien ne justifie la réglementation à ce niveau plutôt qu'au niveau local. L'expérience de l'Union

---

[131] Stephen Choi, The Benefits of Provincial Securities Regulation in Canada, June 2010, P.P.G.Q, p. 1424-1429. (« Choi »)

européenne illustre cette réalité, puisqu'à ce jour la réglementation relève des États membres[132].

[100] Me Andrea M. Corcoran est d'avis que les régimes canadien et québécois sont conformes aux 30 principes et trois objectifs généraux adoptés en 1998 par l'OICV: la protection des investisseurs, l'établissement de marchés justes, efficaces et transparents, et la réduction des risques systémiques. De nouveaux principes furent adoptés en 2010 particulièrement à ce dernier objectif[133]. L'AMF étant membre de l'OICV, ces principes sont applicables au Québec. Ils ne dictent pas de structure réglementaire particulière et reconnaissent spécifiquement qu'il n'est pas nécessaire de mettre en place un régulateur unique[134]. Ils tiennent pour acquis que la coopération de nombreux acteurs est nécessaire pour assurer l'efficacité du système. Corcoran conclut en soulignant que tant le Fonds monétaire international que la Banque mondiale ont jugé le système réglementaire canadien efficace[135].

[101] Le professeur Thomas J. Courchene est d'opinion que le Canada est la fédération la plus décentralisée des pays développés du monde. Il ajoute que les programmes canadiens gérés de manière décentralisée, dont la réglementation des valeurs mobilières, sont davantage dynamiques, efficaces et innovateurs que s'ils l'étaient de manière centralisée. La réglementation des valeurs mobilières comporte également une dimension sociopolitique. Pour le Québec, il s'agirait de préserver un modèle de capitalisme communautaire caractérisé par l'usage du droit civil québécois, la langue française et la culture québécoise. Pour l'Alberta, il s'agirait de conserver le contrôle sur des aspects clés de son économie, dont les ressources naturelles, malgré son pouvoir politique et électoral limité au sein du pays. Courchene conclut qu'il n'a pas été prouvé qu'une commission nationale améliorerait la performance de l'industrie des valeurs mobilières, tant nationalement qu'internationalement. Il serait mal venu que le gouvernement fédéral justifie sa démarche par les difficultés d'application du régime actuel, alors qu'il pourrait y remédier autrement. Il est peu probable qu'un régime national soit plus efficace, puisqu'il nécessiterait de conserver la très grande majorité des emplois actuels. Courchene conclut que les Canadiens seraient mieux servis par la continuation du régime actuel[136].

[102] Me Eric Spink, Q.C., est d'avis que la réglementation des valeurs mobilières relève du droit des biens et des contrats. Son objectif est la protection des investisseurs, l'établissement de marchés justes et la réduction des risques systémiques. Ainsi, le *Securities Transfer Act* de l'Alberta codifie des règles de droit des

---

132 Jonathan Macey, An Analysis of the Canadian Federal Government's Initiative to Create a National Securities Regulator, June 2010, P.P.G.Q., p. 1661-1666.

133 Andrea Corcoran, International Standards Affecting Securities Regulators and Regulation as Applicable to Quebec, June 2010, P.P.G.Q., p. 1684-1985. (« Corcoran »)

134 *Ibid.*, p. 1687.

135 *Ibid.*, p. 1898.

136 Thomas Courchene, A Single National Securities Regulator? Public Policy and Political Economy Perspectives, June 26, 2010, P.P.G.A., p. 288-290.

contrats applicables aux transactions de valeurs mobilières. Ce qu'on appelle en langage courant le commerce interprovincial de valeurs mobilières est en fait une série de contrats, dont aucun n'entraîne le déplacement d'un bien. La réduction des risques systémiques se fait par la réglementation des intermédiaires impliqués et par l'établissement de règles contractuelles par les agences de compensation et de dépôt[137].

Lois provinciales existantes

[103] L'ABC plaide à bon droit que la constitutionnalité d'une loi fédérale doit être évaluée sans tenir compte d'une loi provinciale presque identique. La redondance n'est pas un signe d'invalidité puisque, tel que je l'ai mentionné, deux lois traitant de la même chose peuvent être adoptées en vertu d'aspects différents. Le juge en chef Dickson se prononça à cet effet dans l'arrêt *General Motors*[138], reprenant ses propres mots énoncés auparavant dans l'arrêt *Multiple Access*[139]. Néanmoins, les autres lois existantes traitant de la même problématique peuvent être pertinentes à l'étape de l'identification du caractère véritable, puisqu'elles fournissent des indications quant à l'objet de la Proposition et à ses effets possibles. Je traiterai donc ici du cadre législatif applicable au Québec en la matière.

[104] La *Loi sur l'Autorité des marchés financiers*[140] institue l'AMF. En vertu du Titre I, l'AMF a pour mission d'assister les consommateurs de produits et utilisateurs de services financiers (ci-après dans cette section « consommateurs »), veiller à ce que les intervenants du secteur financier respectent les normes de solvabilité en vue de protéger les consommateurs, administrer l'admissibilité à la distribution de produits et services financiers en bourse, encadrer les activités boursières, encadrer les marchés de dérivés et indemniser les consommateurs[141]. Ses objectifs sont de favoriser la confiance du public à l'égard des institutions financières, promouvoir une offre de produits et services de haute qualité, mettre en place un cadre réglementaire favorisant le développement du secteur financier, fournir une information fiable sur le marché financier et assurer la protection du public[142]. Le Titre II prévoit la mise sur pied d'un Conseil consultatif de régie administrative au sein de l'AMF, formé de sept personnes nommées par le ministre des Finances du Québec, avec pour mandat de faire des recommandations à l'AMF et au ministre des Finances sur son fonctionnement[143].

[105] En vertu du Titre III, l'AMF peut reconnaître des personnes à titre d'organisme d'autoréglementation, notamment pour l'encadrement d'activités prévues à la *Loi sur les*

---

137 Eric Spink, Q.C., Securities Regulation as Property Law, June 28, 2010, P.P.G.A., p. 342. (« Spink »)

138 *General Motors*, *supra*, note 11, paragr. 63.

139 *Multiple Access*, *supra*, note 15, p. 175.

140 *Loi sur l'autorité des marchés financiers*, L.R.Q., c. A-33.2.

141 *Ibid.*, art. 4. Voir aussi *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1, art. 276.

142 *Ibid.*, art. 8.

143 *Ibid.*, art. 57.

valeurs mobilières. L'AMF peut déléguer ses pouvoirs à ces organismes[144] tout en exerçant un contrôle de leurs activités, qui lui permet par exemple de suspendre l'application d'un règlement intérieur, ordonner sa modification ou ordonner une certaine conduite s'il en va de l'intérêt du public[145]. Le Titre IV crée le BDRVM, qui a notamment pour fonction d'exercer des fonctions en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières*[146], telles que suspendre ou assortir de conditions le droit d'inscription à titre de courtier, de conseiller ou de gestionnaire de fonds d'investissement[147] ou ordonner à une bourse ou à un autre organisme reconnu par l'AMF la conduite à adopter s'il en va de l'intérêt du public[148].

[106] Le Titre II de la *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit que, sauf dispense, toute personne qui entend procéder au placement d'une valeur mobilière, au Québec ou à l'extérieur, doit établir un prospectus contenant tout fait important relatif au titre émis et le soumettre au visa de l'AMF[149]. Le Titre III prévoit que les émetteurs ont l'obligation de fournir périodiquement des informations au sujet de leurs activités et affaires internes[150]. L'initié à l'égard d'un émetteur assujetti doit déposer une déclaration contenant diverses informations[151]. Le Titre IV impose des conditions aux personnes faisant une offre publique d'achat ou de rachat[152].

[107] Le Titre V impose à quiconque voulant agir à titre de courtier, de conseiller ou de gestionnaire de fonds d'investissement l'obligation de s'inscrire auprès de l'AMF[153]. L'inscription est conditionnelle à des exigences de compétence, de probité et de solvabilité, et peut être conditionnelle[154]. L'AMF peut radier, suspendre ou assortir de conditions une inscription en cas, notamment, de faillite, d'infraction ou d'inaptitude[155]. Tel que mentionné précédemment, le BDRVM peut également retirer les droits conférés par l'inscription[156]. Le courtier, le conseiller ou le gestionnaire de fonds d'investissement doit conserver certaines informations et les fournir à l'AMF sur demande[157]. Il doit également agir avec bonne foi, honnêteté, équité, loyauté et soin envers ses clients[158].

[108] Le Titre VI prévoit qu'une bourse, une chambre de compensation, une agence de traitement de l'information, un fournisseur de services d'appariement ou un fournisseur

---

144 *Ibid.*, art. 61.
145 *Ibid.*, art. 76, 77 et 80.
146 *Ibid.*, art. 93-94.
147 *Loi sur les valeurs mobilières*, art. 152.
148 *Ibid.*, art. 172.
149 *Ibid.*, art. 11-13.
150 *Ibid.*, art. 73-74.
151 *Ibid.*, art. 89.3.
152 *Ibid.*, art. 112.
153 *Ibid.*, art. 148.
154 *Ibid.*, art. 151.
155 *Ibid.*, art. 151.0.1.
156 *Ibid.*, art. 152.
157 *Ibid.*, art. 159.0.1.
158 *Ibid.*, art. 160-160.1.

de services de réglementation ne peut exercer ses activités sans être reconnu par l'AMF à titre d'organisme d'autoréglementation[159]. L'AMF établit des règles qui leur sont applicables et le BDRVM peut leur imposer une conduite s'il en va de l'intérêt du public[160]. Le Titre VII établit des interdictions et dispositions pénales. Il interdit les délits d'initiés, les fausses déclarations relatives à l'AMF, l'usurpation du titre d'inscrit, la multiplication inutile des opérations sur compte et la vente d'un titre à découvert sans en avoir informé le courtier responsable[161]. Il prévoit également des infractions particulières, telles que les pratiques déloyales, abusives ou frauduleuses[162] ou la présentation ou la transmission d'informations fausses ou trompeuses[163]. Toute personne contrevenant à la *Loi sur les valeurs mobilières* est passible d'amendes ou de peines d'emprisonnement d'au plus cinq ans moins un jour[164].

[109] Le Titre VIII prévoit des règles applicables en cas de recours civils en cas d'opérations effectuées sans prospectus ou note d'information, de transmission d'informations fausses ou trompeuses sur le marché primaire et sur le marché secondaire, d'usage d'informations privilégiées et d'offres publiques irrégulières. Ces règles concernent la preuve, l'octroi de dommages, la nullité des contrats, la révision des prix, le partage de la responsabilité, la prescription et le lieu d'introduction des instances[165]. Le Titre IX contient diverses mesures d'application de la loi, notamment quant au pouvoir d'enquête de l'AMF[166], au pouvoir du BDRVM de rendre toute ordonnance visant à priver toute personne des gains réalisés à l'occasion de son manquement à la loi[167] ou aux dispenses de se conformer à la loi[168]. Le BDRVM peut notamment interdire à une personne d'effectuer une opération sur valeurs[169].Le Titre X prévoit que le gouvernement ou l'AMF peuvent conclure avec un autre gouvernement ou une autorité d'un autre territoire ou province canadiens un accord prévoyant la délégation réciproque de compétences[170]. L'AMF ou le BDRVM peuvent appeler devant eux toute affaire dont est saisie une autre autorité en vertu d'une délégation de compétence. L'AMF peut intégrer par renvoi toute disposition de la législation en valeurs mobilières d'une autre autorité[171]. L'AMF, le BDRVM ou un organisme d'autoréglementation reconnu peuvent se fonder sur une décision similaire d'une autre autorité pour rendre une décision[172]. Ce titre permet également qu'un accord soit conclu

---

159 *Ibid.*, art. 169.
160 *Ibid.*, art. 171.1.1-172.
161 *Ibid.*, art. 187-194.
162 *Ibid.*, art. 195.2.
163 *Ibid.*, art. 196-197.
164 *Ibid.*, art. 202-213.
165 *Ibid.*, art. 213.1-236.1.
166 *Ibid.*, art. 237.
167 *Ibid.*, art. 262.1.
168 *Ibid.*, art. 263.
169 *Ibid.*, art. 265.
170 *Ibid.*, art. 306.
171 *Ibid.*, art. 308.
172 *Ibid.*, art. 308.0.3.

pour que les décisions prises par l'autorité compétente d'une province ou d'un territoire soient reconnues sur le territoire d'une autre province ou territoire, et que les obligations qui ont été remplies dans une province ou un territoire soient dispensées dans une autre province ou un autre territoire [173]. Finalement, le Titre XI confère à l'AMF le pouvoir d'adopter les règlements nécessaires à l'application de la loi. Tout règlement doit être approuvé par le ministre des Finances, qui peut également en édicter de son propre chef[174]. Je mentionne finalement l'existence de la *Loi sur les instruments dérivés*[175] et de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*[176] qui complètent le régime en vigueur au Québec. La première vise à favoriser l'intégrité, l'équité, l'efficacité et la transparence des marchés de dérivés, à assurer la protection du public contre les pratiques déloyales, abusives ou frauduleuses et à assurer au public l'accessibilité à une information suffisante, véridique, claire et adaptée[177]. Le Titre II exige qu'une entité réglementée soit reconnue par l'AMF pour exercer une activité en dérivés[178] et lui impose une série de règles de fonctionnement. Le BDRVM peut notamment lui ordonner la conduite à tenir s'il en va de l'intérêt du public[179]. Le Titre III impose l'inscription des courtiers et conseillers auprès de l'AMF[180] et leur impose des règles de conduite. Le Titre IV exige que toute personne mettant en marché un dérivé soit auparavant agréée par l'AMF[181]. Le Titre V traite de l'administration de la loi, confère à l'AMF des pouvoirs d'enquête[182] et permet au BDRVM d'imposer des amendes allant jusqu'à 2 000 000$[183]. Le Titre X de la *Loi sur valeurs mobilières* permettant la coopération entre provinces et territoires s'applique à la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*. Le Titre VII établit des interdictions et des infractions particulières, telles que les pratiques déloyales, abusives ou frauduleuses[184] ou la présentation ou la transmission d'informations fausses ou trompeuses[185]. Toute personne contrevenant à la loi est passible d'amendes ou de peines d'emprisonnement d'au plus cinq ans moins un jour[186]. Le Titre IX confère à l'AMF un pouvoir réglementaire, qui peut également être exercé par le gouvernement[187].

---

[173] *Ibid.*, art. 308.2.
[174] *Ibid.*, art. 331.2.
[175] *Loi sur les instruments dérivés*, L.R.Q., c. I-14.01.[176] *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, L.R.Q., c. T-11.002.
[176] *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, L.R.Q., c. T-11.002.
[177] *Loi sur les instruments dérivés*, *supra*, note 175, art. 1.
[178] *Ibid.*, art. 12.
[179] *Ibid.*, art. 49.
[180] *Ibid.*, art. 54.
[181] *Ibid.*, art. 82.
[182] *Ibid.*, art. 115.
[183] *Ibid.*, art. 134.
[184] *Ibid.*, art. 150.
[185] *Ibid.*, art. 152-153.
[186] *Ibid.*, art. 160-166.
[187] *Ibid.*, art. 174-176.

[112] La *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés* vise, dans un contexte d'harmonisation de la législation des provinces et territoires canadiens, à établir le cadre juridique régissant certains aspects de droit privé applicable[188]. Elle présente donc une série de définitions : transfert, émetteur, valeurs mobilières, actifs financiers, avis, livraison, endossement, garanties, etc. Elle déclare l'émetteur responsable de l'inscription tardive ou fautive du transfert d'une valeur mobilière[189]. Elle régit l'exercice de ses droits par le titulaire d'un titre intermédié[190]. Elle prescrit certaines obligations aux intermédiaires en valeurs mobilières[191]. Elle établit des règles de préséance entre plusieurs acquéreurs à titre onéreux de droits sur un titre intermédié[192].

[113] Finalement, mentionnons que le *Code civil du Québec*, en plus de diverses références aux valeurs mobilières, leur alloue un paragraphe complet du Titre deuxième du Livre Dixième relatif aux conflits des lois. Il y est notamment prévu que la validité d'une valeur mobilière est régie par la loi de l'État en vertu de laquelle l'émetteur est constitué. Ce même État, sauf toute autre loi désignée, régit d'autres droits et obligations de l'émetteur. Également, la loi de l'État de la situation d'un certificat de valeur mobilière au moment de la livraison est applicable à la question de revendication[193].

[114] Les autres provinces et territoires canadiens disposent tous de régime de réglementation des valeurs mobilières similaires[194].

Conclusion sur le caractère véritable

[115] À la lumière de ce qui précède, je suis d'avis que l'objet poursuivi par le gouvernement fédéral dans la Proposition est de rendre le régime de réglementation des valeurs mobilières canadien plus uniforme, plus efficace et plus apte à prévenir les

---

188 *Ibid.*, art. 1.
189 *Ibid.*, art. 91-102.
190 *Ibid.*, art. 107-115.
191 *Ibid.*, art. 116-125.
192 *Ibid.*, art. 129-130.
193 *C.c.Q.*, art. 3108.1-3108.8.
194 *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, *Securities Transfer Act*, S.B.C. 2007, c. 10 (Colombie-Britannique), *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, *Securities Transfer Act*, S.A. 2006, c. S-4.5 (Alberta), *Securities Act*, 1988, S.S. 1988-89, c. S-42.2, *Securities Transfer Act*, S.S. 2007, c. S-42.3 (Saskatchewan), *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, c. S.5, *Loi de 2006 sur le Transfert des valeurs mobilières*, L.O. 2006, c. 8 (Ontario), *Loi sur les valeurs mobilières*, L.N.-B. 2004, c. S-5.5, *Loi sur le transfert des valeurs mobilières*, L.N.-B. 2008, c. S-5.8 (Nouveau-Brunswick), *Securities Act*, R.S.N.S. 1989, c. 418, *Securities Transfer Act*, S.N.S. 2010, c. 8 (Nouvelle-Écosse), *Securities Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-3.1 (Île-du-Prince-Édouard), Securities Act, R.S.N.L. 1990, c. S-13, Securities Transfer Act, S.N.L. 2007, c. S-13.01 (Terre-Neuve-et-Labrador), *Loi sur les valeurs mobilières*, L.Y. 2007, c. 16 (Yukon), *Loi sur les valeurs mobilières*, L.T.N.-O. 2008, c. 10, *Loi sur le transfert des valeurs mobilières*, L.T.N.-O. 2009, c. 14 (Territoires du Nord-Ouest), *Loi sur les valeurs mobilières*, L.Nun. 2008, c. 12, *Loi sur le transfert des valeurs mobilières*, L.Nun. 2010, c. 15 (Nunavut).

risques systémiques pouvant menacer le système financier. J'utilise l'expression « risque systémique » au sens où l'entend Trebilcock dans la définition suivante :

> [R]isque que l'incapacité d'un intervenant sur le marché à remplir ses obligations amène les autres à ne pas pouvoir remplir les leurs, ce qui provoquerait une chaîne de conséquences économiques négatives qui se propageraient à l'ensemble du système financier.[195]

[116] Étant donné la preuve d'expert contradictoire qui nous a été soumise et le standard de preuve applicable en l'espèce, il me suffit pour le moment d'identifier ces problèmes comme étant ceux visés par le gouvernement, sans avoir à me prononcer sur leur existence. Cette conclusion ressort également de mon étude historique des initiatives d'harmonisation entreprises depuis le début du 20e siècle et des nombreux rapports publiés à ces occasions. Finalement, le Préambule et les articles 9 et 16 de la Proposition confirment la poursuite de ces trois objectifs principaux.

[117] Il est hasardeux d'évaluer les effets potentiels d'un texte de loi qui n'a pas encore été adopté. Ceci est toutefois nécessaire, afin que la détermination du caractère véritable de la Proposition ne se limite pas à la caractéristique principale que son auteur souhaite lui attribuer, mais fournisse bien une description la plus fidèle possible à la réalité. Faire autrement serait courir le risque de déclarer valide une législation déguisée et de légitimer un détournement de pouvoir. Le juge Rand nous met d'ailleurs explicitement en garde dans le *Renvoi sur la margarine* de la Cour suprême :

> Ordinarily a preamble indicates the purpose of the statute and it may be a guide to the meaning and scope of the language where that is doubtful or ambiguous. But when the question is the real character of the legislation for the purposes of jurisdiction between two legislatures under a federal constitution, different considerations arise. A legislation cannot conclude the question by a declaration in a preamble: at most it is a fact to be taken into account, the weight to be given to it depending on all the circumstances [...][196] (je souligne)

[118] Il ne fait pas de doute que la diminution des coûts et la prévention de risques systémiques sont des objectifs poursuivis par le gouvernement fédéral. L'harmonisation des lois et les bénéfices qui peuvent en découler ne sont toutefois pas pertinents quant à la détermination du caractère véritable d'une loi, puisque par définition une loi fédérale peut s'appliquer uniformément *a mari usque ad mare* alors qu'une loi provinciale sera confinée aux limites de son territoire. Puisque n'importe quelle loi fédérale a pour effet une certaine harmonisation, considérer un tel objectif serait circulaire et s'y limiter serait s'abstenir d'identifier la matière sur laquelle porte véritablement la Proposition.

---

[195] Trebilcock, *supra*, note 116, P.P.G.C., p. 343.

[196] *Reference re Validity of Section 5 (a) Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, p. 47-48.

[119] De plus, l'importance limitée des quelques mesures que l'on peut relier à l'objectif de prévention des risques systémiques me convainc que ce dernier ne relève pas du caractère véritable de la Proposition, malgré l'importance qu'on lui accorde dans le Préambule et aux articles 9 et 16. La Proposition ne prévoit à cet égard que le pouvoir d'intervention d'urgence en matière réglementaire du gouverneur en conseil prévu à la Partie 14 et deux structures vouées à l'échange d'information relative à la réglementation, le Conseil des ministres et le Forum des orientations en matière de réglementation, aux parties 1 et 2. Ces mesures sont trop peu nombreuses et trop peu importantes dans leur effet envisageable pour pouvoir être qualifiées de dominantes. Au contraire, Choi et Spink me convainquent plutôt que c'est indirectement, par la réglementation de l'ensemble du comportement des participants du marché des valeurs mobilières, que la Proposition s'adresse le plus significativement à la prévention du risque systémique.

[120] À ce sujet, le juge Beetz a formulé dans sa dissidence dans le *Renvoi : Loi anti-inflation* une distinction pertinente entre l'occasion à laquelle une loi est adoptée et son caractère véritable. Une loi s'inscrivant dans un programme général visant à atteindre un objectif lui aussi général ne relèvera pas nécessairement de la matière de cet objectif :

> Je ne doute pas que la *Loi anti-inflation* fait partie d'un programme plus général visant à combattre l'inflation qui peut inclure des mesures fiscales et monétaires ainsi que des politiques de réduction des dépenses publiques. Je suis disposé à admettre que l'inflation a constitué l'occasion ou la raison de la promulgation de cette loi, mais je n'accepte pas qu'elle en constitue le sujet. Pour qualifier une disposition législative, il faut examiner son opération, ses effets et l'étendue de ceux-ci plutôt que son but ultime lorsque ce dernier embrasse tout. [...] [L]a *Loi anti-inflation,* comme son préambule l'indique, est manifestement une loi relative au contrôle des marges bénéficiaires, des prix, des dividendes et des rémunérations, soit, en ce qui concerne le secteur privé provincial, une loi relative à la réglementation du commerce local, aux contrats et à la propriété et aux droits civils dans les provinces, adoptée dans le cadre d'un programme de lutte à l'inflation. La propriété et les droits civils dans les provinces sont, pour la plus grande part, l'essence et la substance ou le sujet de la *Loi anti-inflation.* [...][197]

[121] Au reste, le texte de la Proposition révèle les attributs classiques d'un régime de réglementation du comportement des participants du marché des valeurs mobilières. Elle encadre les émissions sur le marché primaire et les transactions sur le marché secondaire au moyen de diverses obligations (exigence d'information et de déclaration d'initiés des émetteurs, reconnaissance des intermédiaires, désignation de personnes aptes à fournir des services aux participants du marché, encadrement des offres

---

[197] *Renvoi : Loi anti-inflation*, *supra*, note 36, p. 452-453.

d'achat, interdiction de comportements visant à tromper le marché, etc.) et prévoit le respect de ces obligations par des sanctions pénales et criminelles et par une série de recours civils. Je conclus donc que la caractéristique principale, l'idée maîtresse ou le sens véritable de la Proposition est la réglementation du commerce des valeurs mobilières.

[122] Je ne vois pas de caractère véritable concurrent, tel que le maintien de l'intégrité du système financier et le maintien de marchés des capitaux compétitifs, qui permettrait l'adoption de la loi par le Parlement en vertu d'un double aspect. Les autres aspects qui ont été plaidés par le PGC ont un niveau de généralité excessif ou ne sont qu'accessoires au texte qui nous est présenté. D'ailleurs, la Proposition se distingue des autres domaines pouvant être sujets à un double aspect, dans la mesure où le régime fédéral ne propose pas de cadre complémentaire aux régimes provinciaux, mais bien un régime s'y substituant. Ses dispositions sont tellement similaires à celles des lois provinciales actuellement en vigueur qu'elle est vouée à rendre la majorité d'entre elles inopérantes pour cause d'incompatibilité, à moins qu'elles ne soient carrément retirées.

[123] J'évaluerai maintenant à quelle matière prévue à la *Loi constitutionnelle de 1867* appartient l'unique caractère véritable de la Proposition. Je débuterai par la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils et poursuivrai avec la compétence fédérale en matière d'échanges et commerce.

[124] Les propos suivants des juges Binnie et LeBel prononcés dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta* guideront cet exercice de classification :

> Le partage des compétences prévu aux art. 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue le fondement de notre système fédéral. Il vise à respecter la diversité locale au sein de la nation fédérale en conférant de « larges pouvoirs » aux législatures provinciales, tout en « réservant au Parlement des pouvoirs dont l'exercice se prêtait davantage à l'ensemble du pays »[198].

Compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils

Origines historiques

[125] La compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils remonte aux premiers moments de la colonisation européenne. À la suite de la collision entre deux empires dont les habitants de l'Amérique du Nord devaient être témoins lors de la Conquête, Georges III, roi du Royaume-Uni et d'Irlande, instaura le droit anglais tant en

---

[198] *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22, para. 22.

matière criminelle qu'en matière civile dans la Province de Québec. Sa *Proclamation royale de 1763*[199] prévoit :

> Nous avons donné aux gouverneurs de Nos colonies sous Notre grand sceau, le pouvoir de créer et d'établir, de l'avis de Nosdits conseils, des tribunaux civils et des cours de justice publique dans Nosdites colonies pour entendre et juger toutes les causes aussi bien criminelles que civiles, suivant la loi et l'équité, conformément autant que possible aux lois anglaises; [...](je souligne)
>
> We have given Power under our Great Seal to the Governors of our said Colonies respectively to erect and constitute, with the Advice of our said Councils respectively, Courts of Judicature and public Justice within our Said Colonies for hearing and determining all Causes, as well Criminal as Civil, according to Law and Equity, and as near as may be agreeable to the Laws of England, [...]

[126] L'*Acte qui règle plus solidement le gouvernement de la province de Québec en Amérique septentrionale* ou *Acte de Québec de 1774*[200] instaure un nouvel équilibre entre Canadiens anglais et Canadiens français. Par son article VIII, il rétablit le droit privé d'origine française pour les questions relatives à la propriété et aux droits civils (« *Property and Civil Rights* ») :

> Il est aussi Établi par la susdite autorité, que tous les sujets Canadiens de Sa Majesté en ladite province de Québec; [...] pourront aussi tenir leurs propriétés et possessions, et en jouir, ensemble de tous les usages et coutumes qui les concernent, et de tous leurs autres droits ce citoïens, d'une manière aussi ample, aussi étendue, et aussi avantageuse, que si les dites proclamation, commissions, ordonnances, et autres actes et instruments, n'avoient point été faits, en gardant à sa Majesté la foi et fidélité qu'ils lui doivent, et la soumission due à la couronne et au parlement de la Grande-Bretagne: et que dans toutes affaires en litige, qui concerneront leurs propriétés et leurs droits de citoïens, ils auront recours aux lois du Canada, comme les maximes sur lesquelles elles doivent être décidées [...] (je souligne)
>
> And be it further enacted by the Authority aforesaid, That all his Majesty's Canadian Subjects within the Province of Quebec [...] may also hold and enjoy their Property and Possessions, together with all Customs and Usages relative thereto, and all other their Civil Rights in as large, ample, and beneficial Manner as if the said Proclamation, Commissions, Ordinances, and other Acts and Instruments had not been made, and as may consist with their Allegiance to his Majesty, and Subjection to the Crown and Parliament of Great Britain; and that in all Matters of Controversy, relative to Property and Civil Rights, Resort shall be had to the Laws of Canada, as the Rule for the Decision of the same [...]

---

199 *Proclamation royale de 1763* (R.-U.), reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, nº 1, p. 3.

200 *Acte de Québec de 1774* (R.-U.), 14 Geo. 3, c. 83, art. VIII, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, nº 2, p. 5.

[127] Le professeur Gil Rémillard observe que les documents constitutionnels qui suivirent s'inscrivent dans la continuité de cet acte. Il souligne l'importance qu'a eue ce processus pour la préservation des coutumes juridiques :

> L'Acte de 1867 signifie tout d'abord pour les Canadiens français du Bas-Canada, la fin du régime d'union qui est considéré comme une injustice imposée à la suite des troubles de 1837-38. Le pacte fédératif est ainsi pour eux un pas déterminant dans l'expression juridique de leur identité nationale. En ce sens, l'Acte de 1867 est la prolongation de l'Acte de Québec de 1774 et de l'Acte constitutionnel de 1791 qui a permis à la communauté conquise de 1760 de retrouver ses coutumes juridiques et son identité nationale.[201] (je souligne)

[128] Tremblay est du même avis :

> L'article 92(13) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique apparaît donc intimement lié à l'histoire du Canada et particulièrement à la conservation du droit civil français dans la province de Québec. Dans l'Acte de Québec de 1774, l'expression « la propriété et les droits civils » représente la garantie juridique de la conservation du droit civil français; elle cautionne la continuité de la tradition intellectuelle française dans le domaine du droit privé. Elle autorise les Canadiens, et cela conformément aux principes du droit international et à la pratique des nations, à régler leurs relations privées en accord avec un système juridique connu.[202]

[129] La juge L'Heureux-Dubé en indique tout autant dans l'arrêt *Laurentide motels ltd. c. Beauport (Ville)* :

> L'*Acte de Québec* de 1774, a scellé le sort des deux grands systèmes juridiques qui allaient régir le droit applicable au Québec: le droit civil français tel qu'il existait avant 1760 avec ses modifications subséquentes au Québec pour tout ce qui touche à la propriété et aux droits civils (*property and civil rights*) et la *common law* telle qu'elle existait en Angleterre à la même époque avec ses modifications subséquentes en ce qui concerne le droit public.[203]

[130] Ainsi, l'article XXXIII de l'*Acte constitutionnel de 1791*, ou *Acte abrogeant certaines parties d'une loi votée la quatorzième année du règne de Sa Majesté, intitulée « Acte à l'effet de pourvoir de façon plus efficace au gouvernement de la province de Québec dans l'Amérique du Nord » et arrêtant de nouvelles dispositions pour le*

---

[201] Gil Rémillard, *Le fédéralisme canadien*, Montréal, Québec/Amérique, 1980, p. 102. (« Rémillard »)

[202] André Tremblay, *Les Compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils,* Ottawa, Éditions de l'université d'Ottawa, 1967, p. 126. (ci-après « Tremblay »)

[203] *Laurentide motels ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 735.

gouvernement de ladite province[204], prévoit le maintien des lois existantes tant dans le Haut-Canada que le Bas-Canada, nouvellement créés :

> Et il est de plus statué par la dite Autorité, que toutes Loix, Statuts, et Ordonnances, qui seront en force le jour qui sera fixé de la manière ci-après ordonne pour le commencement de cet Acte, dans les dites Provinces, ou l'une ou l'autre d'icelles, ou dans aucune de leurs parties respectivement, resteront et continueront dans la même force, autorité, et effet, dans chacune des dites Provinces respectivement, comme si cet Acte n'eut pas été fait; et comme si la dite Province de Québec; n'eut pas été divisée; excepte en autant qu'elles ont été expressément rappelées ou variées par cet Acte, ou en autant qu'elles seront ou pourront ci-après, en vertu et sous l'autorité de cet Acte, être rappellées ou variées par sa Majesté, ses Héritiers ou Successeurs, par et de l'avis et consentement des Conseils Législatifs et des Assemblées des dites Provinces respectivement, [...] (je souligne)
>
> And be it further enacted by the Authority aforesaid, That all Laws, Statutes, and Ordinances, which shall be in force on the Day to be fixed in the Manner herein-after directed for the Commencement of this Act, within the said Provinces, or either of them, or in any Part thereof respectively, shall remain and continue to be of the same Force, Authority, and Effect, in each of the said Provinces respectively, as if this Act had not been made, and as if the said Province of Quebec had not been divided; except in so far as the same are expressly repealed or varied by this Act, or in so far as the same shall or may hereafter, by virtue of and under the Authority of this Act, be repealed or varied by his Majesty, his Heirs or Successors, by and with the Advice and Consent of the Legislative Councils and Assemblies of the said Provinces respectively, [...]

[131] L'article XLVI de l'*Acte d'union, 1840*, ou *Acte pour réunir les provinces du Haut et du Bas-Canada, et pour le gouvernement du Canada*, reprend substantiellement le même texte[205]. Finalement, la *Loi constitutionnelle de 1867* reprend telle quelle l'expression anglaise « *Property and Civil Rights* » dans la liste des compétences provinciales énumérées. Elle spécifie également que toutes les lois en vigueur au Québec au moment de l'union continueront d'être en vigueur jusqu'à la date où elles seront modifiées par le Parlement, ce qui eut pour effet de permettre à certaines lois de perdurer jusqu'à nos jours malgré la confédération :

> 92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir : [...]
>
> 13. La propriété et les droits civils dans la province; [...]
>
> 92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say, [...]
>
> 13. Property and Civil Rights in the Province. [...]

---

[204] *Acte constitutionnel de 1791* (R.-U.), 31 Geo. III, c. 31, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, nº 3.

[205] *Acte d'union, 1840* (R.-U.), 3-4 Vict., c. 35, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, nº 4, p. 4-5.

129. Sauf toute disposition contraire prescrite par la présente loi, toutes les lois en force en Canada, dans la Nouvelle-Écosse ou le Nouveau-Brunswick, lors de l'union, tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle, toutes les commissions, pouvoirs et autorités ayant force légale, et tous les officiers judiciaires, administratifs et ministériels, en existence dans ces provinces à l'époque de l'union, continueront d'exister dans les provinces d'Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick respectivement, comme si l'union n'avait pas eu lieu; mais ils pourront, néanmoins (sauf les cas prévus par des lois du parlement de la Grande-Bretagne ou du parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande), être révoqués, abolis ou modifiés par le parlement du Canada, ou par la législature de la province respective, conformément à l'autorité du parlement ou de cette législature en vertu de la présente loi.

129. Except as otherwise provided by this Act, all Laws in force in Canada, Nova Scotia, or New Brunswick at the Union, and all Courts of Civil and Criminal Jurisdiction, and all legal Commissions, Powers, and Authorities, and all Officers, Judicial, Administrative, and Ministerial, existing therein at the Union, shall continue in Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick respectively, as if the Union had not been made; subject nevertheless (except with respect to such as are enacted by or exist under Acts of the Parliament of Great Britain or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland), to be repealed, abolished, or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature of the respective Province, according to the Authority of the Parliament or of that Legislature under this Act.

[132] Malgré le peu de commentaires des pères de la Confédération quant à la préservation du droit civil parmi les compétences provinciales, Tremblay note dans son étude du paragraphe 92(13) qu'elle était indéniablement une des conditions du compromis menant à l'union des quatre provinces fondatrices :

> [L]es différences existant entre les systèmes juridiques du Bas-Canada et des autres provinces étaient, de l'avis même de Macdonald, une des causes profondes de l'impossibilité de réaliser l'union législative; le maintien obligatoire de ces différences conduisait donc à la fédération. Jamais le Bas-Canada n'aurait accepté un régime qui l'aurait dépossédé des avantages de l'Acte de Québec ou qui aurait rendu aléatoires les bénéfices de la codification de ses lois civiles.[206]

[133] L'intention fédérative est un des principes applicables en matière d'interprétation constitutionnelle. Dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*[207], la Cour

---

[206] Tremblay, *supra*, note 202, p. 43.

[207] *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 905.

suprême prit en considération la définition établie par le Conseil privé dans l'arrêt *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*. Lord Watson formula cette notion comme suit :

> Le but de l'Acte n'était pas de fusionner les provinces en une seule ni de subordonner les gouvernements provinciaux à une autorité centrale, mais de créer un gouvernement fédéral dans lequel elles seraient toutes représentées et auquel serait confiée de façon exclusive l'administration des affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun, chaque province conservant son indépendance et son autonomie.[208] (je souligne)

[134] Cette revue de nos divers documents constitutionnels révèle que l'expression « propriété et droits civils dans la province » reflète l'évolution de la protection consentie au droit privé au Québec depuis la chute de la Nouvelle-France. Il en découle que son sens doit tenir compte du contexte historique et politique duquel il provient. L'adoption de l'*Acte de Québec* de 1774 accordait une certaine protection à l'existence du peuple canadien-français. L'expression désigne donc l'ensemble du droit privé régissant les interactions entre personnes au Québec. L'illustration la plus notoire de l'application de cette compétence est sans conteste l'adoption du *Code civil du Bas-Canada* en 1865, précurseur de l'actuel *Code civil du Québec*. Hogg indique d'ailleurs à ce sujet :

> [S]ubject to the qualifications required by the new federal scheme, it is clear that the framers of the Constitution act understood the familiar phrase ["Property and Civil Rights"] in the same sense it obtained in 1792 and 1774, that is to say, as a compendious description of the entire body of private law which governs the relationships between subject and subject, as opposed to the law which governs the relationship between the subject and the institutions of government.[209] (je souligne)

[135] Ainsi, si ce n'était de ses origines historiques, on ferait mieux de traduire le paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* tout simplement par « droit privé dans la province ». À l'inverse, étant donné leur importance cruciale, ces origines ne peuvent être mises de côté et doivent guider la présente analyse.

Clause résiduaire de compétence provinciale

[136] La compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils, en plus de constituer l'ancrage du droit civil au Canada, contribue à l'équilibre fédératif en ayant joué dans une certaine mesure le rôle de clause résiduaire de compétence provinciale. Évidemment, le véritable pouvoir résiduaire prévu par la *Loi constitutionnelle de 1867*

---

[208] *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437, p. 441-442

[209] Hogg, *supra*, note 17, p. 21-2.

est dévolu au Parlement en vertu du paragraphe introductif de l'article 91. Cependant, son association par la jurisprudence au paragraphe 92(16) suggère cette autre fonction.

[137] Le paragraphe 92(16) prévoit une compétence provinciale générale sur « les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province ». Rémillard le qualifie toutefois de « mini-pouvoir résiduaire » et note que, vu l'interprétation restreinte qu'il a reçue, c'est plutôt le paragraphe 92(13) qui occupe cette fonction :

> Contrairement au pouvoir résiduaire fédéral qu'on retrouve au début de l'article 91, celui des provinces est la dernière catégorie de sujets énumérés à l'article 92 et a reçu une application fort restreinte. Originalement, on peut croire que l'article 92(16) a été prévu comme un compromis pour contre-balancer la compétence fédérale de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement, mais c'est un compromis bien mince qui, somme toute, a servi beaucoup plus de camouflage que de contrepoids effectif. L'article 92 qui accorde aux provinces leur sphère de juridiction, a été rédigé en termes forts limitatifs. Seule l'interprétation libérale du Comité judiciaire du Conseil privé de l'article 92(13) concernant la propriété et le droit civil, permettra d'élargir quelque peu le champ d'application de l'article 92 pour établir un certain équilibre avec le fédéral.[210] (je souligne)

[138] Le professeur Gérald-A. Beaudoin observe le rapprochement opéré entre les deux articles, tout en mettant en garde contre leur signification distincte :

> Il arrive souvent, en pratique, que les tribunaux englobent le paragraphe (16) dans le paragraphe (13); il y a tout de même une distinction à faire. Le paragraphe (16) est un pouvoir de type résiduel, qui comprend inter alia l'ordre public local [...].[211]

[139] La professeure Nicole Duplé est plutôt d'avis que les paragraphes 13 et 16 s'appliquent conjointement pour former la compétence provinciale résiduelle :

> Le paragraphe 92(16) attribue donc aux législatures une compétence en complément des autres chefs de compétence énumérées dans l'article 92 et, notamment, du paragraphe 13, lequel est en quelque sorte aussi un pouvoir résiduel provincial en raison du grand nombre de sujets qui sont susceptibles de s'y rattacher.
>
> [...] Malgré [la soustraction des catégories de sujets énumérés à l'article 91], la compétence visée au paragraphe 92(13) est suffisamment englobante, surtout lorsqu'elle est examinée en conjonction avec le paragraphe 16 du même article, pour que de nombreuses matières législatives puisse y être rattachées. Le *Code*

---

[210] Rémillard, *supra*, note 201, p. 150.

[211] Gérald A.-Beaudoin, *La Constitution du Canada*, 3e éd., avec la collaboration de Pierre Thibault, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 415.

> *civil du Québec* et généralement toute la législation relative aux relations entre personnes privées dans la province, relèvent du paragraphe 92(13.)[212]

[140] Cette approche fut constatée récemment par la juge en chef de la Cour suprême, qui nota dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée* la vaste ampleur de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils :

> Dans la présente affaire, les dispositions accessoires ressortissent généralement aux pouvoirs provinciaux sur la propriété et les droits civils (par. 92(13)) et sur les matières d'une nature purement locale ou privée (par. 92(16). Il s'agit de deux chefs de compétence très vastes, et on estime souvent qu'ils sont à l'origine d'une compétence résiduelle: voir Hogg, aux p. 17-2 et 17-3.[213] (je souligne)

[141] L'extrait de Hogg auquel se réfère la juge en chef est le suivant :

> In Canada, the provincial heads of power include one of great extent and importance. This is s. 92(13), "property and civil rights in the province", a phrase which is apt to include most of the private law of property, contracts and torts and their many derivatives. Indeed, at the hands of the Privy Council, s. 92(13) became a kind of residuary power itself, and one which was much more important than the federal peace, order, and good government power. A second potentially sweeping head of provincial power is s. 92(16), "generally all matter of a merely local or private nature in the province". Albert S. Abel used the existence of s. 92(16) as the basis for an argument that there is no residuary power in the Constitution Act, 1867 at all. He said that p.o.g.g. and s. 92(16) were two complementary grants of power which distributed the residue between the two levels of government. But, as Abel himself conceded, one might just as easily speak of two residuary clauses as none, and of the two s. 92(16) has in practice turned out to be quite unimportant, because its work has been done for it by s. 92(13).[214] (je souligne)

[142] Il semble donc possible que le paragraphe 92(13) constitue une quasi-clause résiduaire de compétence provinciale opérant conjointement avec le paragraphe 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le recours fréquent qu'on y a fait lui suggère une fonction de maintien de l'équilibre du partage constitutionnel des compétences entre les deux paliers de gouvernement dont il pourrait être approprié de tenir compte à l'heure de son interprétation.

Étendue de la compétence

---

[212] Nicole Duplé, *Droit constitutionnel: principes fondamentaux*, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 378.

[213] *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, *supra*, note 17, paragr. 134.

[214] Hogg, *supra*, note 17, p. 17-2 et 17-3.

[143] L'arrêt du Comité judiciaire du Conseil privé *Citizens' Insurance Company of Canada c. Parsons* fait autorité en matière de définition de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils dans la province. On y plaida qu'une loi ontarienne sur les assurances, *An Act to secure uniform Conditions in Policies of Fire Insurance*, était *ultra vires* de la compétence provinciale parce qu'elle relevait de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce. Sir Montague Smith tint alors ces propos éloquents sur la difficulté d'interpréter l'expression générale « échanges et commerce » sans qu'elle englobe ce qui avait été envisagé par les pères de la Confédération comme relevant de la compétence en matière de « propriété et droits civils » :

> Notwithstanding this endeavour to give pre-eminence to the dominion parliament in cases of a conflict of powers, it is obvious that in some cases where this apparent conflict exists, the legislature could not have intended that the powers exclusively assigned to the provincial legislature should be absorbed in those given to the dominion parliament. [...] With regard to certain classes of subjects, therefore, generally described in sect. 91, legislative power may reside as to some matters falling within the general description of these subjects in the legislatures of the provinces. In these cases it is the duty of the Courts, however difficult it may be, to ascertain in what degree, and to what extent, authority to deal with matters falling within these classes of subjects exists in each legislature, and to define in the particular case before them the limits of their respective powers. It could not have been the intention that a conflict should exist; and, in order to prevent such a result, the two sections must be read together, and the language of one interpreted, and, where necessary, modified, by that of the other. In this way it may, in most cases, be found possible to arrive at a reasonable and practical construction of the language of the sections, so as to reconcile the respective powers they contain, and give effect to all of them.[215]
> (je souligne)

[144] Il conclut finalement que la loi visée relevait de la législature provinciale, puisqu'elle traitait de contrats et des droits en découlant. Son raisonnement s'appuie sur une interprétation du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* comme établissant un régime de droit privé d'origine civiliste au Québec :

> The province of Quebec is omitted from [section 94 of the *British North America Act*] for the obvious reason that the law which governs property and civil rights in Quebec is in the main the French law as it existed at the time of the cession of Canada, and not the English law which prevails in the other provinces. The words "property and civil rights" are, obviously, used in the same sense in this section as in No. 13 of sect. 92, and there seems no reason for presuming that contracts and the rights arising from them were not intended to be included in

---

[215] *Parsons*, *supra*, note 19, p. 109.

> this provision for uniformity. If, however, the narrow construction of the words "civil rights," contended for by the appellants were to prevail, the dominion parliament could, under its general power, legislate in regard to contracts in all and each of the provinces and as a consequence of this the province of Quebec, though now governed by its own Civil Code, founded on the French law, as regards contracts and their incidents, would be subject to have its law on that subject altered by the dominion legislature, and brought into uniformity with the English law prevailing in the other three provinces, notwithstanding that Quebec has been carefully left out of the uniformity section of the Act.[216]

[145] Le juge Duff énonce dans l'arrêt *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee* la justification suivante pour l'interprétation restrictive du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* au profit de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils :

> La portée qu'on pourrait attribuer au par. 91(2) (s'il fallait considérer uniquement le sens ordinaire des mots, hors contexte) a été nécessairement restreinte, afin de préserver de toute diminution, sinon d'extinction effective, le degré d'autonomie dont les provinces étaient destinées à jouir d'après le programme d'ensemble de la loi.[217]

[146] Dans *Lymburn c. Mayland*[218], le Conseil privé affirma la compétence provinciale en matière de valeurs mobilières en vertu du paragraphe 91(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il était plaidé que, comme dans *Reference re: The Sale of Shares Act, 1924 (Man.)*[219], la *Security Frauds Prevention Act* de l'Alberta comportait une atteinte à la compétence fédérale d'incorporation de compagnies, relative à la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Lord Atkin estima que l'objet de la loi était « to secure that persons who, carry on the business of dealing in securities shall be honest and of good repute, and in this way to protect the public from being defrauded. »[220] Il jugea qu'il était normal que toute compagnie soit sujette aux lois de la province quant à l'échange de valeurs mobilières et qu'il n'y avait pas matière à conclure que les activités des compagnies d'incorporation fédérale risquaient d'être paralysées par la loi provinciale.

[147] L'année 1949 marque l'abolition des appels des décisions de la Cour suprême du Canada au Comité judiciaire du Conseil privé. Tentant de faire respecter le principe de fédéralisme tel que le fit Sir Montague Smith, le Conseil privé interpréta les compétences provinciales de manière à ce qu'elles ne cèdent pas le pas au bout de

---

216 *Ibid.*, p. 110-111.

217 *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee,* [1931] R.C.S. 357, p. 366. Traduction tirée de *P.G. (Can.) c. Transports Nationaux du Can., Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, p. 258. (ci-après « *Transports Nationaux* »)

218 *Lymburn c. Mayland,* [1932] A.C. 318. (ci-après « *Lymburn* »)

219 *Reference re: The Sale of Shares Act, 1924 (Man.)* [1929] A.C. 260.

220 *Lymburn*, *supra*, note 216, paragr. 5.

quelques décennies devant la compétence fédérale résiduaire de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada. Tremblay observe :

> Il appartenait au Conseil privé de décider si la constitution était fédérale ou non. Or, en décidant d'adopter le fédéralisme comme doctrine de base de l'union de 1867, il lui était désormais difficile de ne pas faire au texte de l'Acte les ajustements qui découlaient logiquement et de le rapprocher ainsi un peu plus des principes fondamentaux. Les pouvoirs fédéraux étaient manifestement trop grands, ceux des provinces trop limités et aussi trop menacés; il fallait assurer d'abord à ces derniers un minimum de sécurité et restreindre les pourvois du Dominion. C'est dans cette perspective, selon nous, que doit se comprendre le souci constant du Conseil privé de protéger et d'élargir les droits provinciaux. L'article 92(13) en fut le bénéficiaire, mais l'article 92(16) aurait pu jouer davantage.[221]

[148] La compétence provinciale en matière de réglementation des valeurs mobilières fut confirmée par la Cour suprême dans l'arrêt *Smith c. The Queen*[222], qui traitait de son interaction avec la compétence fédérale en matière de droit criminel en vertu du paragraphe 91(27). La *Securities Act* de l'Ontario créait une infraction de déclaration mensongère dans un prospectus requis pour l'émission de valeurs mobilières. La loi prévoyait une amende d'au plus 2 000 $ pour une personne et 25 000 $ pour une société et d'un emprisonnement d'au plus un an. Le juge en chef Kerwin confirma la constitutionnalité de la loi en vertu de l'arrêt *Lymburn*. Il ajouta que l'objet des infractions était d'assurer l'enregistrement des émetteurs et des valeurs mobilières afin qu'elles puissent être distribuées au public et qu'il pouvait validement être poursuivi par la province tout comme le Parlement en matière criminelle, en vertu d'un double aspect[223].

[149] Dans *Gregory & Company Inc. c. Quebec Securities Commission*[224], la Cour suprême se prononça sur la portée territoriale de la compétence conférée par le paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui traite de la propriété et des droits civils « dans la province ». Un courtier argumentait qu'il n'était pas assujetti à la loi québécoise puisqu'il transigeait avec des personnes n'y résidant pas. Les actions visées étaient échangées dans la province et il recevait paiement à son bureau de Montréal. Le juge Fauteux, alors puîné, énonce que le caractère véritable de la loi est semblable à celui de celle contestée dans *Lymburn* et qu'il consiste en la réglementation du comportement des acteurs du marché des valeurs mobilières en vue de la protection du public. Sur la question de la territorialité, il qualifie les activités du courtier comme « *activities initiated in the province by persons therein*

---

221 Tremblay, *supra*, note 202, p. 67-68.
222 *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776.
223 *Ibid.*, p. 781.
224 *Gregory & Company Inc. c. Quebec Securities Commission,* [1961] R.C.S. 584.

carrying on such a business. » et conclut qu'elles doivent être régies par la loi québécoise[225].

[150] Dans l'arrêt *Vapor Canada*, la Cour suprême examina la validité d'une disposition de la *Loi sur les marques de commerce* créant des recours civils contre les individus s'adonnant à la concurrence déloyale. On argumenta que la loi était valide en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel, de réglementation du commerce en général et de brevets et de marques de commerce. Le juge en chef Laskin jugea la disposition *ultra vires* en raison de son empiètement sur la compétence provinciale en matière de recours civils[226]. Nous examinerons dans la section suivante l'analyse conduite quant au paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867.*

[151] L'arrêt *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*[227] confronte la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils avec les compétences fédérales relatives aux échanges et au commerce interprovinciaux, conférée par le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et aux sociétés par actions d'incorporation fédérale, conférée par le préambule de ce même article. La Colombie-Britannique mit sur pied un régime d'assurance-automobile obligatoire et universel, dont la validité constitutionnelle fut contestée. Après avoir observé l'étalement national de l'industrie de l'assurance et l'impact du nouveau régime sur leurs activités, le juge Martland conclut que le caractère véritable de la loi n'en demeurait pas moins la réglementation du commerce des assurances dans la province, une matière relevant de la compétence provinciale[228]. Le juge rejette également la seconde prétention, en s'appuyant notamment sur l'arrêt *Parsons*[229].

[152] L'arrêt *Multiple Access* s'inscrit dans la même lignée. Il fut allégué que certains articles du *Securities Act* de l'Ontario étaient *ultra vires* de la compétence provinciale à cause de leur impact sur des sociétés par actions d'incorporation fédérale. Le juge Dickson, alors puîné, déclare les dispositions attaquées validement adoptées. Il juge le caractère véritable du *Securities Act* comme étant la réglementation du commerce des valeurs mobilières et note que ceci, sous réserve de dispositions qui auraient pour effet de paralyser le fonctionnement d'une société par actions incorporée en vertu d'une loi fédérale, a été largement reconnu comme relevant de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils :

> [L]a constitution d'une compagnie en vertu de la loi fédérale n'immunise pas la compagnie contre les règlements provinciaux d'application générale relatifs aux valeurs mobilières. Depuis l'arrêt du Conseil privé *Lymburn v. Mayland,* [1932]

---

225 *Ibid.*, p. 588.
226 *Ibid.*, p. 165.
227 *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique,* [1977] 2 R.C.S. 504.
228 *Ibid.*, p. 512.
229 *Ibid.*, p. 519.

> *A.C.* 318, les dispositions des lois provinciales relatives aux valeurs mobilières ont été largement reconnues sur le plan constitutionnel. [...]
>
> Sous réserve de cette exception [c.-à-d. une loi qui viendrait paralyser le fonctionnement de la compagnie], une compagnie constituée en vertu d'une loi fédérale qui a le pouvoir d'exercer une activité particulière dans une province est assujettie aux lois provinciales valides qui régissent cette activité. Si elle souhaite réunir des capitaux par la vente de valeurs mobilières, il n'y a pas de raison pour qu'elle ne soit pas assujettie aux lois provinciales applicables à toutes les personnes qui, dans la province, souhaitent réunir des capitaux par la vente de valeurs mobilières, et qu'elle ne soit pas assujettie par la suite aux règles qui exigent l'honnêteté dans le commerce des valeurs mobilières afin de protéger le public contre toute fraude.[230] (je souligne)

[153] Je traiterai plus loin des commentaires des juges Dickson et Estey prononcés dans ce même arrêt quant à l'interaction entre les lois provinciales sur les valeurs mobilières et la compétence fédérale en matière de commerce interprovincial et international.

[154] L'arrêt *Global Securities* traite de la constitutionnalité de la *Securities Act* de Colombie-Britannique, qui habilitait la British Columbia Securities Commission à exiger certains renseignements des participants du marché afin de les transmettre à la SEC. Similairement à l'arrêt *Gregory*, il fut demandé à la Cour si l'article permettant cette coopération était *ultra vires* de la compétence territoriale de la province. Le juge Iacobucci conclut que la disposition contestée relève de la compétence de la législature provinciale en matière de propriété et de droits civils, et que par conséquent il n'est pas nécessaire de juger de la validité de la loi dans son ensemble. Il ajoute que même si la disposition prise indépendamment ne relevait pas de la compétence provinciale, elle constituerait un accessoire nécessaire d'un régime législatif valide.

[155] Il qualifie comme suit le caractère véritable de la disposition attaquée : « la réglementation efficace du marché des valeurs mobilières dans la province, une tâche qui est considérée depuis longtemps comme relevant de la compétence des provinces »[231]. Le juge rappelle également que cette compétence « ne se limite pas aux questions purement intraprovinciales ». Il trace une analogie entre la réglementation de la conduite professionnelle des avocats, une compétence de nature personnelle qui peut dépasser les frontières, et la réglementation personnelle des vendeurs de valeurs mobilières. Il arrive ainsi à la conclusion que dans les deux cas l'obtention d'information sur les violations ayant eu lieu à l'étranger fait partie du caractère véritable d'une loi visant à réglementer un domaine à l'intérieur de la province[232].

---

230 *Ibid.*, p. 183-184.
231 *Global securities*, *supra*, note 16, paragr. 40.
232 *Ibid.*, paragr. 41-42. Voir aussi paragr. 33-34.

[156] Il appert donc, comme l'indique Hogg, que, sous réserve des matières explicitement attribuées au Parlement, la réglementation d'un secteur particulier de l'économie doit être vue sous l'angle des relations contractuelles et comme relevant de la compétence provinciale, plutôt qu'en fonction des objectifs nationaux qu'elle peut également poursuivre :

> The gaps in federal power [as it relates to business] are covered by the provincial power over property and civil rights. The double-aspect doctrine also ensures substantial areas of concurrency even when federal power exists. The point is that the regulation of an industry, or the more general regulation of prices or profits or combinations, has traditionally been regarded by the courts, not in terms of its ultimate, often nation-wide objectives, but in terms of its immediate impact upon freedom of contract and property rights. In these terms, of course, restraints on business fall into the category of property and civil rights in the province.[233] (je souligne)

Conclusion sur la compétence en matière de propriété et de droits civils

[157] Il ressort de cette revue de la jurisprudence que la réglementation des valeurs mobilières relève de la compétence provinciale exclusive en matière de propriété et de droits civils dans la province. Cette conclusion est conforme à la possibilité que le paragraphe 92(13) ait adopté au fil du temps un statut de quasi-clause résiduaire de compétence provinciale. Adoptée en vertu de cette matière, une loi provinciale de réglementation des valeurs mobilières peut également avoir des effets incidents sur des matières de compétence fédérale. Ainsi, une telle loi peut imposer des obligations aux sociétés par actions d'incorporation fédérale, si elle n'a pas pour effet de paralyser leurs activités. Elle peut créer des infractions qui s'apparentent à celles que le Parlement pourrait adopter en matière criminelle. Elle peut finalement dépasser les questions strictement intraprovinciales, et traiter d'industries dont les contrats sont de nature interprovinciale ou qui exigent une certaine part de coopération internationale. Ces intersections sont alors sujettes à un double aspect.

[158] Je suis donc d'avis que la Proposition, exception faite notamment des structures nationales et des infractions criminelles qu'elle prévoit, pourrait être validement adoptée par les provinces en vertu de leur compétence en matière de propriété et de droits civils. Dans la partie qui suit, j'examinerai s'il en va de même quant à la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce.

La compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce

[159] Le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit :

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et	91. It shall be lawful for the Queen, by

[233] Hogg, *supra*, note 17, p. 21-9.

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 : [...]	and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say, [...]
2. La réglementation du trafic et du commerce. [...]	2. The Regulation of Trade and Commerce. [...]
Et aucune des matières énoncées dans les catégories de sujets énumérés dans le présent article ne sera réputée tomber dans la catégorie des matières d'une nature locale ou privée comprises dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.	And any Matter coming within any of the Classes of Subjects enumerated in this Section shall not be deemed to come within the Class of Matters of a local or private Nature comprised in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.(47)

[160] Je commence par observer qu'il n'existe regrettablement pas de version officielle de la *Loi constitutionnelle de 1867* en français. Différentes traductions de l'expression « *Trade and Commerce* » sont utilisées, la version du ministère de la Justice du Canada proposant « trafic et commerce » et la Cour suprême ayant adopté « échanges et commerce » dans ses arrêts plus récents. Faute de mieux, j'emploierai la seconde.

[161] En remontant le fil de notre histoire constitutionnelle, on dénote la présence de l'expression « *Regulation of Commerce* » à l'article XLVI de l'*Acte constitutionnel de 1791*[234], qui prévoyait que le Parlement impérial ne prélèverait plus d'impôt dans les

[234] *Acte constitutionnel de 1791*, *supra*, note 204, p. 22.

colonies, à l'exception de ceux nécessaires à la réglementation du commerce interprovincial, le fruit d'un tel impôt devant être dépensé dans la colonie dont il provenait :

> Que le Roi et le Parlement de la Grande Bretagne n'imposeront aucun Droit Taxe, ou Cottisation quelconque, paiable dans aucune des Colonies, Provinces et Plantations de sa Majesté dans l'Amérique du Nord ou dans les Indes Occidentales, excepté seulement tels Droits qu'il pourra être convenable d'imposer pour le règlement du Commerce, [...] rien contenu dans cet Acte ne s'étendra, ou ne sera entendu s'étendre à empêcher ou affecter l'exécution d'aucune Loi qui a été ou qui sera faite en aucun tems par sa Majesté, ses Héritiers ou Successeurs, et le Parlement de la Grande Bretagne, pour établir des Réglemens ou Prohibitions, ou pour imposer, lever ou retirer des droits pour le Règlement de la Navigation, ou pour le Règlement du Commerce qui se fera entre les dites deux Provinces, ou entre l'une ou l'autre des dites Provinces, et aucune autre partie des Territoires de sa Majesté, ou entre l'une ou l'autre des dites Provinces et aucun Pais ou État Etranger [...] (je souligne)
>
> That the King and Parliament of Great Britain will not impose any Duty, Tax, or Assessment whatever, payable in any of his Majesty's Colonies, Provinces, and Plantations in North America or the West Indies, except only such Duties as it may be expedient to impose for the Regulation of Commerce, [...] nothing in this Act contained shall extend, or be construed to extend, to prevent or affect the Execution of any Law which hath been or shall at any Time be made by his Majesty, his Heirs or Successors, and the Parliament of Great Britain, for establishing Regulations or Prohibitions, or for imposing, levying, or collecting Duties for the Regulation of Navigation, or for the Regulation of the Commerce to be carried on between the said two Provinces, or between either of the said Provinces and any other Part of his Majesty's Dominions, or between either of the said Provinces and any foreign Country or State, [...]

[162] La même clause apparaît à l'article XLIII de l'*Acte d'union* de 1840. Pour Tremblay, c'est cette interprétation qu'il faut insuffler au paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit le commerce impliquant au minimum deux provinces, pour respecter l'intention des constituants de conférer au Parlement par cette « clause commerciale» une compétence sur des sujets « d'intérêt commun à toutes les provinces »[235].

[163] Cette interprétation fut adoptée par le Conseil privé, sous réserve de l'ouverture qu'elle afficha pour une interprétation plus large. Dans l'arrêt *Parsons* dont j'ai traité précédemment, Sir Montague Smith définit le contenu de cette matière comme suit :

---

[235] Tremblay, *supra*, note 202, p. 135-137.

> Par conséquent, si l'on interprète les mots « réglementation des échanges et du commerce» en s'aidant des divers moyens mentionnés plus haut [i.e. la présence d'autres matières à l'article 91 qui aurait été nécessaire autrement et l'emploi de cette expression dans l'*Acte d'union*], on voit qu'ils devraient inclure les arrangements politiques concernant les échanges qui requièrent la sanction du Parlement et la réglementation des échanges dans les matières d'intérêt interprovincial. Il se pourrait qu'ils comprennent la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Dominion.[236] (je souligne)

[164] Ainsi naquirent les deux catégories qui devaient être développées par la jurisprudence : la réglementation du commerce interprovincial et international, et la réglementation générale du commerce au pays. Je procèderai maintenant à une étude plus approfondie de chacune d'entre elles.

Commerce interprovincial et international

[165] Une série d'arrêts du Conseil privé reflète la tendance décentralisatrice dont nous avons déjà fait état. Ainsi, dans le renvoi *In Re The Insurance Act of Canada,* l'Alberta attaqua la validité du *Insurance Act, 1910*, qui prévoyait la réglementation des contrats d'assurance par le gouvernement fédéral. Le Vicomte Haldane écrit que la compétence en vertu du commerce interprovincial ne permet pas la réglementation d'une industrie dont les transactions sont intraprovinciales, aussi importante soit-elle. Il remarque que là où les constituants voulurent déroger à cette règle, ils le firent explicitement :

> Their Lordships think that as the result of these decisions it must now be taken that the authority to legislate for the regulation of trade and commerce does not extend to the regulation by a licensing system of a particular trade in which Canadians would otherwise be free to engage in the provinces. [...] No doubt the business of insurance is a very important one, which has attained to great dimensions in Canada. But this is equally true of other highly important and extensive forms of business in Canada which are today freely transacted under provincial authority. Where the British North America Act has taken such forms of business out of provincial jurisdiction, as in the case of banking, it has done so by express words which would have been unnecessary had the argument for the Dominion Government addressed to the Board from the Bar been well founded.[237] (je souligne)

[166] La Cour suprême adopta une position similaire dans l'arrêt *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.* relativement à une loi réglementant le commerce agricole[238]. Bien

---

[236] *Parsons*, *supra*, note 19, p. 113, traduction tirée de *Transports Nationaux*, *supra*, note 217, p. 257.

[237] *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta (Insurance Reference)*, [1916] 1 A.C. 588, p. 597.

[238] *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] R.C.S. 434. (ci-après « *Eastern Terminal Elevator* »).

que la majorité des céréales canadiennes soient consommées dans une province autre que celle de leur production, le juge Duff, alors puîné, fut d'avis que le régime de permis d'élévateurs à grain et de réglementation sous l'égide d'un *Board of Grain Commissioners for Canada* traitait de travaux de nature locale, sujets à la compétence provinciale conférée par le paragraphe 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il ajouta que l'approche contraire permettrait au Parlement de réglementer presque tous les commerces intraprovinciaux, au motif qu'une partie, aussi infime soit-elle, est dirigée vers le commerce extraprovincial. Il rejeta également l'argument selon lequel la mise sur pied d'un tel régime fédéral relevait de la compétence fédérale résiduaire, puisque les provinces, agissant conjointement, n'auraient pas la compétence pour arriver au même résultat. Selon lui, l'incapacité du Parlement ou d'une Législature d'adopter une loi ne doit pas nécessairement être résolue en transférant la compétence de l'une à l'autre :

> [I]n a system involving a division of powers such as that set up by the British North America Act, it may often be that subsidiary legislation by the provinces or by the Dominion is required to give full effect to some beneficial and necessary scheme of legislation not entirely within the powers of either.[239]

[167] Le Conseil privé rendit des jugements similaires dans le *Renvoi sur la Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*[240] et le *Renvoi sur la margarine*[241]. Dans le premier, Lord Atkin fut d'avis qu'un régime de commercialisation de produits naturels sous la direction d'un *Dominion Marketing Board* était *ultra vires* de la compétence du Parlement en matière de commerce interprovincial, parce qu'il empiétait sur la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. Les articles traitant spécifiquement de commerce interprovincial et de sanctions criminelles furent également jugés *ultra vires*, parce qu'ils étaient indissociablement liés à la loi en cause[242]. Dans le second, l'article du *Dairy Industry Act* qui visait à interdire la production et le commerce de la margarine afin de protéger l'industrie laitière fut jugé *ultra vires* de la compétence du Parlement en matière d'échanges et de commerce interprovincaux. Lord Morton of Henryton reprit l'analyse du *Renvoi sur la Loi sur l'organisation du marché des produits naturels* pour rejeter l'argument fondé sur la réglementation des échanges et du commerce. Il rejeta également l'argument fondé sur la compétence fédérale en matière criminelle, identifiant le caractère véritable de la loi comme « *the protection and encouragement of the dairy industry in Canada.* »[243]. Comme le note Hogg, cet arrêt ne doit toutefois pas être interprété comme niant la compétence fédérale de réglementation des importations en vertu du paragraphe 91(2)

---

239 *Ibid.*, p. 448.

240 *Renvoi sur la Loi sur l'organisation du marché des produits naturels,* [1937] A.C. 377.

241 *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1951] A.C. 179. (ci-après « *Renvoi sur la margarine* »).

242 *Renvoi sur la Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*, *supra*, note 240, p. 389.

243 *Renvoi sur la margarine*, *supra*, note 241, p. 192.

de la *Loi constitutionnelle de 1867* reconnu par la Cour suprême du Canada dans cette même affaire[244].

[168] Dans *Caloil Inc. c. Attorney General of Canada*[245], la constitutionnalité de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* fut contestée, au motif qu'elle empiétait sur la compétence provinciale en matière de réglementation du commerce local. La loi interdisait de transporter l'essence importée plus à l'est d'un point donné en Ontario. Le juge Pigeon de la Cour suprême conclut que le caractère véritable de la législation était l'administration d'un programme de mise en marché extraprovinciale des importations d'essence, et qu'elle était valide malgré ses effets sur le commerce de l'essence à l'intérieur d'une province[246].

[169] Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*[247] et l'arrêt *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*[248], la Cour suprême se prononça sur la validité de lois adoptées dans le cadre de régimes mis sur pied par la délégation de pouvoir par les deux paliers de gouvernement à un organisme administratif. Dans le premier cas, un régime fédéral de commercialisation des œufs, permettant à l'Office canadien de commercialisation des œufs de fixer des contingents applicables tant au commerce interprovincial qu'au commerce intraprovincial, réglementant la possession de poules pondeuses et établissant diverses redevances, fut déclaré *intra vires* par la Cour suprême. Inversement, dans le second, la Cour jugea que la loi provinciale pouvait établir des contingents de production affectant des biens destinés au commerce interprovincial. Dans les deux cas, la Cour prit en considération le fait que les régimes mis en place faisaient suite à des accords intergouvernementaux et à une délégation de pouvoirs administratifs avant de légitimer les empiètements de compétence dans des situations de « fédéralisme coopératif». La juge Abella souligne comme suit le caractère particulier de ce genre de situation :

> Selon moi, l'Accord fédéral-provincial de 1978, tout comme le programme établi dans le *Renvoi sur les œufs*, reflète en les concrétisant la créativité constitutionnelle et la souplesse coopérative du fédéralisme canadien.[249]

[170] Dans l'arrêt *Supermarchés Dominion Ltd. c. R.*[250], la Cour évalua la constitutionnalité de la *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada*, qui imposait certains standards de qualité à des produits arborant le nom de qualité « Canada Extra de fantaisie », même s'ils étaient destinés au commerce local. Le juge Estey, se référant aux arrêts *Parsons* et *Eastern Terminal Elevator*, conclut que la loi était inapplicable en l'espèce. Il jugea que la compétence fédérale en matière

---

244 Hogg, *supra*, note 17, p. 20-5.
245 *Caloil Inc. c. Attorney General of Canada*, [1971] R.C.S. 543.
246 *Ibid.*, p. 551.
247 *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198.
248 *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292, 2005 CSC 20.
249 *Ibid.*, paragr. 15.
250 *Supermarchés Dominion Ltd. c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 844. (ci-après « *Supermarchés Dominion* »)

d'échanges et de commerce ne s'étendait pas à des biens destinés au commerce intraprovincial, de compétence provinciale en vertu des paragraphes 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Même s'il admit que l'interaction entre le paragraphe 91(2) et la compétence provinciale en matière de commerce local serait peut-être amenée à changer[251], il distingua le conflit entre loi fédérale et loi provinciale qui lui était présenté des précédentes initiatives de coopération en matière de commercialisation[252].

[171] Dans l'arrêt *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, la Cour se prononça sur un règlement fédéral traitant de l'étiquetage de bière légère édicté en vertu de la *Loi des aliments et drogues*. On argumenta que la réglementation était valide en vertu de la compétence fédérale en matière criminelle, en matière d'échanges et de commerce et en matière de paix, ordre et bon gouvernement. Le juge Estey examine la jurisprudence en matière d'échanges et de commerce interprovincial et conclut qu'elle ne trouve pas application en l'espèce, jugeant que l'aspect interprovincial de la distribution de la bière n'a pas été établi[253].

[172] Finalement, bien que l'arrêt *Multiple Access* traitât de la compétence fédérale en matière d'incorporation de sociétés par actions, le juge Dickson, alors puîné, formula le commentaire suivant et suggéra qu'il ne serait pas impossible d'établir la compétence du Parlement relativement à la réglementation des valeurs mobilières en vertu de la compétence en matière de commerce interprovincial et international :

> Le Parlement n'a pas encore adopté un système complet de législation concernant les valeurs mobilières. Jusqu'à ce jour au Canada, ce sont les provinces qui réglementent le marché des valeurs mobilières, différant à cet égard des États-Unis où la Securities and Exchange Commission réglemente le commerce et la distribution primaire des valeurs mobilières. Je ne veux pas, par mes propos en l'espèce, préjudicier au pouvoir constitutionnel du Parlement d'adopter une législation générale concernant les valeurs mobilières conformément à son pouvoir de faire des lois relatives aux échanges et au commerce interprovinciaux et internationaux. Cela revêt une importance particulière compte tenu du caractère interprovincial et, à vrai dire, international du secteur des valeurs mobilières.[254] (nous soulignons)

[173] Le juge Estey, dissident, semble épouser la même approche :

> Le substitut du procureur général du Canada n'a pas voulu fonder la validité de ces articles sur un argument indépendant portant que, en raison de l'aspect extra-provincial possible du commerce des valeurs mobilières, ils

---

251 *Ibid.*, p. 866.
252 *Ibid.*, p. 864.
253 *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, p. 939. (ci-après « *Brasseries Labatt* »)
254 *Multiple Access*, *supra*, note 15, p. 173-174.

> puissent s'appuyer uniquement sur le par. 91(2). Je me permets de dire qu'on contestera de plus en plus à l'avenir la position dominante qu'occupe maintenant l'organisme de réglementation du commerce des valeurs mobilières de la province où se trouve la Bourse la plus importante du pays. A mesure que s'accroîtront le nombre et l'importance des opérations multi-provinciales relatives aux valeurs mobilières, il en sera de même de la pression qui s'exerce sur le système de réglementation actuellement déséquilibré. Il reste à voir si cela précipitera une modification de l'évaluation, au niveau national, des exigences constitutionnelles et de la politique législative fédérale. En attendant, la décision en l'espèce doit être fonction des positions adoptées par les parties. (nous soulignons)

[174] Il ressort de ce survol de la jurisprudence que le Parlement ne dispose pas de la compétence nécessaire pour établir des régimes uniques de réglementation des échanges à la fois intraprovinciaux et interprovinciaux. Au contraire, la Cour suprême s'est montrée favorable à des arrangements coopératifs entre gouvernements, à la suite des accords et des délégations de pouvoir un régime unique traite de tous les aspects d'un commerce dans une certaine industrie. Le critère déterminant, tel qu'il appert des arrêts *Supermarchés Dominion* ou *Brasseries Labatt*, en est un de preuve matérielle de la dimension locale ou interprovinciale du commerce visé.

[175] Je mentionne en terminant qu'il est possible que le commerce des valeurs mobilières, dans ses dimensions interprovinciales et internationales seulement, relève de la compétence fédérale en matière de commerce. Le professeur Leclair, tout comme les professeurs Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet[255], souligne qu'un tel régime « complémentaire» est envisageable et justifiable en vertu de principe de subsidiarité. Il paraphrase ainsi la proposition avancée par Me Cédric Sabbah :

> Provinces would remain competent as regards the protection of investors and public protection, while Parliament would be endowed with the power to regulate matters having crossborder, *i.e.*, extraprovincial aspects. That category would comprise matters such as the regulation of stock exchanges, hub of all sorts of interprovincial and international transactions. Representation of Canada in international forums and authority to negotiate international agreements would also fall in the federal lap. Finally, Sabbah argues for a federal power to establish minimal standards that provinces would have to integrate to their own sets of rules so as to prevent the dreaded "race to the bottom" and also, more importantly, because Ottawa is the only level of government that can legitimately claim a right to determine where the *national* public interest lies — the public interest being the guiding principle of all 13 securities regulators.[256]

---

[255] Brun, Tremblay et Brouillet, *supra*, note 17, p. 514.

[256] Jean Leclair, « "Please, Draw Me a Field of Jurisdiction": Regulating Securities, Securing Federalism », (2010) 51 *S.C.L.R. (2d)* 556, p. 565-566. « Leclair »

[176] Le PGC ne plaide pas que la Proposition peut être validement adoptée en vertu de cette première branche du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette dernière matière n'aurait, de toute manière, pu constituer le fondement nécessaire à l'adoption de la Proposition, étant donné que l'étendue de son caractère véritable s'étend bien au-delà de ses limites.

Compétence générale

[177] Un des exemples de compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce en général reconnus par la jurisprudence est la réglementation des sociétés par actions. Dans l'arrêt du Conseil privé *John Deere Plow Co. c. Wharton*, le vicomte Haldane énonçait que si l'on confère au Parlement le droit de créer des sociétés par actions, le mode d'exercice de leurs activités devient alors une question d'intérêt général pour tout le Dominion :

> [L]e pouvoir de réglementer les échanges et le commerce permet en tout cas au Parlement du Canada de prescrire dans quelles mesures les compagnies dont les objets s'étendent à tout le Dominion peuvent exercer leurs pouvoirs et les restrictions qui les assortissent. Car si l'on reconnaît que le Parlement du Dominion peut créer pareilles compagnies, alors, le mode d'exercice de leur activité commerciale devient une question d'intérêt général pour tout le Dominion.[257] (je souligne)

[178] Dans l'arrêt *Vapor Canada*, discuté plus haut, le juge en chef Laskin se prononça sur le contenu de la deuxième branche de la compétence en matière d'échanges et de commerce établie dans l'arrêt *Parsons*. Dans le paragraphe suivant, il établit les fondements des indices que retiendra la jurisprudence par la suite :

> C'est en vain qu'on cherche dans l'art. 7, à plus forte raison dans l'al. *e*), un système de réglementation. L'application en est laissée à l'initiative des particuliers, sans contrôle public par un organisme qui surveillerait de façon permanente l'application des règlements, ce qui donnerait au moins quelque apparence de fondement à la prétention que l'al. *e*) de l'art. 7 est de portée nationale ou qu'il vise tout le Canada. L'objet de la disposition n'est pas le commerce mais l'éthique des personnes qui s'adonnent au commerce ou aux affaires, et, à mon avis, on ne peut maintenir une semblable disposition seule et sans lien avec un système général régissant les relations commerciales dépassant l'intérêt local. Même en disant qu'elle vise des pratiques commerciales, son application pour action civile à l'instance des particuliers lui donne un caractère local parce qu'elle vise, dans ses termes, des concurrents

---

[257] *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330, p. 340. (ci-après « *John Deere Plow* ») Traduction tirée de *Brasseries Labatt*, *supra*, note 253, p. 940.

> locaux ou à l'intérieur d'une même province aussi bien que des concurrents au niveau interprovincial.[258]

[179] Le juge en chef reformula ces indices dans le *Renvoi : Loi anti-inflation* rendu peu de temps après[259] et aurait été prêt à reconnaître une compétence sur le commerce en général dans ses motifs dissidents rendus dans l'arrêt *Brasserie Labatt*[260]. Dans ce même arrêt, le juge Estey traita également de la réglementation des échanges et du commerce en général et affirma que le critère directeur était toujours celui énoncé dans *John Deere Plow,* soit « une question d'intérêt général pour tout le Dominion »[261]. Il remarque que « ni l'implantation nationale d'un commerce ou d'une entreprise ni même la publicité à l'échelon national de ses produits ne peuvent justifier à elles seules l'imposition d'une réglementation fédérale des échanges et du commerce »[262]. Il ajoute, se basant sur les propos du juge Duff, dissident dans le *Renvoi relatif à la Loi de la commission de commerce*[263], que cette matière ne donne pas compétence au Parlement pour réglementer un grand nombre de « contrats régissant le commerce d'un produit donné» s'il n'est pas compétent relativement à ces commerces pris individuellement[264].

[180] Dans l'arrêt *Transports Nationaux*, la Cour suprême examina la constitutionnalité d'un article de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* habilitant le procureur général du Canada à intenter des poursuites pour des comportements nuisant à la concurrence. On argumenta que cet article empiétait sur la compétence provinciale d'administration de la justice que confère le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge Dickson, alors puîné, fut d'avis que l'article en question pouvait validement être adopté par le Parlement, en vertu de sa compétence tant en matière criminelle qu'en matière de réglementation des échanges et du commerce en général. Quant à cette dernière matière, le juge commence par affirmer « qu'il n'y a pas de limites fixes à la portée du par. 91(2) et que les questions d'équilibre constitutionnel jouent un rôle fondamental dans la détermination de cette portée dans un cas donné. »[265] Après une revue détaillée de la jurisprudence, il procède à la distinction suivante entre la réglementation du commerce local et la réglementation du commerce général :

> Si la réglementation d'un seul commerce dans une province ne peut constituer une question d'intérêt général pour tout le Dominion, cela tient à ce que cette réglementation constitue un aspect fondamental de l'autonomie locale envisagée dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Qu'un texte fédéral ait pour but d'appliquer

---

258 *Vapor Canada*, *supra*, note 20, paragr. 165.
259 *Renvoi : Loi anti-inflation*, *supra*, note 36, p. 426-427.
260 *Brasserie Labatt*, *supra*, note 253, p. 919.
261 *Ibid.*, p. 940.
262 *Ibid.*, p. 941.
263 *Renvoi relatif à la Loi de la commission de* commerce, (1920), 60 R.C.S. 456.
264 *Brasserie Labatt*, *supra*, note 253, p. 942.
265 *Ibid.*, p. 259.

> une telle réglementation uniformément dans toutes les provinces ou conjointement avec d'autres codes de réglementation visant d'autres échanges ou commerces, il n'en reste 'pas moins qu'il en résulte un véritable chevauchement et, partant, une annulation de la compétence conférée aux provinces par la Constitution. Il en va autrement, cependant, lorsqu'on se trouve en présence d'une législation d'application générale ayant pour objet l'économie non pas en tant que série d'entreprises locales distinctes, mais en tant qu'entité nationale intégrée. Du point de vue qualitatif, une pareille législation est différente de ce que les provinces, agissant séparément ou conjointement, pourraient pratiquement ou constitutionnellement adopter. Une législation de ce type revêt un caractère d'ordre surtout général, même si elle a évidemment, au niveau local, des effets particuliers qui peuvent toucher «la propriété et les droits civils dans la province». Il s'agit néanmoins d'une législation qui, de par son caractère véritable, porte sur des questions d'intérêt général pour tout le Dominion. La ligne de démarcation est claire entre les mesures qui visent légitimement une réglementation générale de l'économie nationale et celles qui ont simplement pour objet d'assurer un contrôle centralisé sur un grand nombre d'entités économiques locales.[266] (je souligne)

[181] Aux trois indices identifiés par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Vapor Canada*, le juge Dickson propose d'en ajouter deux « encore plus sûrs », soit l'incapacité constitutionnelle d'adopter une telle loi, conjointement ou séparément, et le fait que l'omission d'inclure ne serait-ce qu'une seule province compromettrait l'application de la loi[267].

[182] Dans l'arrêt *General Motors*, le juge en chef Dickson confirme au nom d'une Cour unanime les cinq indices relatifs à la compétence fédérale générale en matière d'échanges et de commerce qu'il avait avancés dans l'arrêt *Transports Nationaux*[268]. City National Leasing allégua que General Motors of Canada avait contrevenu à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* en offrant à ses concurrents des taux d'intérêt préférentiels et voulait se prévaloir d'un droit de recours civil qui y était créé. On allégua en réponse que la loi dans son ensemble et l'article créant ce recours étaient *ultra vires* de la compétence du Parlement, puisque les contrats de vente et de financement étaient conclus dans une seule province. Le juge conclut au contraire que le gouvernement fédéral a la compétence nécessaire pour établir des règles s'appliquant également au commerce intraprovincial dans la mesure où cela est nécessaire pour établir un régime fédéral en matière de compétition. Après avoir précisé que les cinq indices ne constituent pas une liste exhaustive et que leur présence n'est pas nécessaire, il résume son analyse comme suit :

---

[266] *Ibid.*, p. 267.

[267] *Ibid.*, p. 268.

[268] Voir aussi l'arrêt *Québec Ready Mix Inc. c. Rocois construction inc.*, [1989] 1 R.C.S. 695, rendu pour les mêmes motifs que l'arrêt *General Motors*.

> En résumé, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est un système complexe de réglementation de la concurrence qui vise à accroître le bien-être économique du pays dans son ensemble. La Loi est appliquée par un organisme de réglementation. Elle est conçue pour surveiller un aspect de l'économie qui doit être réglementé à l'échelle nationale si l'on veut que cet aspect soit réglementé efficacement.[269]

[183] Finalement, dans l'arrêt *Kirkbi*, le juge LeBel applique les indices établis dans *General Motors* à la constitutionnalité d'un recours civil de revendication d'une marque de commerce non déposée, créé par la *Loi sur les marques de commerce*. On argumenta qu'il était *ultra vires* de la compétence du Parlement. Le juge conclut que la disposition pouvait validement être adoptée en vertu de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce en général. On lui doit la reformulation suivante de la liste non exhaustive des indices applicables:

> (i) la mesure législative contestée doit s'inscrire dans un système général de réglementation; (ii) le système doit faire l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation; (iii) la mesure législative doit porter sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier; (iv) la loi devrait être d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter; et (v) 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 [...][270]

[184] Le juge LeBel, sans faire l'analyse des cinq indices un à un, arrive à la conclusion selon laquelle l'applicabilité de la *Loi sur les marques de commerce* serait compromise par l'existence d'un recours provincial non harmonisé avec le reste de la loi, rendant la mise en œuvre d'un régime fédéral nécessaire :

> La protection des marques de commerce non déposées est essentielle à la légitimité et à l'efficacité des marques déposées ainsi qu'aux normes juridiques qui les régissent. La *Loi sur les marques de commerce* vise, de toute évidence, les échanges dans l'ensemble plutôt qu'un secteur d'activité particulier. Il ne fait aucun doute que la protection des marques de commerce s'applique à tous les secteurs d'activité des différentes provinces. Une compétence fédérale-provinciale partagée signifierait que chaque législature provinciale serait en mesure d'apporter des modifications qui pourraient avoir pour effet d'assurer aux marques de commerce non déposées une meilleure protection qu'aux marques déposées et de compromettre ainsi l'efficacité et l'intégrité de la *Loi sur les marques de commerce* fédérale. L'absence de recours civil intégré au régime de la Loi et applicable à toutes les marques, déposées ou non déposées, inciterait également au dédoublement des voies de recours et des procédures

---

269 *General Motors*, *supra*, note 11, paragr. 65.

270 *Ibid.*, paragr. 17.

> d'application et même à la mise en place de régimes contradictoires, ce qui compromettrait l'efficacité de la protection des marques de commerce. [...][271] (je souligne)

[185] À la lumière de ce qui précède, je conclus que l'application de la seconde branche de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce est indissociable de la recherche d'un équilibre constitutionnel. Vu la possibilité d'empiétement sur des compétences explicitement conférées aux législatures provinciales, le critère cardinal est la réglementation d'une question d'intérêt général pour le pays en entier. Relativement aux questions économiques, la loi devra avoir adopté une approche nationale et intégrée, plutôt que de cibler une série d'entreprises locales et distinctes. À cela on ajoutera les cinq indices appliqués dans l'arrêt *Kirkbi*, visant essentiellement à déterminer si l'intervention du Parlement en la matière est nécessaire. Je procède à l'étude de la Proposition à la lumière de ces cinq indices dans la section suivante.

Application en l'espèce

Système général de réglementation et surveillance par un organisme de réglementation

[186] Les parties ne contestent pas le fait que la Proposition satisfait les deux premiers indices de l'arrêt *Kirkbi* et je les traiterai donc succinctement. La Proposition s'applique à tous les intervenants du marché des valeurs mobilières afin de leur imposer des règles de conduite. Ces règles sont élaborées et appliquées par un organisme unique, l'Autorité. Il s'agit donc d'un système de réglementation général et complet, à l'image des lois sur les valeurs mobilières en vigueur dans les autres provinces et territoires du pays. Le rapport Hockin souligne d'ailleurs que l'Ébauche de projet de loi qui y est annexée, et qui faisait l'objet de la première question constitutionnelle posée à cette Cour, est « amplement influencée» par ces lois[272]. La Proposition y est hautement similaire.

Commerce dans son ensemble

[187] La qualification du régime de réglementation des valeurs mobilières élaboré dans la Proposition, comme relevant du commerce dans son ensemble ou d'un secteur particulier, est une question factuelle. Dans la présente section, j'arrive à la conclusion que c'est la seconde avenue qui correspond davantage à la réalité.

[188] L'expression « réglementation générale des échanges » avancée dans l'arrêt *Parsons* par Sir Montague Smith est abstraite. Davantage que la création d'impôts visant le commerce extérieur comme cela était envisagé dans l'*Acte d'union* de 1840, la

---

[271] *Ibid.*, paragr. 29.

[272] Rapport Hockin, *supra*, note 104, P.P.G.Q., p. 561.

jurisprudence a élargi son sens aux échanges s'appliquant à tous les secteurs d'activité des différentes provinces par opposition à un secteur d'activité particulier[273]. On pourrait également reformuler ce critère en affirmant que la loi doit viser le fonctionnement de l'économie en tant qu'entité intégrée[274]. Je traiterai toutefois du critère d'ampleur nationale lors de mon analyse du quatrième indice, soit celui de l'incapacité provinciale à établir un régime similaire.

[189] L'Office québécois de la langue française définit comme suit l'expression « secteur d'activité» :

> Ensemble des entreprises de même type, qui produisent des biens ou qui fournissent des services analogues entrant dans une même catégorie.[275]

[190] Le Bureau de la traduction du Canada propose pour sa part :

> Ensemble des entreprises qui produisent une catégorie donnée de biens ou de services, par exemple la sidérurgie, le textile, l'industrie pétrolière et l'assurance.[276]

[191] Le commerce des valeurs mobilières constitue un secteur d'activité particulier. Les personnes visées par la Proposition offrent des biens et services relevant tous d'une même catégorie. Ainsi, les émetteurs, intermédiaires (courtiers, organismes d'autoréglementation, bourses...) et intervenants (organismes de notation, fonds d'indemnisation des investisseurs...) sont soumis à des exigences réglementaires et à des normes de conduites qui tendent vers un seul objectif principal : assurer la protection des investisseurs du marché des valeurs mobilières. Évidemment, les émetteurs font également affaire dans divers types de secteurs, mais toutes les autres personnes visées ne font affaire que dans le secteur des valeurs mobilières. On ne peut pas dire, inversement, que les personnes visées par les régimes de concurrence et de marques de commerce font affaire dans le « secteur de la concurrence» ou dans le « secteur des marques de commerce».

[192] Le juge Estey, dans l'arrêt *Brasserie Labatt*, cite avec approbation les propos du juge Duff rendus dans sa dissidence dans le *Renvoi relatif à la Loi de la commission de commerce*. Pour ce dernier, on ne peut considérer comme relevant du commerce en général la réglementation des contrats visant un ensemble de produits si pris individuellement la réglementation de chacun de ces produits ne relève pas du commerce en général :

---

[273] *Kirkbi., supra*, note 12, paragr. 29.
[274] *Transports Nationaux*, *supra*, note 217, p. 267 et *General Motors*, *supra*, note 11, paragr. 65.
[275] Le grand dictionnaire terminologique, Office québécois de la langue française, « secteur d'activité ».
[276] Termium Plus, Bureau de la traduction du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, « secteur d'activité ».

> I cannot discover any principle consistent with [the *Parsons* Case], upon which an enactment delegating to a commission the authority to regulate the terms of particular contracts of individual traders in a specified commodity [...], can be sustained as an exercise of that power; and if such legislation could not be supported when the subject dealt with is a single commodity, or the trade in a single commodity, or a single group of commodities, how can jurisdiction be acquired so to legislate by extending the scope of the legislation and bringing a large number of specified trades or commodities within its sweep? Every consideration which can be invoked in support of the view that the authority to regulate by general regulations of uniform application the contracts of a trade in one commodity, does not fall within section 91-(2), can properly be brought to bear with I think increased force in impeaching legislation of the character now in question.[277] (je souligne)

[193] Ce raisonnement fait autorité en l'espèce. Les contrats de titres intermédiés, les contrats de service des intermédiaires, les règles établies par les organismes reconnus et désignés, les règles de conduite imposées aux intermédiaires, les règles relatives aux offres publiques d'achat et de rachat, etc. relèvent tous individuellement de la compétence provinciale en vertu du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Leur regroupement sous l'égide de la Proposition ne suffit pas pour les rendre valides.

[194] Ainsi, bien qu'elle ait un impact sur l'économie en général, j'arrive à la conclusion que la réglementation des valeurs mobilières ne concerne pas le commerce en général, mais bien les transactions propres à un secteur en particulier, et que le troisième indice élaboré par la jurisprudence n'est pas satisfait.

Incapacité provinciale

[195] Le quatrième indice développé par la jurisprudence est que la loi devrait être telle que les provinces sont, conjointement ou séparément, constitutionnellement inhabiles à l'adopter. Il reflète le principe selon lequel, pour être valide, une loi doit avoir pour objet l'économie en tant qu'entité nationale[278] et viser à accroître le bien-être économique du pays dans son ensemble[279]. Le juge Dickson, alors puîné, formule toutefois une mise en garde contre les initiatives ayant pour objet de centraliser des entités économiques locales sous couvert de viser l'économie à l'échelle nationale :

> La ligne de démarcation est claire entre les mesures qui visent légitimement une réglementation générale de l'économie nationale et celles qui ont simplement

---

277 *Renvoi relatif à la Loi de la commission de commerce*, p. 503-504.
278 *Transports Nationaux*, *supra*, note 217, p. 267.
279 *General Motors*, *supra*, note 11, paragr. 65.

> pour objet d'assurer un contrôle centralisé sur un grand nombre d'entités économiques locales.[280]

[196] Je rajoute que l'on doit prendre garde de distinguer la question de l'incapacité des provinces à réglementer effectivement le commerce des valeurs mobilières de la question de l'efficacité de leur action. Je suis d'avis que la Proposition échoue également à cet indice, que j'évaluerai en vertu de quatre aspects.

A) Manque d'harmonisation

[197] Les experts du PGC et l'ABC soutiennent que le régime actuel de réglementation des valeurs mobilières est trop peu harmonisé, et que par conséquent il entraîne des coûts supplémentaires, une application irrégulière et un risque de nivellement vers le bas.

[198] Il est indéniable que la révolution des technologies de l'information a mené à la nationalisation et à l'internationalisation du marché des valeurs mobilières. Le juge Iacobucci l'a clairement noté dans l'arrêt *Global Securities*[281] et les récentes initiatives visant la fusion des bourses d'Australie et de Singapour, de Londres et de Toronto ou de New York et de Francfort en sont des exemples supplémentaires[282]. À l'échelle canadienne, Milne note qu'un nombre significatif d'émetteurs étaient inscrits dans plus d'une province ou auprès de bourses étrangères. Wroebel ajoute qu'un nombre réduit de banques sont maintenant des acteurs majeurs dans le domaine du courtage et de la participation aux fonds communs de placement à travers le pays. L'arrêt *Gregory* a traité de l'applicabilité du droit québécois à un courtier faisant affaire avec des clients à l'extérieur de la province et les juges Dickson et Estey ont souligné dans l'arrêt *Multiple Access* que la dimension interprovinciale du commerce des valeurs mobilières pourrait peut-être justifier la compétence fédérale en la matière.

[199] En matière de concurrence et de marques de commerce, la Cour suprême est arrivée à la conclusion que notre système économique ne pourrait permettre une disparité juridique d'une province à l'autre. La situation est aux antipodes en matière de valeurs mobilières.

[200] Comme le note Spink, notre système repose sur la notion de titres intermédiés (*indirect holding system*), en vertu de laquelle des droits relatifs à une valeur mobilière sont créés et éteints sans que la propriété de celle-ci n'ait à être échangée. L'objectif visé, en vertu de la théorie développée par l'économiste R.H. Coase, est de réduire le nombre de transactions de valeurs mobilières, de transférer les coûts d'exécution et les risques

---

280 *Transports Nationaux*, *supra*, note 217, p. 267.

281 *Global Securities*, *supra*, note 16, paragr. 28.

282 Éric Desrosiers, *Mouvement de fusions des Bourses dans le monde - Francfort et New York négocient à leur tour*, Le Devoir, le 10 février 2011, http://www.ledevoir.com/economie/actualites-economiques/316462/mouvement-de-fusions-des-bourses-dans-le-monde-francfort-et-new-york-negocient-a-leur-tour.

aux intermédiaires, et ultimement de réduire les coûts de transaction[283]. Ainsi, de grandes agences de compensation et de dépôt, telles que la Caisse canadienne de dépôt de valeurs limitée, détiennent la très grande majorité des valeurs mobilières par l'entremise de sociétés prête-nom (*nominee*), telles que la société Services de dépôt et de compensation CDS. Les agences de compensation et de dépôt créent des titres intermédiés relativement à ces valeurs en faveur d'un nombre réduit de participants directs (banques, sociétés de fiducie et courtiers en valeurs mobilières), qui à leur tour créent des titres intermédiés en faveur de leurs clients.

[201] Lorsque l'on dit qu'un client « achète » une action de son courtier situé dans une autre province et que cette action provient d'un émetteur situé dans une tierce province, le bien visé n'a pas changé de main. Une agence de compensation et de dépôt est devenue propriétaire de la valeur mobilière en question, a créé un titre intermédié en faveur de l'intermédiaire, qui en a créé un en faveur du client. Cette chaîne de liens contractuels peut avoir un caractère interprovincial dans certains cas, mais elle s'accommode très bien d'être soumise au droit privé de provinces différentes. En effet, les titres intermédiés associés à une valeur ne sont généralement opposables qu'à l'unique intermédiaire avec lequel leur titulaire a transigé, ce qui permet d'éviter les conflits de lois et de mieux évaluer les risques :

> This characteristic makes the security entitlement particularly competent in dealing with cross-border transactions involving multiple intermediaries. It compartmentalizes the obligations between particular entitlement holders and their securities intermediary, using privity to separate the obligations at each tier of the indirect holding system. Privity is a triad linking involving two parties (the securities intermediary and entitlement holder) and a system of law. With clear and certain conflict of law rules, each security entitlement can be isolated and precisely assessed for risk management purposes.[284] (je souligne)

[202] Même lors de transactions entre les États-Unis et le Canada, les agences de compensation et de dépôt préféreront créer et abolir des titres intermédiés entre elles plutôt que de se transférer la propriété de valeurs mobilières. Il en résulte deux choses. D'abord, cette structuration des transactions fait en sorte qu'une grande partie des transactions de valeurs mobilières sont intraprovinciales, même si elles participent au mouvement d'investissements à l'échelle du pays. Le droit privé des provinces est certainement habilité à réglementer ces transactions. Ensuite, selon l'analyse de Spink, elle ne pose aucun problème d'efficacité ou de coûts, puisqu'elle permet de déterminer avec précision la loi applicable.

[203] Finalement, je ne pourrai passer sous silence le régime de passeport mis en place à la suite d'une entente de principe datant de 2004. Cet accord d'adhésion volontaire duquel font partie toutes les provinces et tous les territoires sauf l'Ontario

---

283 Spink, *supra*, note 137, P.P.G.A., p. 352.

284 *Ibid.*, p. 363.

permet d'uniformiser de nombreuses procédures et de reconnaître automatiquement les décisions prises par une autorité dite principale dans les autres provinces. Rousseau est d'avis que, même si l'encadrement provincial demeure perfectible, il n'a pas été établi que la centralisation de la réglementation lui serait supérieure[285]. Rice est d'avis qu'il est l'un des plus efficaces au monde et est hautement harmonisé grâce au travail accompli par les ACVM[286]. Trebilcock concède qu'un régime unique ne comblerait pas toutes les lacunes actuelles, mais est d'avis qu'il constituerait une amélioration[287].

[204] Force est de constater que les experts sont divisés sur la question de savoir quel type de régime, centralisé ou décentralisé, permet une réglementation optimale du marché des valeurs mobilières. Il n'a toutefois pas été établi que le manque d'harmonisation du régime actuel est tel qu'il rende les provinces incapables d'atteindre les trois objectifs principaux retenus par l'OICV en 1998[288], soit la protection des investisseurs, l'établissement de marchés justes, efficaces et transparents, et la réduction des risques systémiques. Je traiterai de ce troisième objectif plus en détail dans la prochaine section. L'harmonisation du régime actuel mis en place par les provinces a beau être l'un des objectifs de la Proposition, son état actuel ne me permet pas de conclure en l'incapacité des provinces en la matière.

B) Prévention du risque systémique

[205] Les défenseurs de la Proposition soutiennent que la prévention des risques systémiques justifie son adoption en vertu de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce en général. Ils considèrent qu'un système fragmenté ne peut répondre rapidement à une crise ou même un changement de politique d'un organisme étranger de réglementation de valeurs mobilières. Ainsi, Trebilcock affirme qu'une commission pancanadienne « définirait vraisemblablement avec plus de souplesse et plus rapidement les nouvelles mesures à prendre pour remédier aux difficultés nouvelles pouvant surgir sur les marchés des capitaux » et « faciliterait la coordination des activités avec d'autres organismes canadiens de réglementation du secteur financier. »[289]. Milne partage l'avis que le système actuel présente des lacunes face à la complexité du marché et exige une meilleure coordination[290].

[206] Deux raisons me poussent à rejeter cette position. D'abord, la prévention des risques systémiques relève avant tout de la réglementation prudentielle, assurée par la Banque du Canada et le Bureau du surintendant des institutions financières du Canada. Le Bureau de la traduction du Canada propose la définition suivante de la notion de « réglementation prudentielle »:

---

285 Rousseau, *supra*, note 125, P.P.G.Q., p. 1208.
286 Rice, *supra*, note 98, P.P.G.A., p. 37-38.
287 Trebilcock, *supra*, note 116, P.P.G.C., p. 413.
288 Corcoran, *supra*, note 133, P.P.G.Q., p. 1684-1985.
289 Trebilcock, *supra*, note 116, P.P.G.C., p. 370 à 372.
290 Milne, *supra*, note 111, P.P.G.C., p. 271.

> Ces règles sont imposées par les autorités monétaires et gouvernementales et visent à renforcer la sécurité des systèmes financiers et à égaliser les conditions d'exercice des activités économiques. Elles prennent la forme, entre autres, d'un code de déontologie et de nouvelles normes de suffisance du capital.[291]

[207] Ces deux organismes ont le mandat exprès de superviser les institutions financières et des régimes de retraite privés, et la contribution que peut faire une autorité de valeurs mobilières, même pancanadienne, est d'ampleur comparativement limitée[292]. Par ailleurs, un comité dénommé *Heads of Agencies* existe déjà pour permettre l'échange d'information et la coordination entre les autorisé provinciales de valeurs mobilières et ces deux organismes. Il est composé du gouverneur de la Banque du Canada, du surintendant des institutions financières du Canada, du ministère des Finances du Canada et des commissions de valeurs mobilières du Québec, de l'Ontario, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique et se réunit quatre fois par année[293].

[208] Ensuite, comme le note Choi, l'objectif de prévention des risques systémiques par les autorités de valeurs mobilières n'est atteint qu'indirectement, par la poursuite de leur rôle traditionnel de réglementation des transactions particulières :

> Many aspects of reducing systemic risk, however, do not require that securities regulators take a macro-level view of the economy but instead require securities regulators to take a more vigorous approach to fulfill their traditional mandate of the protection of investors and the integrity, efficiency, and transparency of the capital markets. Regulators focused on the transaction and capital market participant-level task of protecting investors and requiring disclosure and transparency for specific transactions will have the effect of reducing systemic risk. Micro-level activities –such as ensuring full disclosure for investors, the clearance and settlement of transactions (ensuring finality), the appropriate level of credit rating for securities sold in transactions, the transparency of derivatives market transactions, and the registration and disclosure of hedge funds involved in important market transactions- do not require regulators to take a national (or indeed international) perspective on aggregate systemic risk levels. [...] By simply ensuring that a *specific* investor in a *specific* transaction has adequate information on the risks associated with the transaction, securities regulators taking a micro-level focus will result in better pricing and investment decisions without having to take a nationwide perspective on systemic risk.

---

[291] Termium Plus, Bureau de la traduction du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, « règle prudentielle ».

[292] Choi, *supra*, note 131, P.P.G.Q., p. 1523.

[293] Rice, *supra*, note 98, P.P.G.A., p. 33.

> A national securities regulator would enjoy no particular advantage in taking a micro-level focus compared with provincial regulators.[294] (je souligne, emphase dans l'original)

[209] Spink est du même avis lorsqu'il affirme :

> These mechanisms for reducing systemic and other risk are essentially the same as those used by stock exchanges in the 1800s: limiting participation to creditworthy members; setting limits on participants' exposure; requiring participants to post collateral to cover exposures; and default procedures.[295]

[210] Ainsi, sans trancher le débat d'expert visant à savoir si un régime centralisé permet plus ou moins bien qu'un régime décentralisé d'éviter les crises financières, je conclus qu'il n'a pas été établi que le régime actuel mis sur pied par les provinces est incapable d'assurer une prévention raisonnable des risques systémiques.

C) Représentation internationale

[211] Le PGC et l'ABC plaident également que les provinces sont incapables de réglementer efficacement le marché des valeurs mobilières parce qu'elles sont inhabiles à représenter le Canada dans son ensemble sur la scène internationale. Je ne crois pas qu'à lui seul cet argument permette de justifier la Proposition, puisque la représentation internationale m'apparaît fort accessoire à son caractère véritable.

[212] Au demeurant, je note que le régime actuel n'a pas empêché les ACVM de mettre sur pied le Régime d'information multinational avec la SEC et de faire partie de nombreuses associations internationales, et permet à l'AMF et à la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario de participer à l'OICV en tant que membres votants, et aux autorités de valeurs mobilières de l'Alberta et de la Colombie-Britannique d'y participer en tant que membres associés[296].

[213] Mais surtout, il va de la nature même d'un État fédéral et dualiste comme le nôtre qu'un ordre de gouvernement ne puisse en engager un autre sur la scène internationale. Ce principe a clairement été établi par lord Atkin dans le *Renvoi sur les conventions de travail* :

> In a unitary State whose Legislature possesses unlimited powers the problem is simple. Parliament will either fulfil or not treaty obligations imposed upon the State by its executive. The nature of the obligations does not affect the complete authority of the Legislature to make them law if it so chooses. But in a State where the Legislature does not possess absolute authority, in a federal State

---

294 Choi, *supra*, note 131, P.P.G.Q., p. 1526-1527.
295 Spink, *supra*, note 137, P.P.G.A., p. 369.
296 Rice, *supra*, note 98, P.P.G.A., p. 38-43.

> where legislative authority is limited by a constitutional document, or is divided up between different Legislatures in accordance with the classes of subject-matter submitted for legislation, the problem is complex. The obligations imposed by treaty may have to be performed, if at all, by several Legislatures; and the executive have the task of obtaining the legislative assent not of the one Parliament to whom they may be responsible, but possibly of several Parliaments to whom they stand in no direct relation. The question is not how is the obligation formed, that is the function of the executive; but how is the obligation to be performed, and that depends upon the authority of the competent Legislature or Legislatures.[297] (je souligne)

[214] Ainsi, le fait que le gouvernement du Canada ou une commission qu'il créerait soit inhabile à imposer des engagements internationaux aux provinces ne peut servir de justification à ce que le premier s'arroge la compétence législative en jeu.

D) Sanctions criminelles

[215] En vertu du paragraphe 92(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement dispose d'une compétence exclusive en matière de droit criminel[298]. Notons que le *Code criminel* prévoit déjà plusieurs infractions générales applicables au domaine des valeurs mobilières: la fraude[299], la fraude par l'influence sur le marché public[300], la manipulation frauduleuse d'opérations boursières[301], le délit d'initié[302], l'agiotage sur les actions[303], le courtier réduisant le nombre d'actions en vendant pour son propre compte[304], la commission de faux[305], l'emploi d'un document contrefait[306] ou le faux prospectus[307].

[216] Les articles 158 à 166 de la Proposition prévoient de nouveaux crimes et les règles applicables en matière de détermination de la peine. Ils reposent sur un objectif valide du droit criminel et les provinces n'ont pas la compétence pour les adopter. Les lois provinciales existantes ne prévoient que des infractions qui sont adoptées en vertu du paragraphe 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[308].

---

297 *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario* (*Renvoi sur les conventions de travail*), [1937] A.C. 326, p. 348.

298 *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, à la p. 244; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S.199; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226.

299 Art. 380 (1) *C.cr.*

300 Art. 380 (2) *C.cr.*

301 Art. 382 *C.cr.*

302 Art. 382.1 *C.cr.*

303 Art. 383 *C.cr.*

304 Art. 384 *C.cr.*

305 Art. 366-367 *C.cr.*

306 Art. 368 *C.cr.*

307 Art. 400 *C.cr.*

308 Voir par exemple : *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., V-1.1, art. 202 à 208.1 (Québec); *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O., c. S.5, art. 122 à 126.2 (Ontario); *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, art.

[217] Les dispositions criminelles prévues à la Proposition sont accessoires à son caractère véritable de réglementation du comportement des participants du marché des valeurs mobilières. Ainsi, malgré l'incapacité des provinces de les adopter, on ne peut conclure que ces dernières sont inhabiles constitutionnellement à adopter un régime identique à celui prévu par la Proposition.

[218] En somme, comme le soutient Leclair, il ne faut pas confondre le refus des provinces de mettre sur pied une commission fédérale unique de réglementation des valeurs mobilières au cours du dernier siècle et leur incapacité à s'acquitter de cette tâche[309]. À la lecture de toute la preuve qui nous a été soumise, j'arrive à la conclusion qu'il n'a pas été démontré que les provinces étaient constitutionnellement inhabiles à adopter le régime proposé par le gouvernement fédéral, à l'exception de la mise sur pied d'une autorité centrale et des sanctions criminelles prévues.

Nécessité d'unanimité

[219] Le cinquième et dernier indice consiste à évaluer si l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces dans le régime proposé compromettrait son application dans d'autres parties du pays. Bien que le rapport Hockin ait recommandé l'abrogation automatique des lois provinciales dans un délai de deux ans[310], la Proposition prévoit une procédure d'adhésion volontaire des provinces. Ses dispositions ne remplaceraient les lois d'une province adhérant à la Proposition qu'après réception du consentement écrit du lieutenant-gouverneur en conseil de la province en question[311].

[220] Le PGC affirme que le gouvernement a opté pour une procédure d'adhésion volontaire afin de respecter un esprit de fédéralisme coopératif, mais que l'adhésion unanime des provinces demeure son objectif ultime. Il est difficile de voir dans ce mécanisme autre chose qu'un aveu du fait que le régime pourrait fonctionner sans l'adhésion de toutes les provinces ou malgré le retrait d'une province y ayant adhéré pendant un certain temps. Cet aveu est d'autant plus criant qu'il paraissait fort probable au moment de la publication de la Proposition que des provinces telles que le Québec et l'Alberta préféreraient rester en marge d'un système pancanadien.

[221] De plus, contrairement aux régimes relatifs à la concurrence ou aux marques de commerce, on peut facilement imaginer la cohabitation de la Proposition et des lois des provinces ayant décidé de ne pas y adhérer. Le visage normatif du pays ressemblerait beaucoup à celui observable aujourd'hui, la Proposition s'appliquant sur le territoire des provinces participantes et les autres provinces demeurant régies par leurs propres lois.

---

194 à 202 (Alberta); *Securities Act*, 1988, S.S. 1988-89, c. S-42.2, art. 131 à 136 (Saskatchewan); *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, art. 155 à 165 (Colombie-Britannique).

309 Leclair, *supra*, note 256, p. 591.

310 Rapport Hockin, *supra*, note 104, P.P.G.C., p. 813.

311 Proposition, *supra*, note 41, art. 250.

On ne peut donc dire que la participation unanime des provinces est nécessaire pour atteindre les objectifs qu'elle vise.

Conclusion sur la compétence en matière de commerce en général

[222] À la lumière de l'analyse qui précède, je conclus que la Proposition ne relève pas de la compétence fédérale en matière de réglementation des échanges et du commerce en général. Ne pouvant être validement adoptée en vertu d'aucune des deux branches du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, je conclus donc que la Proposition dans son ensemble est *ultra vires* de la compétence du Parlement.

Articles de la Loi d'exécution du budget de 2009

[223] Les articles de la *Loi d'exécution du budget de 2009* visés par la question du gouvernement du Québec sont ainsi rédigés :

Paiement maximal de 150 000 000 $	**Maximum payment of $150,000,000**
295. (1) Le ministre des Finances peut faire des paiements directs, jusqu'à concurrence de cent cinquante millions de dollars, à des provinces et à des territoires au titre de mesures liées à l'établissement d'un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières et à la constitution d'une autorité administrative canadienne.	295. (1) The Minister of Finance may make direct payments, in an aggregate amount not exceeding $150,000,000, to provinces and territories for matters relating to the establishment of a Canadian securities regulation regime and a Canadian regulatory authority.
Paiements sur le Trésor	**Payments out of C.R.F.**
(2) À la demande du ministre des Finances, les sommes à verser au titre du présent article sont payées sur le Trésor, selon les conditions et modalités — de temps et autres — qu'il estime indiquées.	(2) Any amount payable under this section may be paid out of the Consolidated Revenue Fund, on the requisition of the Minister of Finance, at the times and in the manner, and on any terms and conditions, that the Minister of Finance considers appropriate.
Accords	**Agreements**
296. Le ministre des Finances peut conclure avec les provinces et les territoires des accords relatifs à la réglementation des valeurs mobilières.	296. The Minister of Finance may enter into any agreement respecting securities regulation with any province or territory.
Loi sur le Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs	**Canadian Securities Regulation Regime Transition Office Act**

mobilières	**Enactment of Act**
Édiction de la loi	297. The *Canadian Securities Regulation Regime Transition Office Act* is enacted as follows:
297. Est édictée la *Loi sur le Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières*, dont le texte suit :	[See *Canadian Securities Regulation Regime Transition Office Act*]
[Voir la *Loi sur le Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières*]	

[224] La règle générale en matière de divisibilité des lois et de dissociabilité de deux textes de loi, énoncée par le juge Sopinka dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, est qu'il faut que l'un puisse être fonctionnel séparément et indépendamment de l'autre[312]. La lecture des articles 295 et 296 n'indique pas qu'ils deviendront caducs étant donné le présent jugement. Le ministre des Finances demeurera habilité à faire des paiements aux provinces et à conclure des accords avec elles en vue de « l'établissement d'un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières et [de] la constitution d'une autorité administrative canadienne». Tout nouveau régime ne pourrait toutefois pas prendre la forme de celui contenu dans la Proposition.

[225] Quant à l'article 297, il doit être compris à la lecture de l'article 10 de la *Loi sur le Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières* qui prévoit :

Mission	**Purpose**
10. Le Bureau de transition a pour mission de concourir à l'établissement d'un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières et à la constitution d'une autorité administrative canadienne.	10. The purpose of the Transition Office is to assist in the establishment of a Canadian securities regulation regime and a Canadian regulatory authority.

[226] À nouveau, j'arrive à la conclusion que l'article 297 et, de ce fait, la *Loi sur le Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières* dans son ensemble peuvent être fonctionnels indépendamment de la Proposition, dans la mesure où ils visent la mise en œuvre « d'un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières et [...] la constitution d'une autorité administrative canadienne » qui soit autre qu'une commission pancanadienne unique s'apparentant à celle proposée dans la Proposition. Je m'abstiendrai donc de les déclarer *ultra vires* de la compétence du Parlement et invalides.

---

[312] *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 480.

CONCLUSION

[227] Pour toutes ces raisons, je réponds par l'affirmative à la question posée par le gouvernement du Québec, sous réserve de mes remarques relatives à la *Loi d'exécution du budget de 2009* et à la *Loi sur le Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières* et sous réserve de la compétence du Parlement d'adopter les dispositions de nature criminelle prévues à la Proposition.

[228] L'approche centralisée que la Proposition avance en matière de réglementation du commerce des valeurs mobilières peut validement être poursuivie par les gouvernements de ce pays s'ils le désirent. Les avenues possibles incluent une loi du Parlement qui serait complémentaire aux lois provinciales et qui réglementerait les aspects interprovinciaux, internationaux et criminels du commerce des valeurs mobilières, un accord mettant en place un régime coopératif en la matière ou une modification constitutionnelle.

[229] À l'inverse, on ne saurait interpréter la jurisprudence relative au paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de manière à légitimer une telle initiative sans l'accord des provinces dans des cas où leur incapacité à réglementer un secteur de l'économie n'a pas été établie. En faire autant porterait atteinte au compromis fédératif à l'origine de la création de notre pays et menacerait à la fois l'équilibre des pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement, la pérennité du droit civil québécois et l'existence d'une *common law* de droit privé diversifiée dans les autres provinces et territoires.

J.J. MICHEL ROBERT, J.C.Q.

MOTIFS DES JUGES FORGET, BICH ET BOUCHARD

[230] Dans les circonstances que décrivent les motifs du juge en chef Robert et du juge Dalphond, le gouvernement du Québec renvoie la question suivante à notre cour, question à laquelle il y a lieu de répondre, et ce, pour les raisons évoquées par nos collègues :

> Est-ce que les dispositions proposées dans la Proposition concernant une loi canadienne intitulée *Loi sur les valeurs mobilières*, publiée par le gouvernement du Canada le 26 mai 2010, qui ont essentiellement pour objet la protection des investisseurs et la réglementation du secteur des valeurs mobilières, ainsi que les disposions prévues à cette fin aux articles 295, 296 et 297 de la *Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, ch. 2, excèdent la compétence législative du Parlement du Canada en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*?[1]

[231] Le ministre des Finances du Canada entend en effet proposer au Parlement l'adoption éventuelle d'une loi canadienne intitulée *Loi sur les valeurs mobilières*, qui établirait un régime complet de réglementation des valeurs mobilières chapeauté par une autorité nationale, régime qui s'appliquerait dans l'ensemble du Canada, encore que selon un processus d'adhésion graduelle des provinces. L'intention paraît sérieuse puisque les articles 295 et 296 de la *Loi d'exécution du budget de 2009*[2] permettent déjà au ministre des Finances de faire des paiements directs aux provinces et aux territoires, au titre de mesures liées à l'établissement de ce régime, et de conclure des accords relatifs à la réglementation des valeurs mobilières. L'article 297 de la même loi[3] édicte pour sa part la *Loi sur le Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières*, entité dont la mission est de « concourir à l'établissement d'un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières et à la constitution d'une autorité administrative canadienne »[4].

[232] En substance, le procureur général du Québec, appuyé par son homologue albertain ainsi que par le Barreau du Québec, fait valoir que le Parlement ne pourrait validement adopter le régime de réglementation ainsi envisagé, qui, dans son ensemble, comporterait des mesures relevant nettement de la compétence dévolue aux provinces en vertu de l'article 92, paragr. 13, de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par

---

1 Décret 720-2010, 25 août 2010.

2 L.C. 2009, ch. 2. En l'absence de toute disposition particulière, les articles 295 et 296 de cette loi sont entrés en vigueur le 12 mars 2009, date de la sanction de la loi.

3 Disposition entrée en vigueur le 13 juillet 2009 en vertu du *Décret fixant au 13 juillet 2009 la date d'entrée en vigueur de l'article 297 de la Loi*, (2009) 143 Gaz. Can. II, 14.

4 Art. 10 de la *Loi sur le Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières*, L.C. 2009, ch. 2, art. 297.

exception, le procureur général du Québec et celui de l'Alberta concèdent que les articles 158 à 168 de la *Proposition concernant une Loi canadienne intitulée loi sur les valeurs mobilières* (« Proposition ») seraient valides en vertu de la compétence fédérale en matière criminelle, ce que conteste le Barreau du Québec, qui n'y voit que des dispositions accessoires à un régime par ailleurs constitutionnellement invalide.

[233] De son côté, le procureur général du Canada, soutenu par l'Association des banquiers canadiens, affirme au contraire la constitutionnalité de la Proposition, fondant sa prétention sur l'article 91, paragr. 2, de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, plus précisément, sur le volet de cette compétence qui vise les échanges et le commerce *en général*. Les articles 158 à 168 de la Proposition seraient par ailleurs, en eux-mêmes, valides en vertu de la compétence fédérale en matière criminelle, aux termes de l'article 91, paragr. 27, de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[234] Le débat est donc assez clair, qui oppose essentiellement — on serait tenté de dire une fois encore — les compétences issues respectivement des paragraphes 91(2) et 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

I. ANALYSE

1. Remarques préliminaires sur la méthode analytique

[235] La méthode analytique qui convient à une affaire comme celle de l'espèce a été maintes fois rappelée par la Cour suprême du Canada. Ainsi que l'explique succinctement le juge Binnie dans *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*[5] :

> 16 The first step in a constitutional challenge is to determine "the matter" (to track the language of the *Constitution Act, 1867*) in relation to which the impugned law is enacted. What is the essence of what the law does and how does it do it? "[T]wo aspects of the law must be examined: the purpose of the enacting body, and the legal effect of the law" (*Reference re Firearms Act*, at para. 16). This exercise is traditionally known as determining the law's "pith and substance". It may include not only the impugned Act but also external material surrounding its passage, including Hansard. In principle this assessment should be made without regard to the head(s) of legislative competence, which are to be looked at only once the "pith and substance" of the impugned law is determined. Unless the two steps are kept distinct there is a danger that the whole exercise will become blurred and overly oriented towards results.
>
> [...]
>
> 24 Once the "pith and substance" is ascertained, it is necessary to classify that essential character of the law by reference to the provincial and federal

[5] [2009] 1 R.C.S. 624. La traduction française de ce passage des propos du juge Binnie n'est pas exactement conforme à la version anglaise, que nous préférons citer au texte.

> "classes of subjects" listed in ss. 91 and 92 (or, in an appropriate case, ss. 93, 94A and 95) to determine if the law comes within the jurisdiction of the enacting legislature. [...][6]

[236] Nous n'avons pas à nous questionner ici, comme on l'a fait récemment dans *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*[7], sur l'opportunité de commencer l'analyse du « pith and substance » par un examen de certaines dispositions particulières de la Proposition avant que d'examiner celle-ci dans son ensemble ou de procéder plutôt à l'inverse. Dans notre affaire, en effet, l'intégralité de la Proposition est contestée et toutes ses dispositions (sous les réserves indiquées plus haut) le sont aussi, qu'il ne sera pas nécessaire d'examiner individuellement, sauf exceptions sur lesquelles nous reviendrons. Les parties s'entendent, d'ailleurs, à ce sujet : la Proposition envisage un régime complet de réglementation des valeurs mobilières, qui passera ou ne passera pas, globalement, le test constitutionnel.

[237] Il nous faudra donc, dans un premier temps, déterminer le caractère véritable de la Proposition, c'est-à-dire sa matière, sa substance, sa nature, son objet, ce qui signifie, comme le note le juge Binnie dans l'arrêt *Chatterjee*, précité, que l'on devra se demander « [w]hat is the essence of what the law does and how does it do it ».

[238] Par la suite seulement, il nous faudra rattacher la matière de la Proposition à l'un ou l'autre des champs de compétence prévus par la Constitution ou encore à l'un et l'autre. Il n'est pas impossible en effet qu'un certain sujet, une certaine matière puisse, selon ses aspects, appartenir tout à la fois à un champ de compétence fédéral et à un champ de compétence provincial : c'est la théorie du double aspect, sur laquelle nous aurons également l'occasion de revenir. Par ailleurs, il n'est pas impossible non plus qu'une matière se rapportant à l'une des compétences d'un ordre législatif engendre un empiètement, c'est-à-dire un débordement, pourtant valide, sur la compétence de l'autre, et ce, en vertu de la doctrine des pouvoirs accessoires, qui commande elle-même une analyse méticuleuse dont les termes sont exposés en détail par les juges LeBel et Deschamps dans *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*[8].

[239] Enfin, ainsi que le soulignent encore les juges LeBel et Deschamps, « le souci du maintien de l'équilibre fédératif doit être présent à chacune des étapes de l'analyse constitutionnelle »[9], et donc aussi bien aux fins de l'exercice de détermination du caractère véritable qu'à celles de l'exercice de rattachement à une compétence.

---

6 Dans le même sens, voir également : *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, motifs de la juge en chef McLachlin, paragr. 19. C'est également la méthode qu'adoptent les juges LeBel et Deschamps (sous les rubriques A. *Caractère véritable des dispositions contestées* et B. *Rattachement du caractère véritable des dispositions aux chefs de compétence*), ainsi que le juge Cromwell (paragr. 284 et 287 des motifs de ce dernier).

7 Précité, note 6.

8 *Ibid.*, paragr. 187 à 189.

9 *Ibid.*, paragr. 196.

[240] Dans un autre ordre d'idées, signalons que nous n'entendons faire qu'un usage restreint de la preuve extrinsèque produite par les parties, qui porte largement sur l'efficacité et l'opportunité, notamment sur le plan économique, du régime proposé. D'un côté, on essaie de démontrer les avantages pratiques — et il en est, indubitablement — d'un régime centralisé et uniforme à l'échelle du Canada; de l'autre, on essaie de démontrer les avantages pratiques — et il en est aussi — du système actuel, qui repose sur diverses lois provinciales et sur un principe de collaboration interjuridictionnelle. Ces deux points de vue se défendent, mais, inutile de le dire, sont d'un secours assez limité en matière de partage des compétences. Néanmoins, il ressort de cette preuve un certain nombre de faits précis et incontestables, qui sont pour ainsi dire à l'intersection des thèses défendues de part et d'autre. Nous ferons allusion à ces faits au moment opportun.

2. Caractère véritable de la loi : « what is the essence of what the law does and how does it do it »

[241] Dans leurs motifs respectifs, le juge en chef Robert et le juge Dalphond décrivent la Proposition en profondeur et en examinent soigneusement les dispositions. Leurs conclusions sur le caractère véritable de la loi sont les suivantes, respectivement :

Motifs du juge en chef Robert

> [115] À la lumière de ce qui précède, je suis d'avis que l'objet poursuivi par le gouvernement fédéral dans la Proposition est de rendre le régime de réglementation des valeurs mobilières canadien plus uniforme, plus efficace et plus apte à prévenir les risques systémiques pouvant menacer le système financier. J'utilise l'expression « risque systémique » au sens où l'entend Trebilcock dans la définition suivante :
>
> > [R]isque que l'incapacité d'un intervenant sur le marché à remplir ses obligations amène les autres à ne pas pouvoir remplir les leurs, ce qui provoquerait une chaîne de conséquences économiques négatives qui se propageraient à l'ensemble du système financier. [renvoi omis]
>
> [...]
>
> [121] Au reste, le texte de la Proposition révèle les attributs classiques d'un régime de réglementation du comportement des participants du marché des valeurs mobilières. Elle encadre les émissions sur le marché primaire et les transactions sur le marché secondaire au moyen de diverses obligations (exigence d'information et de déclaration d'initiés des émetteurs, reconnaissance des intermédiaires, désignation de personnes aptes à fournir des services aux participants du marché, encadrement des offres d'achat, interdiction de comportements visant à tromper le marché, etc.) et prévoit le respect de ces obligations par des sanctions pénales et criminelles et par une série de recours

civils. Je conclus donc que la caractéristique principale, l'idée maîtresse ou le sens véritable de la Proposition est la réglementation du commerce des valeurs mobilières. [Renvoi omis]

Motifs du juge Dalphond

[473] Manifestement, la Proposition est une législation générale concernant les valeurs mobilières au sens de l'arrêt *Multiple Access*. À la lumière de ce qui précède, je retiens que son caractère véritable est l'encadrement de tous les participants d'un marché devenu pancanadien, unique et intégré, caractérisé par des transactions essentiellement interprovinciales et internationales. Je rejoins ainsi la Cour d'appel albertaine qui, sous la plume du juge Slatter, écrit au par. 14 :

> [14] (...) The parties agree that the pith and substance of the proposed legislation is the regulation of the participants in the public capital markets in Canada, and transactions relating to the raising of capital.

[474] Les effets souhaités de la Proposition, si elle devient loi, sont divers : protection des investisseurs (information sporadique et continue, prévention des fraudes, compétence des intermédiaires, recours civils), transparence du marché des valeurs mobilières, uniformisation des règles, facilitation de l'accès aux capitaux, amélioration des sanctions et minimisation des risques systémiques.

[475] En réalité, la confiance des investisseurs est un élément important, voire indispensable, dans la poursuite de la finalité de la Proposition, soit le maintien au Canada d'un marché vigoureux des capitaux, lequel est requis pour assurer à des milliers d'entreprises canadiennes un accès à du financement autre que bancaire afin qu'elles continuent de contribuer à la prospérité du pays et de ses citoyens. [...] Si la Proposition est adoptée par le Parlement, le gouvernement du Canada se verra doté d'un outil de poids dans la gestion de la politique monétaire et économique du pays et se trouvera en mesure d'assurer la stabilité du marché des capitaux autrement que par des rencontres informelles de concertation avec les commissions provinciales actuelles.

[476] En résumé, la Proposition s'inscrit dans une politique économique favorable au maintien du marché des capitaux au Canada, un marché désormais intégré, unique et pancanadien, caractérisé par des transactions essentiellement extraprovinciales, et ce, par l'encadrement des participants et des transactions. Tel est son caractère véritable et il faut éviter de le confondre avec les moyens choisis pour le réaliser, lesquels ne peuvent d'ailleurs que s'apparenter à ceux utilisés par les provinces et ailleurs dans le monde.

[242] Ces deux conclusions, malgré les apparences, ne sont pas contradictoires, mais envisagent les choses sous des angles différents ou, plus exactement, à un niveau de

généralité différent. Dans les deux cas, en effet, on reconnaît que la matière de la loi s'incarne et se révèle dans une réglementation visant le comportement des participants (ou acteurs) du marché des valeurs mobilières et imposant à tous un devoir d'honnêteté et de transparence, de façon à favoriser la protection des investisseurs et le maintien de marchés justes, efficaces et compétitifs, dans une perspective de prévention et de gestion du risque systémique. Pour le juge en chef Robert, qui y voit le caractère véritable de la Proposition, ce sont là « attributs classiques d'un régime de réglementation du comportement des participants du marché des valeurs mobilières ». Pour le juge Dalphond, la Proposition, et ce serait là son caractère véritable, procède plutôt de « l'encadrement de tous les participants d'un marché devenu pancanadien, unique et intégré », et ce, en vue « d'assurer la stabilité des marchés de capitaux ».

[243] Qu'il nous soit d'emblée permis de dire, respectueusement, que cette dernière caractérisation de la loi nous semble par trop générale et exprime davantage une vision et un but économiques (et même macroéconomiques) plutôt que la matière et la substance réelles de la Proposition, négligeant par ailleurs les moyens envisagés au chapitre de la mise en œuvre. Les propos que tenait le juge Beetz, formulant à cet égard le point de vue majoritaire de la Cour suprême sur la théorie des dimensions nationales, dans *Renvoi : Loi anti-inflation*[10], sont encore de mise aujourd'hui :

> Je ne doute pas que la *Loi anti-inflation* fait partie d'un programme plus général visant à combattre l'inflation qui peut inclure des mesures fiscales et monétaires ainsi que des politiques de réduction des dépenses publiques. Je suis disposé à admettre que l'inflation a constitué l'occasion ou la raison de la promulgation de cette loi, mais je n'accepte pas qu'elle en constitue le sujet. Pour qualifier une disposition législative, il faut examiner son opération, ses effets et l'étendue de ceux-ci plutôt que son but ultime lorsque ce dernier embrasse tout. [...][11]

[244] Cette caractérisation surenglobante n'est pas rachetée par la distinction que l'on pourrait vouloir faire entre le *commerce des valeurs mobilières* (*trading/dealing in securities*), qui serait la matière des lois provinciales régissant les valeurs mobilières, et le *marché* des valeurs mobilières ou des capitaux (*securities market* ou *capital market*), qui serait la matière de la Proposition. Aux paragraphes 406, 407 et 410 de ses motifs, le juge Dalphond explique que le premier serait axé sur l'achat et la vente des valeurs mobilières alors que le second correspondrait à une réalité économique plus vaste, incluant par exemple des phénomènes tels : l'émission et la mise en marché des titres, la notation, l'échange des titres par l'entremise de bourses, la vérification des états financiers des émetteurs, la régulation des intermédiaires, les enquêtes, les règles de fonctionnement des chambres de compensation, etc.

---

10 [1976] 2 R.C.S. 373.

11 *Ibid.*, p. 452. On observe une mise en garde du même ordre dans *Renvoi : Loi sur la procréation assistée*, précité, note 6, paragr. 190, sous la plume des juges LeBel et Deschamps.

[245] Nous ne sommes pas convaincus de l'opportunité ni de la justesse de la distinction. D'une part, ramener le commerce des valeurs mobilières au seul acte juridique de l'achat et de la vente nous semble fort réducteur, et, de surcroît, décontextualisé. D'autre part, il n'est pas certain qu'en parlant de *marché* on ne soit pas en train de définir, justement, ce qu'est véritablement le *commerce* des valeurs mobilières, c'est-à-dire l'ensemble des opérations par lesquelles on assure la mise en marché et la circulation des biens entre vendeurs (y compris les émetteurs) et acheteurs potentiellement intéressés. Enfin, s'il y a lieu de faire une différence entre le *commerce* et le *marché* des valeurs mobilières (ou des capitaux), la preuve extrinsèque montre que, depuis belle lurette, les autorités compétentes, qu'il s'agisse des britanniques, des américaines, des françaises et d'autres encore, incluant les autorités provinciales canadiennes, ne s'embarrassent guère de la distinction et réglementent bien autre chose que le seul acte de vente ou d'achat. De toute façon, le *commerce* et le *marché* sont des concepts siamois : pour encadrer le marché des valeurs mobilières, il semble que la voie la plus usuelle soit celle de la réglementation du commerce, au sens large, des valeurs mobilières.

[246] Même s'il y avait lieu de reconnaître la distinction entre la réglementation du *commerce* des valeurs mobilières (*trading/dealing in securities*) et la réglementation du *marché* des valeurs mobilières (*securities market regulation*), encore faudrait-il s'assurer de ce qu'est la réalité législative (ou protolégislative, en l'occurrence).

[247] Quelle est, ici, cette réalité? C'est ce qu'il faut cerner avec « le plus de précision possible », ainsi que l'écrivent les juges LeBel et Deschamps dans *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*[12]. On ne saurait en effet se contenter d'une caractérisation générale, qui risquerait fort d'être pléonastique et autoréférentielle. D'affirmer, par exemple, que la Proposition a « pour caractère véritable d'instituer un régime canadien complet de réglementation des marchés des capitaux »[13], comme le fait le procureur général du Canada, ou qu'elle « vise une "question économique d'intérêt national" soit [...] la nécessité d'assurer l'intégrité et la compétitivité des marchés des capitaux canadiens et la nécessité d'un régime de contrôle d'application [...] complet et coordonné », comme l'affirme l'Association des banquiers canadiens[14], ne suffit pas.

[248] Nous ne sommes pas en désaccord avec le juge en chef Robert lorsqu'il écrit que la Proposition du ministre des Finances, concrètement, est axée principalement sur la régulation du comportement des *participants* du marché des valeurs mobilières (émetteurs, intermédiaires, conseillers, agences de notation, bourses, entités autoréglementées, etc.), ce qui est la marque de la réglementation des valeurs mobilières dans le monde, ainsi que l'indique la preuve extrinsèque présentée par les

---

12 Précité, note 6, paragr. 190. C'est le mode d'examen pratiqué par le juge Dickson dans *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 172-173, s'agissant dans cette affaire de l'examen de dispositions législatives particulières et non de toute une loi.

13 Mémoire du procureur général du Canada, paragr. 76.

14 Mémoire de l'Association des banquiers canadiens, paragr. 52.

parties. Il nous semble cependant utile d'ajouter à cette perspective, ce qui nécessitera que nous passions nous aussi en revue la Proposition.

[249] Après un préambule et quelques dispositions définitionnelles et interprétatives, on trouve à l'article 9 un énoncé de l'objet ostensible de la Proposition :

9. The purposes of this Act are	**9.** La présente loi a pour objet de :
(a) to provide protection to investors from unfair, improper or fraudulent practices;	*a)* protéger les investisseurs contre les pratiques déloyales, irrégulières ou frauduleuses;
(b) to foster fair, efficient and competitive capital markets in which the public has confidence; and	*b)* favoriser des marchés des capitaux justes, efficaces et compétitifs en lesquels le public a confiance;
(c) to contribute, as part of the Canadian financial regulatory framework, to the integrity and stability of the financial system.	*c)* contribuer, dans le cadre du régime réglementaire des finances du Canada, à l'intégrité et à la stabilité du système financier.

[250] L'article 10 énonce que la loi lie Sa Majesté du chef du Canada.

[251] La partie 1 (art. 11 à 13) pourvoit à la constitution d'un Conseil des ministres ayant pour mandat de faciliter la consultation et l'échange d'information sur l'exécution de la loi et les orientations concernant la réglementation des valeurs mobilières, d'examiner le rapport annuel de l'Autorité canadienne de réglementation des valeurs mobilières, dont la création est prévue dans la partie II de la Proposition, et de faire des recommandations au ministre des Finances en matière de nominations.

[252] La partie 2 (art. 14 à 63) met en place les structures administratives chargées de l'application de la loi. L'on crée ainsi une Autorité canadienne de réglementation des valeurs mobilières, gérée par un conseil d'administration dont les membres sont nommés par le gouverneur général en conseil, sur recommandation du ministre des Finances. L'Autorité compte une division de la réglementation, dirigée par un régulateur en chef nommé par le conseil d'administration et assisté de régulateurs en chef adjoints régionaux, eux aussi nommés par le conseil d'administration. Elle compte aussi une seconde division, le « Tribunal canadien des valeurs mobilières », division présidée et gérée par un adjudicateur en chef assisté d'un adjudicateur en chef adjoint. Ce tribunal n'est pas assujetti au contrôle du conseil d'administration de l'Autorité, du moins en ce qui concerne ses fonctions judiciaires. Ses décisions sont appelables auprès des cours d'appel des provinces. Enfin, sont établis un Forum des orientations en matière de réglementation ainsi qu'un Comité consultatif des investisseurs.

[253] La partie 3 (art. 64 à 72), sous le titre « Entités reconnues », permet la reconnaissance d'organismes d'autoréglementation, de bourses, d'agences de compensation ou d'organismes de surveillance des vérificateurs. On délègue aux deux premiers la fonction de régir les activités et les normes d'exercice et de déontologie de leurs membres ou participants et de leurs représentants (y compris en matière disciplinaire). Les organismes de surveillance des vérificateurs ont une mission semblable à l'endroit de leurs participants en ce qui a trait à la vérification ou à l'examen des états financiers à déposer sous le régime de la loi. Toutes ces entités reconnues rendent compte au régulateur en chef, qui peut lui-même prendre certaines décisions à leur égard.

[254] La partie 4 (art. 73 à 75), sous le titre d'« Entités désignées », permet la reconnaissance d'organismes de notation, de fonds d'indemnisation des investisseurs, de services en matière de règlement des différends, d'agences de traitement de l'information, de répertoires des opérations ou « de toute autre entité qui fournit des services réglementaires à des investisseurs ou à des participants du marché » (art. 73, paragr. 1 *in fine*). Ces entités désignées doivent, sur demande, fournir au régulateur en chef tout renseignement en sa possession ayant trait à l'exécution de la loi. L'article 75 prévoit explicitement que le régulateur en chef ne peut pas régir le contenu des notations ou procédures et méthodes utilisées par les organismes de notation désignés.

[255] La partie 5 (art. 76 à 79) pourvoit à l'établissement d'un régime d'inscription de toutes les personnes agissant à titre de courtier et de conseiller ou encore de gestionnaire de fonds d'investissement. Le régulateur en chef est investi du pouvoir de suspendre l'inscription d'une personne qui viole la loi, ne possède pas les qualités requises ou fait l'objet d'une opposition. Il est également investi de certains pouvoirs de suspension temporaire ou d'assujettissement temporaire à des conditions d'exercice.

[256] Jusque-là, comme on le voit, la Proposition, et l'on voudra bien pardonner la comparaison, place simplement l'échiquier et les pions. C'est à compter de la partie 6 que l'on trouve les dispositions substantielles du système de réglementation envisagé. Ce sont ces dispositions qui, surtout, permettent de déterminer la matière de la Proposition, son caractère véritable.

[257] La partie 6 (art. 80 à 88) conditionne l'émission des valeurs mobilières à l'obligation préalable de déposer un prospectus auprès du régulateur en chef, sauf dispense, et formule les exigences auxquelles doivent répondre ces prospectus. L'article 82, qui est le cœur de la partie 6 en ce qu'il exprime le principe directeur des mesures qu'on y retrouve et qui servent à le mettre en œuvre, énonce que :

> **82.** A prospectus must provide full, true and plain disclosure of all material facts relating to the securities issues or proposed to be distributed and must comply with the prescribed requirements.
>
> **82.** Le prospectus donne complètement, fidèlement et clairement tous les faits importants se rapportant aux valeurs mobilières émises ou dont le placement est envisagé et satisfait aux exigences

réglementaires.

[258] La partie 7 (art. 89 à 92) concerne les instruments dérivés. L'article 89 interdit les opérations sur les instruments dérivés cotés en bourse autrement que sur une bourse reconnue ou acceptée par le régulateur en chef. L'article 90 interdit à toute personne d'effectuer des opérations sur un instrument dérivé désigné « sauf si le document d'information réglementaire le concernant a été déposé [...] et accepté par le régulateur en chef et envoyé conformément aux règlements ». L'article 91 exempte les instruments dérivés cotés en bourse ou désignés des exigences de la partie 6 (prospectus). L'article 92 concerne un cas particulier d'instruments dérivés.

[259] La partie 8 (art. 93 à 100), sous le titre « Communication et procuration », impose aux émetteurs de communiquer toute l'information concernant leurs activités et leurs affaires, y compris leurs états financiers, ainsi que tout autre renseignement requis par règlement. On leur impose également de mettre à jour cette information, sans délai, chaque fois que survient un changement important. On impose également aux initiés d'un émetteur assujetti qui n'est pas un fonds mutuel l'obligation de divulguer toute l'information relative aux valeurs mobilières dont il est propriétaire ou qu'il contrôle. Sur demande du régulateur en chef, tout administrateur, dirigeant, promoteur ou personne de contrôle d'un émetteur fournit les renseignements requis (art. 98). Enfin, la Proposition prévoit que l'émetteur qui tient une assemblée des détenteurs de ses valeurs mobilières doit leur en donner avis et leur envoyer le formulaire de procuration en la forme réglementaire. La sollicitation de procurations est assujettie à l'obligation d'envoyer une circulaire d'information.

[260] La partie 9 (art. 101 à 108) vise les offres publiques d'achat et de rachat, qui sont assujetties à diverses formalités destinées à garantir, d'une part, une circulation adéquate de toute l'information nécessaire aux détenteurs des valeurs mobilières visées et, d'autre part, une exécution ordonnée des transactions faites dans ce cadre. Certaines des modalités de la mécanique de l'offre sont également régies par ces dispositions (par ex. : dépôt, livraison, assurance de disponibilité des fonds).

[261] La partie 10 (art. 109 à 130), sous le titre « Pratiques du marché », formule diverses exigences reliées au comportement des participants du marché, des inscrits, des gestionnaires de fonds, des pollicitants, des pollicités et des émetteurs. Certaines pratiques sont interdites nommément (promettre de racheter une valeur mobilière ou d'en rembourser le prix d'achat, donner une garantie quant au cours futur d'une valeur mobilière, exercer des pressions indues pour convaincre une personne d'acheter, de continuer de détenir ou de vendre une valeur mobilière, d'effectuer une transaction avec une personne qui n'a pas la capacité requise, d'utiliser le nom d'un autre inscrit, de cacher des renseignements, etc.). Les conflits d'intérêts doivent être dévoilés et gérés. Les transactions d'initiés y sont interdites dans les termes suivants :

117. (1) A person must not purchase or trade a security of a reporting issuer or of	**117.** (1) Il est interdit à toute personne d'effectuer une opération sur l'une des

an issuer whose securities are publicly traded, or enter into a transaction involving a related financial instrument, if the person is in a special relationship with the issuer and knows of a material change with respect to the issuer, or a material fact with respect to securities of the issuer, that has not been generally disclosed.

(2) An issuer described in subsection (1) or a person in a special relationship with such an issuer must not inform another person of a material change with respect to the issuer or a material fact with respect to securities of the issuer, unless that change or fact has been generally disclosed or unless informing that other person is in the necessary course of business of the issuer or person in the special relationship.

(3) A person that proposes to do one or more of the actions set out in paragraphs (*a*) to (*c*) must not inform another person of a material change with respect to an issuer described in subsection (1) or a material fact with respect to securities of that issuer, unless that change or fact has been generally disclosed or unless informing that other person is necessary to effect the proposed action:

(a) make a take-over bid for securities of the issuer;

(b) become a party to a reorganization, amalgamation, merger, arrangement or similar business combination with the issuer; or

(c) acquire a substantial portion of the issuer's property.

(4) If a material change with respect to an issuer described in subsection (1) or a

valeurs mobilières d'un émetteur assujetti ou d'un émetteur dont les valeurs mobilières sont négociées sur un marché, d'en acheter une ou d'effectuer une transaction concernant un instrument financier connexe, si elle a des rapports particuliers avec l'émetteur et connaît un changement important le concernant ou un fait important concernant ses valeurs mobilières, qui n'a pas été rendu public.

(2) Il est interdit à l'émetteur visé au paragraphe (1), de même qu'à toute personne ayant des rapports particuliers avec lui, d'informer une autre personne d'un changement important le concernant ou d'un fait important concernant ses valeurs mobilières, sauf s'il a déjà été rendu public ou si cela est nécessaire dans le cours de ses affaires ou de celles de la personne ayant des rapports particuliers avec lui.

(3) La personne qui a l'intention de prendre l'une ou l'autre des mesures ci-après ne peut informer une autre personne d'un changement important concernant l'émetteur visé au paragraphe (1) ou d'un fait important concernant ses valeurs mobilières que s'il a déjà été rendu public ou si cela est nécessaire pour la prise de la mesure :

a) présenter une offre publique d'achat à l'égard de valeurs mobilières de l'émetteur;

b) participer à une réorganisation, une fusion, un arrangement ou un regroupement similaire d'entreprises avec l'émetteur;

c) acquérir une portion importante des biens de l'émetteur.

material fact with respect to securities of that issuer has not been generally disclosed, the issuer, or a person that has knowledge of the change or fact and that either is in a special relationship with the issuer or proposes to do one or more of the actions set out in paragraphs (3)(*a*) to (*c*), must not recommend or encourage another person to purchase or trade a security of the issuer or to enter into a transaction involving a related financial instrument.

(4) À moins que le changement important concernant l'émetteur visé au paragraphe (1) ou le fait important concernant ses valeurs mobilières n'ait été rendu public, il est interdit à cet émetteur — de même qu'à toute personne qui a connaissance du changement ou du fait et qui a des rapports particuliers avec lui ou a l'intention d'effectuer l'une ou plusieurs des mesures mentionnées aux alinéas (3)*a*) à *c*) — de recommander à une autre personne d'effectuer une opération sur l'une des valeurs mobilières de l'émetteur, d'en acheter une ou d'effectuer une transaction concernant un instrument financier connexe, ou de l'y inciter.

[262] Ces normes et exigences sont toutes fondées sur les obligations d'honnêteté, d'intégrité, de bonne foi et de diligence ainsi que sur un devoir continu d'information et de transparence qui s'exprime de diverses façons (obligation de tenir des dossiers, obligation d'exactitude dans la communication des faits, etc.).

[263] La partie 11 (art. 131 à 168) contient les dispositions assurant le contrôle de l'application du régime (examens et enquêtes, ordonnances de toutes sortes, incluant des ordonnances de communication, qui font l'objet d'une section distincte[15]). On y prévoit aussi l'édiction d'infractions pénales (art. 153 à 156) ainsi que d'infractions criminelles (art. 158 à 167) dont plusieurs reprennent des infractions figurant actuellement dans le *Code criminel.*

[264] Les parties 12 (plus générale — art. 169 à 193) et 13 (qui vise les obligations d'information sur le marché secondaire — art. 194 à 219) s'intéressent à la sanction civile de la loi projetée en établissant un régime complet de responsabilité civile (de la faute jusqu'au calcul des dommages en passant par les conditions de l'action en justice, y compris les moyens de défense).

[265] La Proposition comporte enfin, en sa partie 14 (art. 220 à 249), des dispositions sur les dossiers et renseignements (dont ceux qui sont mis à la disposition du public) et autres sujets. Elle investit l'Autorité d'importants pouvoirs réglementaires (incluant celui d'imposer des restrictions sur la propriété et le contrôle des bourses) et attribue certains pouvoirs particuliers au régulateur en chef (y compris celui d'ordonner la cessation d'opérations non conformes).

---

[15] Section 4, art. 148-152.

[266] La partie 15 (art. 250 à 254) énonce un régime transitoire sur lequel nous reviendrons, qui vise la mise en œuvre progressive de la loi projetée à travers le Canada.

[267] La partie 16 prévoit les modifications corrélatives à diverses lois.

[268] Cet examen de la Proposition, dans son ensemble et dans chacune de ses dispositions, montre que le système de réglementation qu'on y envisage tourne autour de deux grands axes : 1° l'assujettissement des acteurs (participants) du marché (émetteurs, intermédiaires, gestionnaires de fonds, pollicitants, pollicités, dirigeants, initiés) à des normes de conduite (qui vont même jusqu'à l'encadrement des transactions, par exemple dans le cas des offres publiques d'achat et de rachat) et 2° l'information et la divulgation de l'information. Sous le premier angle, il s'agit de l'expression d'une normativité éthique dont l'implantation est garantie par une série de mécanismes de contrôle. Sous le second angle, il s'agit d'assurer l'intégrité et la transparence de l'information, encore là par le truchement de divers mécanismes de surveillance.

[269] Nous n'insistons pas sur le premier axe, qui est suffisamment discuté dans les motifs du juge en chef Robert et dans ceux du juge Dalphond. Quelques mots cependant s'imposent au chapitre de l'information.

[270] En effet, s'il est un thème récurrent autant que dominant dans cette Proposition, c'est bien celui de l'information et de sa divulgation : que ce soit au chapitre des prospectus, des instruments dérivés ou des offres publiques d'achat et de rachat, le thème de l'information occupe le premier rang, quand il n'occupe pas toute la place. L'intérêt porté aux agences de notation est relatif à l'information. La partie 8 (communication et procuration) lui est presqu'exclusivement consacrée, la partie 13 établit un régime complet de responsabilité civile liée aux obligations d'information sur le marché secondaire. Partout la loi affirme et régit le devoir d'information et de divulgation de l'information, une information dont elle assure et requiert la production, l'exactitude, la mise à jour et la circulation. Même les délits d'initiés (initiés qui doivent eux-mêmes divulguer de l'information sur leur situation) sont des délits d'information, commis par ceux qui cherchent à se procurer un avantage en profitant de renseignements privilégiés qui ne sont connus que d'eux seuls ou d'un petit nombre. Une large partie des mécanismes d'application de la loi est par ailleurs centrée sur ce devoir d'information et toutes ses facettes.

[271] C'est là une dimension fondamentale de la Proposition et elle est en effet cruciale. Ainsi que l'écrit la Cour suprême, sous la plume du juge Binnie, dans *Kerr c. Danier Leather Inc.*[16], « disclosure lies at the heart of an effective securities regime » même si « the extent of the disclosure is a matter of legislative policy ». L'analyse économique nous enseigne que l'information est au cœur des marchés et que seule

[16] [2007] 3 R.C.S. 331, paragr. 5.

une information exacte, fiable et publique, qui circule librement, garantit l'équité et l'efficacité des marchés en général et des transactions et opérations en particulier puisqu'elle permet aux intervenants d'agir en toute connaissance de cause et de faire des choix éclairés.

[272] Cela dit, on notera que la Proposition, du moins dans ses aspects déterminants, ne régit pas vraiment, pour reprendre la dichotomie suggérée par le juge Dalphond, le *marché* des valeurs mobilières ni même le *commerce*, dans son ensemble, de celles-ci, du moins pas directement (et sauf exception)[17]. Elle régit plutôt l'environnement transactionnel, en s'assurant que tous les intervenants répondent à des normes de conduite strictes et soient assujettis à un devoir d'information tout aussi strict, et ce, qu'il s'agisse de grandes opérations boursières ou d'achats individuels. Autrement dit, on s'attelle à régir les conditions nécessaires pour que s'effectuent toutes les opérations sur ces biens particuliers que sont les valeurs mobilières. Ce n'est pas dire que cela n'a pas d'impact sur le marché ou le commerce, mais ce n'est ni le marché ni le commerce comme tels qui se trouvent réglementés directement par la Proposition. C'est plutôt au chapitre des finalités et des effets que l'on se préoccupe du marché et du commerce, les mesures édictées par la Proposition étant, bien sûr, calibrées de telle façon qu'elles n'entravent pas, mais, au contraire, favorisent leur fonctionnement optimal.

[273] En résumé, réglementation de la conduite des acteurs et réglementation de l'information sont les deux piliers de la Proposition, qui a pour finalité et effet recherché — c'est presque banal de le dire tant cela appartient à l'ordinaire des lois régissant les valeurs mobilières[18] — d'assurer la protection des investisseurs contre les pratiques déloyales, irrégulières ou frauduleuses et le maintien d'un marché des valeurs mobilières juste, efficace et compétitif, dont l'intégrité, la stabilité et la transparence soient préservées au mieux. Cela correspond, encore qu'en d'autres termes, à l'objet de la loi tel que défini par l'article 9 de la Proposition (voir *supra*, paragr. [249]). Tout le reste, qu'il s'agisse des structures administratives mises en place pour contrôler l'application de la loi ou du régime des sanctions pénales et civiles, est organisé autour de cela. C'est donc cette combinaison particulière d'objets, d'effets (anticipés en l'espèce, la loi n'ayant pas encore été adoptée), de moyens et de mécanismes qui constitue la matière et la substance de la Proposition et lui donne son caractère véritable.

[274] Le préambule de la Proposition est certes plus ambitieux et paraît envisager la réglementation même du marché des capitaux, qu'il serait primordial d'assujettir à un régime de contrôle renforcé, complet, coordonné, applicable à l'ensemble du Canada, et ce, afin de garantir l'intégrité et la stabilité du « système financier » canadien. Mais au-delà des artifices rhétoriques (qui sont assez fréquents dans ce sous-genre bien

---

[17] Le domaine agricole, par contraste, offre l'exemple d'une véritable réglementation du marché, qui dépasse celle des intervenants : contrôle de la production par l'imposition de quotas, inspection et classification des produits, contrôle de la qualité, contrôle de la distribution et du flux même des échanges, contrôle des prix, etc.

[18] Ainsi qu'il ressort de la preuve et de l'examen des divers textes législatifs pertinents.

particulier de la littérature juridique qu'est le préambule législatif), les moyens retenus par la Proposition sont plus modestes, comme on vient de le voir et comme le montre du reste le second paragraphe de son article 16, qui les résume en quelques mots :

16. [...]	**16.** [...]
(2) The primary means for achieving the purposes of this Act include	(2) Les principaux moyens de réaliser l'objet de la présente loi sont notamment :
(*a*) requirements for timely, accurate and efficient disclosure of information;	*a*) des exigences concernant la communication de l'information en temps opportun et avec exactitude et efficience;
(*b*) prohibitions of unfair, improper or fraudulent market practices;	*b*) des interdictions visant les pratiques déloyales, irrégulières ou frauduleuses du marché;
(*c*) standards for honest and responsible conduct by market participants;	*c*) des normes touchant le comportement honnête et responsable des participants du marché;
(*d*) the monitoring and evaluation of issues or developments affecting the integrity or stability of capital markets; and	*d*) la surveillance et l'évaluation des questions et faits nouveaux touchant l'intégrité ou la stabilité des marchés des capitaux;
(*e*) cooperation and coordination among financial authorities, in Canada and elsewhere.	*e*) la coopération et la coordination entre les autorités financières, au Canada et à l'étranger.

[275] L'alinéa *d)* ci-dessus emploie l'expression « marché des capitaux », mais la surveillance et l'évaluation des questions touchant l'intégrité de ce marché ne sont certes pas le trait dominant de la Proposition, qui, d'ailleurs, n'entreprend rien de très précis à ce propos.

[276] En somme, il ressort de cet examen que la Proposition, considérant « what is the essence of what it does and how does it do it », a bel et bien pour matière la réglementation de la conduite des acteurs, c'est-à-dire des participants et des intervenants, et ce, dans le but d'assurer la protection des investisseurs contre les pratiques déloyales, irrégulières ou frauduleuses (objectif dominant si l'on considère la minutie et l'exhaustivité avec lesquelles on s'y emploie à régir les recours civils) et le maintien d'un marché des valeurs mobilières juste, efficace et compétitif, dont l'intégrité, la stabilité et la transparence soient préservées au mieux. Elle ne porte pas sur tous les aspects du marché des valeurs mobilières, mais s'attache à réglementer la fourniture de

biens ou de services (courtage, exploitation d'une bourse, première émission publique, etc.).

[277] Quelques observations enfin pour préciser et terminer notre analyse du caractère véritable de la Proposition.

[278] Il y a d'abord la question du risque systémique.

[279] Dans *Reference re Securities Act (Canada)*[19], le juge Slatter écrit ce qui suit :

> [7] The Government of Canada suggests that the proposed federal securities legislation will also address "systemic risk". By "systemic risk" is meant widespread undesirable investment practices that might lead to wholesale disruptions of the capital markets. However, not being a "merit system", the legislation does not address the types of irresponsible investment practices that might create such risks, nor does it limit the types of investments that can be sold. The focus of the proposed federal securities legislation (like the provincial legislation) is the integrity of market participants, protection of public investors, and ensuring ethical practices in the capital markets.

[280] On peut bien croire, comme le juge Slatter, que la Proposition passe à côté du moyen qui lui permettrait d'assurer efficacement la prévention et la gestion du risque systémique. En toute déférence, cependant, nous estimons que, même si elle n'est pas l'élément définitionnel déterminant du caractère véritable de la Proposition, on ne peut pas nier que celle-ci entend s'y adresser.

[281] La prévention et la gestion du risque systémique sont l'un des thèmes fondamentaux de l'argumentaire du procureur général du Canada et de l'Association des banquiers canadiens. La Proposition elle-même n'emploie pas les termes de « risque systémique »[20], mais c'est ce dont elle traite lorsqu'elle parle de la stabilité et de l'intégrité du système financier ou des marchés des capitaux ou des marchés financiers (on observe ici un certain flottement terminologique). Le sixième attendu du préambule ainsi que les alinéas 9*c)* et 16(2)*d)* font un principe directeur de la protection et de la promotion de la stabilité et de l'intégrité du système et du marché. Il paraît donc bien que la prévention et la gestion du risque systémique ou, plutôt, la protection et la promotion de la stabilité et de l'intégrité du système ou du marché font partie de la vocation de la Proposition.

[282] On ne peut arrêter là, toutefois, et il faut s'attacher surtout aux moyens par lesquels ce principe est mis en œuvre. Or, c'est d'abord et avant tout par la

---

19 2011 ABCA 77.

20 Ce qui contraste fort, par exemple, avec la *Loi sur la compensation et le règlement des paiements*, L.C. 1996, ch. 6, qui en parle explicitement et le définit (art. 2). On se demande d'ailleurs si ce n'est pas par là que le risque systémique, peu importe le secteur du système financier d'où il émane, peut être régi.

réglementation du comportement des acteurs de ce marché et l'obligation continue de transparence et d'information, ainsi que par une action générale de surveillance de la part de l'autorité administrative que l'on assure la stabilité et l'intégrité. Autrement dit, on contrôle (ou l'on tente de contrôler) le risque systémique par le contrôle des intervenants qui pourraient avoir des comportements à risque et par le contrôle de l'information. La prévention et la réduction du risque systémique sont les conséquences et les effets recherchés du contrôle des acteurs et de l'information.

[283] La Proposition contient aussi les dispositions suivantes, qui confirment ce diagnostic :

109. [...]

(3) On request by the Chief Regulator, a market participant must provide the Chief Regulator with the information that may be required for the purpose of contributing to the integrity and stability of financial markets or conducting policy analysis related to the administration of this Act or to securities regulation in general.

163. (1) Without limiting the generality of section 718.2 of the *Criminal Code*, a court that is imposing a sentence for an offence referred to in any of sections 158 to 162 must consider the following as aggravating circumstances:

[...]

(b) the offence adversely affected, or had the potential to adversely affect, the integrity or stability of the Canadian economy or financial system or any financial market in Canada or investor confidence in such a financial market;

[...]

224. (1) The Chief Regulator may, if he or she considers that it would not be prejudicial to the public interest to do so,

109. [...]

(3) Sur demande du régulateur en chef, le participant du marché lui fournit l'information pouvant être exigée en vue de la contribution à l'intégrité et à la stabilité des marchés financiers ou de l'analyse en matière d'orientations concernant l'exécution de la présente loi ou la réglementation des valeurs mobilières en général.

163. (1) Sans que soit limitée la portée générale de l'article 718.2 du *Code criminel*, lorsque le tribunal détermine la peine à infliger à l'égard d'une infraction prévue à l'un des articles 158 à 162, les faits ci-après constituent des circonstances aggravantes :

[...]

b) l'infraction a nui — ou pouvait nuire — à l'intégrité ou à la stabilité de l'économie canadienne, du système financier canadien ou des marchés financiers au Canada ou à la confiance des investisseurs dans un marché financier au Canada;

[...]

224. (1) S'il estime que cela ne serait pas préjudiciable à l'intérêt public, le régulateur

disclose any information obtained under this Act, to another securities or financial regulatory authority, an exchange, a self-regulatory organization or another governmental or regulatory authority, in Canada or elsewhere, if the disclosure is for the purpose of the administration of this Act, including contributing to the integrity and stability of the financial system, or of assisting in the administration of securities or financial legislation in Canada or elsewhere.

[...]

228. (1) The Authority must publish a notice of every regulation that it proposes to make.

[...]

(4) Despite subsection (1), a notice is not required to be published in the following circumstances:

(c) the Authority considers that there is an urgent need for the proposed regulation and that, without it, there is a substantial risk of material harm to investors or to the integrity or stability of capital markets, and the Authority has the Minister's consent to make the regulation and to not publish a notice.

[...]

232. (1) The Governor in Council may make an order requiring the Authority to make, amend or repeal a regulation under section 227, as provided in the order, as soon as practicable, if the Governor in Council is of the opinion that there is an urgent need for such a measure and that, without it, there is a substantial risk of material harm to investors or to the

en chef peut communiquer à une autre agence réglementant les valeurs mobilières ou le secteur financier, à une bourse, à un organisme d'autoréglementation ou à une autorité administrative, situés au Canada ou à l'étranger, tout renseignement obtenu sous le régime de la présente loi s'il le fait pour l'exécution de celle-ci — notamment pour contribuer à l'intégrité et à la stabilité du système financier —, ou pour appuyer l'exécution de la législation en matière financière ou de valeurs mobilières, au Canada ou à l'étranger.

[...]

228. (1) L'Autorité publie un avis de tout règlement qu'elle se propose de prendre.

[...]

(4) Malgré le paragraphe (1), la publication d'un avis n'est pas exigée dans les cas suivants :

c) d'une part, l'Autorité est d'avis que le projet de règlement répond à un besoin urgent et que, sans celui-ci, les investisseurs ou l'intégrité ou la stabilité des marchés des capitaux risqueraient fortement de subir un préjudice important et, d'autre part, elle a obtenu l'agrément du ministre quant à la prise du règlement et à la non publication de l'avis.

[...]

232. (1) Le gouverneur en conseil peut, par décret, ordonner à l'Autorité la prise, la modification ou l'abrogation, dès que possible et de la façon précisée au décret, d'un règlement au titre de l'article 227 s'il est d'avis que la mesure répond à un besoin urgent et que sans elle les

integrity or stability of capital markets.

[...]

[Emphasis added.]

investisseurs ou l'intégrité ou la stabilité des marchés des capitaux risqueraient fortement de subir un préjudice important.

[...]

[Soulignements ajoutés.]

[284] Les deux mesures d'importance à ce chapitre sont celles que prescrivent les paragraphes 228(4) et 232(1), qui confèrent un pouvoir d'urgence à l'autorité administrative ou au gouverneur en conseil en cas de préjudice imminent à la stabilité ou à l'intégrité des marchés des capitaux. Pour témoigner de cette importance, on a beaucoup parlé, à l'audience comme dans certains des documents présentés en preuve, de récession mondiale et de risque d'effondrement du marché financier global, ce dont les dernières années ont offert un exemple frappant. Il est loin d'être certain cependant que cette crise, largement causée par des produits financiers sans valeur réelle ou alors outrageusement spéculatifs ainsi que par une bulle immobilière, eût pu être évitée par une loi qui ne s'intéresse pas à la qualité des produits mis sur le marché, ainsi que le constate le juge Slatter[21] (il n'y pas de reproche dans cette observation, la réglementation se faisant plus ou moins partout selon le même modèle de base, plus ou moins sévère selon les juridictions).

[285] Néanmoins, peu importe que les moyens choisis soient théoriques ou pas, efficaces ou pas, possibles ou pas, la question de la stabilité et de l'intégrité des marchés, et donc celle du risque systémique, font partie intégrante de la matière et de la substance de la Proposition et de ce qui en constitue le caractère véritable. Toutefois, comme on le constate, et cela est capital dans le processus de caractérisation, ce n'en est pas la caractéristique dominante (quoi qu'en dise le préambule).

[286] Par ailleurs, il faut aborder deux questions encore : la première concerne la dimension interprovinciale et, même, internationale du marché des valeurs mobilières; la seconde se rattache à ce qu'on appellera la dématérialisation des opérations et des titres.

[287] S'il est un fait qui ressort de la preuve, c'est bien celui de la dimension nationale et internationale du marché des valeurs mobilières, que la Cour suprême, du reste, a déjà eu l'occasion de constater : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*[22], p. 173 *in fine* et 174; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*[23], paragr. 28.

[288] Si tant est que le marché ou le commerce des valeurs mobilières au Canada ait déjà été purement local (après tout, les titres de certaines grandes compagnies

---

21 *Reference re Securities Act (Canada)*, précité, note 19.
22 Précité, note 12.
23 [2000] 1 R.C.S. 494.

canadiennes, au XIX[e] siècle[24], se négociaient déjà à la bourse de Londres ou de New York), ce n'est plus le cas depuis longtemps[25]. Les émissions d'actions d'une société peuvent aujourd'hui faire l'objet de transactions à l'échelle nationale ou internationale; les investisseurs qui achètent sur le marché canadien (ou le marché de chaque province) peuvent provenir de partout dans le monde et, inversement, les Canadiens peuvent acheter des valeurs mobilières ailleurs; de nombreuses maisons de courtage sont habilitées à agir sur plus d'un territoire et peuvent desservir une clientèle nationale ou internationale; on trouve les mêmes agences de notation partout, les bourses sont le lieu d'échanges locaux, nationaux et internationaux. L'intégration des économies à l'échelle nord-américaine et mondiale a évidemment influencé le marché des valeurs mobilières, qui est l'une des composantes d'un vaste réseau planétaire, comme elle a influencé tous les autres marchés. Cette mondialisation est d'ailleurs facilitée et sans doute accentuée par les moyens technologiques dont on dispose maintenant et, particulièrement, tout ce qui est relié à l'informatique et à Internet.

[289] Néanmoins, en tant que tel, le fait que le marché et le commerce (pour reprendre cette distinction) aient une dimension interprovinciale et internationale ne change rien au caractère véritable de la Proposition. C'eût été le cas si cette dernière avait eu pour « pith and substance » de réglementer les aspects interprovinciaux et internationaux du marché ou du commerce des valeurs mobilières, puisque cela eût alors été pertinent aux fins du premier volet de la compétence dévolue au fédéral par le paragr. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais ce n'est pas ce qu'elle fait ni ce qu'elle entend faire. Le procureur général du Canada le reconnaît d'ailleurs. Ce que l'on projette de réglementer, principalement, c'est l'environnement transactionnel dit « national », mais qui, par un effet inévitable de la géopolitique canadienne, est en même temps et nécessairement intraprovincial.

[290] Pour le reste, cet aspect des choses est pertinent seulement au chapitre du rattachement à la compétence, deuxième étape de l'analyse constitutionnelle, et c'est donc là que nous en reparlerons.

[291] De la même manière, à notre avis, le phénomène de la dématérialisation des titres de valeurs mobilières et des échanges eux-mêmes, encore là grâce à l'informatique, n'a pas d'impact sur le caractère véritable de la Proposition. La dématérialisation n'est pas affaire nouvelle en droit. Un bien n'est pas moins un bien

---

[24] Époque où le recours à l'épargne publique par le moyen des valeurs mobilières n'était pas nécessairement, pour les entreprises canadiennes, le mode privilégié de lever des capitaux.

[25] Dans la preuve, le seul rapport qui offre quelques détails sur l'historique du marché canadien des valeurs mobilières, ses aspects internationaux et sa réglementation est celui de Stéphane Rousseau, *L'encadrement du secteur des valeurs mobilières par le Québec et le débat sur une commission nationale des valeurs mobilières*, 22 juin 2010, 251p., p. 26 et s., preuve du procureur général du Québec, vol. IV, p. 984 et s. Pour un exposé succinct mais précis de la nature internationale du marché des valeurs mobilières, et ce, depuis déjà le 18[e] siècle, en Europe et ailleurs, voir : *The Palgrave Dictionary of Transnational History*, sous la dir. d'Akira Iriye et Pierre-Yves Saunier, Basingstoke, Eng./New York, Palmgrave Macmillan, 2009, p. 408 et s. (« Financial markets », terme employé pour désigner le marché tant primaire que secondaire des valeurs mobilières).

parce qu'il est intangible; la conclusion d'un contrat, depuis longtemps, ne nécessite plus la réunion des contractants dans un même lieu et l'avènement des technologies de l'information a simplement donné à ceux-ci de nouveaux moyens de transiger à distance; un paiement peut être fait sans que des billets de banque soient échangés; on peut posséder un titre sans l'avoir entre les mains au sens littéral. Que les investisseurs investissent en des produits dématérialisés (mais juridiquement localisés) qui ne trouveront pas leur place dans un coffre-fort, sinon virtuellement, ou que les transactions, les échanges et les opérations de toutes sortes, peu importe leur nature, se fassent à distance et par le biais des réseaux ou de structures informatiques qui ont en outre l'avantage de l'instantanéité n'est pas pertinent à la détermination du caractère véritable de la Proposition[26].

[292] Bref, et pour conclure sur ce point, la Proposition a bel et bien pour substance et matière, répétons-le, la réglementation de la conduite des acteurs, c'est-à-dire des participants et des intervenants, et ce, dans le but d'assurer la protection des investisseurs contre les pratiques déloyales, irrégulières ou frauduleuses et le maintien d'un marché des valeurs mobilières juste, efficace et compétitif, dont l'intégrité, la stabilité et la transparence soient préservées et soutenues. C'est là son caractère véritable (voir *supra*, paragr. [276]).

[293] Cela étant, il faut constater que ce caractère véritable de la Proposition ne se distingue pas de celui des lois provinciales en la matière — et notamment celles du Québec[27] et de l'Alberta —, qui ont essentiellement les mêmes objets (quand ce ne sont pas les mêmes objectifs) et les mêmes effets, usant par ailleurs des mêmes moyens et des mêmes mécanismes (y compris au chapitre de la coopération interprovinciale et internationale, sujet visé par l'alinéa 16(2)*e)* de la Proposition). Il s'en distingue si peu, d'ailleurs, que le cœur de la Proposition, dans ses dispositions régulatrices, reproduit le modèle des lois provinciales et, particulièrement, celui de l'Alberta, dont elle est fortement inspirée[28].

[294] Cette similitude ressort des textes législatifs eux-mêmes et ressort aussi de la preuve. Il se peut, qu'ici ou là, l'accent soit mis, par l'effet d'un choix législatif, sur tel

---

[26] Dans ce sens, voir : *Bennett c. British Columbia (Securities Commission)* (1991), 82 D.L.R. (4th) 129 (B.C.S.C.), conf. par (1992), 94 D.L.R. (4th) 339 (B.C.C.A.), requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejeté le 27 août 1992, 23105, [1992] 2 R.C.S. v.

[27] Pour une analyse exhaustive du régime québécois de réglementation des valeurs mobilières (régime consistant en plusieurs lois), on consultera notamment l'étude suivante, produite en preuve par le procureur général du Québec : Stéphane Rousseau, *op. cit.*, note 25, preuve du procureur général du Québec, vol. IV, p. 959 et s.

[28] Notons au passage que le communiqué du ministre des Finances annonçant la Proposition explique que « [l]a loi proposée s'appuie sur la réglementation provinciale en matière de valeurs mobilières et regroupe la législation existante en un seul texte » (« [t]he proposed Canadian **Securities Act** is built on provincial securities regulation and harmonizes existing legislation in the form of a single statute»), ce qui est exact jusqu'au point de la copie. Voir : Communiqué 2010-051, 26 mai 2010, http://www.fin.gc.ca/n10/10-051-fra.asp (onglet 81 du cahier de sources du procureur général du Québec) ou http://www.fin.gc.ca/n10/10-051-eng.asp.

élément plutôt que tel autre. À l'évidence, les législateurs provinciaux, s'ils ont d'abord occupé le champ de la réglementation du commerce des valeurs mobilières par souci de protection des investisseurs, se préoccupent depuis longtemps et tout autant, quoiqu'à des degrés potentiellement différents, du maintien et de la promotion d'un marché des valeurs mobilières juste, efficace et compétitif, dont la stabilité, l'intégrité et la transparence[29] doivent être assurées. Eux aussi ont choisi pour mode privilégié d'atteindre ces objectifs la réglementation de la conduite des acteurs et celle de l'information et c'est la voie qu'emprunte la Proposition, qui s'inspire visiblement de leurs méthodes.

[295] La similitude entre le modèle retenu par la Proposition et les modèles provinciaux est soulignée en ces termes par la Cour d'appel de l'Alberta, sous la plume du juge Slatter :

> [4] None of the provinces presently operates what is known as a "merit jurisdiction". Provincial security regulators do not pass on the merits of any particular investment; they do not attempt to pick winners or losers. Issuers are allowed to sell high risk investments. The focus of the present provincial (and proposed federal) securities regulation is on ensuring "full, plain and true" initial and continuous disclosure, leaving the investment decision up to the investor; it is the issuers and intermediaries who are the regulated participants, not the investors. After compliance with the regulatory thresholds, the trading in securities is a free market capitalist system where investors are entitled to make such investments as they see fit. The primary focus of the statutes is on the selling of securities; there are only a few provisions (such as Alberta's s. 93 on market manipulation) that regulate the buying of securities.
>
> [...]
>
> [6] As the questions on this Reference reveal, the federal government now proposes, for the first time, to enact comprehensive legislation regulating the securities industry at the national level. The proposed federal legislation mirrors, from a functional point of view, the existing provincial securities regulation regimes: see proposed ss. 9 and 16. Occasional different policy choices in the content do not change the nature of the proposed legislation for constitutional purposes. It will license and regulate the conduct of participants in the securities industry. It will regulate the raising of money from the public in much the same way as the provincial legislation does, and will contain similar provisions for

[29] Notons à ce sujet que ce n'est pas parce que les lois provinciales ne parleraient pas explicitement de « risque systémique » (pas plus du reste que n'en parle, comme tel, la Proposition), que celui-ci serait étranger à leurs préoccupations. Il ressort implicitement des textes législatifs en cause que la prévention et la gestion du risque systémique font partie tout à la fois des objets et des effets de ces lois, qui cherchent à préserver un marché stable et intègre, ce qui garantit la protection des investisseurs.

> continuous disclosure. The federal legislation will also regulate extraordinary transactions, and provide for investigation, enforcement, and civil liability. [...][30]

[296] Nous n'employons pas tout à fait les mêmes mots que le juge Slatter, mais nous souscrivons à ces remarques, qui illustrent bien le caractère véritable de la Proposition, dans son essence, et celui des lois provinciales, dans la leur.

3. Rattachement aux compétences

[297] À quelle compétence constitutionnelle rattacher la Proposition? Comme on l'a vu précédemment, ce type de réglementation, selon le procureur général du Québec, le procureur général de l'Alberta et le Barreau du Québec, ressortit entièrement et exclusivement à la compétence des provinces en vertu de l'article 92, paragr. 13, de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour le procureur général du Canada et l'Association des banquiers canadiens (dont l'argumentaire recèle une ambiguïté dont nous parlerons dans quelques lignes), il relèverait du volet général de la compétence fédérale sur les échanges et le commerce, conformément à l'article 91, paragr. 2, de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Certaines des dispositions de la Proposition relèvent par ailleurs clairement du droit criminel et du paragraphe 91(27). Sur ce dernier point, il vaut la peine de souligner que le procureur général du Canada ne prétend pas que la Proposition, dans son entier, soit une émanation et une manifestation de la compétence du Parlement de légiférer en matière de droit criminel[31]. Il n'invoque pas non plus le premier volet de la compétence fédérale sur les échanges et le commerce (c'est-à-dire la compétence fédérale sur les aspects internationaux et interprovinciaux des échanges et du commerce).

a. Remarques préliminaires sur le double aspect

[298] Selon le procureur général du Canada, la situation serait un exemple classique de la théorie du double aspect, la réglementation des marchés des capitaux, écrit-il, ayant à la fois un aspect « échanges et commerce » et un aspect « propriété et droits civils ». L'Association des banquiers canadiens, dans son mémoire, développe elle aussi le même argument.

[299] Si cela est vrai, il en résulterait, en théorie du moins, que la Proposition et les lois provinciales en matière de valeurs mobilières pourraient donc, à terme, coexister. En cas de contradiction, la disposition législative fédérale l'emporterait, et ce, en vertu de la doctrine de la prépondérance des lois du Parlement.

[300] Cette assertion, pourtant, se heurte à quelques difficultés.

---

30 *Reference re Securities Act (Canada)*, précité, note 19.

31 Au contraire de ce qu'il soutenait dans *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, précité, note 6.

[301] D'une part, alors même que l'on plaide la théorie du double aspect, qui suppose la coexistence des dispositions législatives fédérales et provinciales, le procureur général du Canada et l'Association des banquiers canadiens font valoir avec force la nécessité que le marché des valeurs mobilières soit l'objet d'un système réglementaire non seulement uniforme, mais unique, permettant une gestion à la fois centralisée et souple de ce segment essentiel du système financier canadien (un des quatre piliers de ce système, à vrai dire[32]), gestion qui tiendrait compte simultanément des intérêts de toutes les régions du Canada et de l'intérêt national de celui-ci. En outre, seul un tel système permettrait au Canada de faire entendre sa voix à l'échelle internationale, de promouvoir efficacement ses intérêts dans les forums internationaux et de participer à l'élaboration d'orientations cohérentes en matière de réglementation du marché des capitaux (voir d'ailleurs le cinquième attendu du préambule de la Proposition).

[302] On voit mal comment cet argument pourrait se conjuguer avec l'idée qu'il subsiste au Canada, à côté de ce régime complet, unique et uniforme, dix régimes provinciaux visant la même matière, de la même manière. L'argument, s'il doit convaincre, milite plutôt en faveur d'une compétence exclusive du Parlement en matière de valeurs mobilières et se concilie difficilement avec la théorie du double aspect que semblent prêcher parallèlement le procureur général du Canada et l'Association des banquiers canadiens, d'où l'ambiguïté de leur positionnement constitutionnel.

[303] D'autre part, l'ambiguïté du propos s'accentue encore quand on considère le régime transitoire envisagé par la Proposition, et particulièrement l'article 250 de celle-ci :

250. (1) Subject to sections 251 and 252, sections 1 to 10 and Parts 1 to 14 do not apply in a province unless it is designated under subsection (2).	**250.** (1) Sous réserve des articles 251 et 252, les articles 1 à 10 et les parties 1 à 14 ne s'appliquent pas dans une province à moins qu'elle n'ait été désignée au titre du paragraphe (2).
(2) After receiving the written consent of the Lieutenant Governor in Council of a province and on the recommendation of the Minister, the Governor in Council may, by order, designate the province as a participating province.	(2) Après réception du consentement écrit du lieutenant-gouverneur en conseil de la province et sur recommandation du ministre, le gouverneur en conseil peut, par décret, désigner la province à titre de province participante.
(3) Before making his or her recommendation, the Minister must be satisfied that the single securities regulatory regime that is established by	(3) Le ministre ne peut faire sa recommandation que s'il est convaincu que le régime unique de réglementation des valeurs mobilières qui est établi par la présente loi et applicable dans l'ensemble

[32] Les autres sont : le système bancaire, le marché des assurances et celui des compagnies de fiducie.

this Act, and that is applicable throughout all of the participating provinces, will apply in the province to be designated.

251. The following provisions apply to the whole of Canada:

(*a*) the definitions "issuer", "material change", "material fact", "misrepresentation", "related financial instrument", "security", "take-over bid" and "trade" in section 2;

(*b*) section 8; and

(*c*) sections 158 to 167.

252. (1) Sections 148 to 152 apply in a province that is not designated under subsection 250(2), subject to the following:

(*a*) a reference to "recognized entity" is to be read as a reference to "self-regulatory organization, exchange, clearing agency or auditor oversight organization";

(*b*) references to "registrant" and "registrants" are to be read as references to "dealer, underwriter, adviser or investment fund manager" and "dealers, underwriters, advisers and investment fund managers", respectively; and

(*c*) a reference, in paragraph 149(2)(*a*) or 150(2)(*a*), to "an offence under this Act" is to be read as a reference to "an offence under sections 158 to 162".

(2) Section 168 applies in a province that is not designated under subsection 250(2), subject to the following:

(*a*) the reference to "to the Chief

des provinces participantes s'appliquera dans la province en cause.

251. Les dispositions ci-après s'appliquent dans l'ensemble du Canada :

a) les définitions de « changement important », « émetteur », « fait important », « instrument financier connexe », « offre publique d'achat », « opération », « présentation inexacte des faits » et « valeur mobilière » à l'article 2;

b) l'article 8;

c) les articles 158 à 167.

252. (1) Les articles 148 à 152 s'appliquent, sous réserve des dispositions ci-après, dans la province qui n'a pas été désignée comme province participante au titre du paragraphe 250(2) :

a) la mention de « une entité reconnue » et celle de « l'entité reconnue » valent respectivement mention de « un organisme d'autoréglementation, une bourse, une agence de compensation ou un organisme de surveillance des vérificateurs » et de « l'organisme d'autoréglementation, la bourse, l'agence de compensation ou l'organisme de surveillance des vérificateurs »;

b) les mentions de « à un inscrit », de « l'inscrit », de « tout inscrit » et de « des inscrits » valent respectivement mention de « à un courtier, un souscripteur à forfait, un conseiller ou un gestionnaire de fonds d'investissement », de « le courtier, le souscripteur à forfait, le conseiller ou le gestionnaire de fonds d'investissement », de « tout courtier, souscripteur à forfait, conseiller ou gestionnaire de fonds d'investissement » et de « des courtiers,

Regulator, to a person acting under the Chief Regulator's authority or to a peace officer" is to be read as a reference to "to a peace officer";

(*b*) the reference to "a peace officer who is investigating an offence under this Act, a designated person who is conducting a review under section 133 or an authorized person who is inquiring into a matter under section 134" is to be read as a reference to "a peace officer who is investigating an offence under sections 158 to 162"; and

(*c*) a reference to "an offence or a contravention under this Act" is to be read as a reference to "an offence under sections 158 to 162".

253. (1) The definition "release" in section 194 includes filing a document with the securities regulatory authority of a province that is not designated under subsection 250(2).

(2) The aggregate of all damages assessed after appeals that is referred to in the description of B in paragraph 212(1)(*b*) must include all damages assessed after appeals, if any, against the person in all actions brought under legislation, comparable to any of sections 196 to 199, of provinces that are not designated under subsection 250(2).

(3) In determining whether to approve the settlement of an action referred to in subsection 215(1) and in addition to the considerations set out in subsection 215(2), the court must consider whether there are any actions outstanding brought under legislation, comparable to any of sections 196 to 199, of provinces that are

souscripteurs à forfait, conseillers et gestionnaires de fonds d'investissement »;

c) la mention de « infraction présente loi » vaut, aux alinéas la à 149(2)*a*) et 150(2)*a*), mention de « infraction à l'un des articles 158 à 162 ».

(2) L'article 168 s'applique, sous réserve des dispositions ci-après, dans la province qui n'a pas été désignée au titre du paragraphe 250(2) :

a) la mention de « au régulateur en chef, à une personne agissant sous son autorité ou à un agent de la paix » vaut mention de « à un agent de la paix »;

b) la mention de « infraction à la présente loi ou d'une personne désignée ou autorisée par le régulateur en chef pour mener un examen ou une enquête aux termes des articles 133 ou 134, selon le cas » vaut mention de « infraction à l'un des articles 158 à 162 »;

c) la mention de « liés à une infraction ou à une contravention à la présente loi » vaut mention de « liés à une infraction à l'un des articles 158 à 162 ».

253. (1) Le terme « publication », à l'article 194, vise notamment le dépôt d'un document auprès d'une agence de réglementation des valeurs mobilières d'une province qui n'a pas été désignée au titre du paragraphe 250(2).

(2) Le total des dommages-intérêts — évalués après les appels — qui est visé à l'élément B de l'alinéa 212(1)*b*) comprend les dommages évalués — après les appels éventuels — auxquels le défendeur a été condamné dans les actions intentées en vertu de toute disposition —

not designated under subsection 250(2).

254. Sections 250 to 253 cease to have effect on the day that may be fixed in an order of the Governor in Council on the recommendation of the Minister, but the Governor in Council may make the order only if all of the provinces have been designated under subsection 250(2).

[Emphasis added.]

comparable à l'un des articles 196 à 199 — de la législation de toute province qui n'a pas été désignée comme province participante au titre du paragraphe 250(2).

(3) Pour décider s'il approuve ou non le règlement de l'action visée au paragraphe 215(1), le tribunal tient compte, en plus des facteurs visés au paragraphe 215(2), des actions pendantes intentées en vertu de toute disposition — comparable à l'un des articles 196 à 199 — de la législation de toute province qui n'a pas été désignée au titre du paragraphe 250(2).

254. Les articles 250 à 253 cessent d'avoir effet à la date que le gouverneur en conseil peut préciser par décret sur recommandation du ministre; il ne peut prendre le décret qu'une fois que toutes les provinces ont été désignées en vertu du paragraphe 250(2).

[Soulignements ajoutés.]

[304] Il ressort de ces dispositions, dont quelques-unes seulement seront mises en œuvre immédiatement dans tout le pays, que le régime envisagé par la Proposition est destiné à être applicable à l'ensemble du Canada, mais par le moyen d'une adhésion des provinces, individuellement (un *opting-in*). C'est donc un régime à première vue facultatif. Chaque province désireuse d'adhérer au système peut en faire la demande, ce qui, comprend-on du texte de la Proposition et des explications fournies par le procureur général du Canada, signifie l'abandon de sa loi propre : son adhésion ne sera en effet acceptée par le gouverneur général en conseil que si celui-ci est convaincu que « le régime unique de réglementation des valeurs mobilières » (*the single securities regulatory regime*) s'appliquera dans la province. C'est donc dire que, sur le territoire de chaque province adhérente, le seul régime de réglementation des valeurs mobilières sera le régime fédéral (article 250). Dans chacune des provinces non adhérentes, sous réserve de quelques-unes des dispositions du régime fédéral (voir les articles 251 et 252 ci-dessus), seul le régime provincial de réglementation des valeurs mobilières s'appliquera.

[305] Ce régime transitoire est certainement fort créatif et peut-être s'agit-il d'une manifestation nouvelle et originale du concept de fédéralisme coopératif (à tout le moins sur le plan stratégico-politique). Peut-être n'est-il pas contraire au principe qui veut qu'une loi fédérale puisse ne s'appliquer qu'à une partie du pays. Cela dit, il a peu, pour

ne pas dire rien, à voir avec la théorie du double aspect, du moins telle qu'on la conçoit traditionnellement.

[306] Cette théorie se préoccupe de la coexistence simultanée de dispositions législatives fédérales et provinciales sur un même territoire, mais non de la coexistence de régimes mutuellement exclusifs, mais territorialement séparés. Or, en l'espèce, les autorités fédérales n'envisagent pas que la loi proposée s'applique de concert ou en parallèle avec les lois provinciales, chacune en vertu d'un aspect de la réglementation. Plutôt, il est prévu que là où la loi fédérale s'appliquera, par adhésion de la province, elle sera seule à s'appliquer. Encore une fois, et quitte à nous répéter, ce n'est pas là une manifestation de la théorie du double aspect. Il s'agit plutôt d'une variation sur le thème de l'exclusivité des compétences.

[307] Une seule raison peut expliquer une telle façon de procéder à la mise en œuvre de la loi : la coexistence du système fédéral de réglementation et d'un système provincial dans un même territoire est impossible parce que les deux systèmes ont des prétentions à la globalité et que les deux visent essentiellement les mêmes aspects de ce qu'on appellera ici indifféremment le commerce, le marché ou l'industrie des valeurs mobilières, et ce, de semblable manière. Bref, ils ont le même « pith and substance ».

[308] On veut bien que la convergence ou, même, la duplication des dispositions provinciales et fédérales soit le summum de l'harmonie, pour reprendre une expression avalisée par le juge Dickson dans l'arrêt *Multiple Access Ltd.*[33], mais ce qui se conçoit parfaitement quand il ne s'agit que de dispositions législatives individuelles[34] devient problématique, voire impossible, lorsqu'il s'agit de systèmes de réglementation complets poursuivant les mêmes objectifs de la même manière, comme c'est ici le cas.

[309] Dans *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*[35], le juge Beetz expliquait ainsi la véritable nature de la théorie du double aspect :

> Il découle de cette théorie que deux règles ou ensembles de règles relativement semblables peuvent validement se retrouver, l'une dans une

---

33 Précité, note 12, p. 190.

34 Comme c'était le cas dans *Multiple Access Ltd.*, où l'on a conclu à la coexistence des articles 113 et 114 du *Securities Act* de l'Ontario et des articles 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, dispositions quasi identiques. Selon la Cour suprême, ces dispositions visaient toutes les opérations des dirigeants des sociétés relativement aux valeurs mobilières de celles-ci. Les articles 113 et 114 y ont été considérés comme relevant validement de la compétence constitutionnelle des provinces en matière de valeurs mobilières, alors que les articles 100.4 et 100.5 ont été considérés comme relevant de la compétence fédérale en matière de droit des sociétés par actions (« droit corporatif »), car étroitement associés aux rapports essentiels existant dans une société de création fédérale. Les dispositions en cause concordant sans se contredire le moindrement, la Cour a conclu à leur coexistence, sans besoin de faire jouer la doctrine de la prépondérance.

35 [1988] 1 R.C.S. 749.

législation relevant de la compétence fédérale exclusive, et l'autre dans une législation relevant de la compétence provinciale exclusive, parce qu'elles sont édictées pour des fins différentes et dans des contextes législatifs différents dont elles tirent des qualifications distinctes.

Ainsi, la prohibition de conduire un véhicule automobile à la suite d'une condamnation pour conduite en état d'ivresse peut constituer la sanction d'un acte criminel, validement décrétée par le Parlement, tout autant que la conséquence du retrait du permis de conduire validement prescrit par une province pour des fins de sécurité routière: *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] R.C.S. 396.

De même, les faux prospectus peuvent être l'objet de dispositions fédérales valides, sous l'aspect du droit criminel, tout autant que de dispositions provinciales également valides, sous l'aspect de la réglementation du commerce des valeurs mobilières: *Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776.

De même, des dispositions concernant les « opérations des dirigeants » (« *insider trading* ») peuvent être considérées comme du droit corporatif de compétence fédérale exclusive lorsqu'il s'agit de compagnies à charte fédérale, et comme une réglementation du commerce des valeurs mobilières, de compétence provinciale exclusive, applicables aux compagnies à charte fédérale, pourvu que celles-ci ne soient pas traitées de façon discriminatoire et que leurs pouvoirs essentiels soient respectés: *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161.

De même, la nudité en public peut être prohibée par le Parlement dans le cadre du droit criminel, et aussi faire l'objet d'une réglementation provinciale des spectacles dans les débits de boisson exploités en vertu d'un permis provincial: *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59.

Toutefois, dans *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588, le vicomte Haldane nous met en garde au sujet de la théorie du double aspect. Voici ce qu'il dit de cette théorie, à la p. 596 :

> [TRADUCTION] ... [elle] est maintenant bien établie, mais doit néanmoins n'être appliquée qu'avec une grande prudence...

La raison de cette prudence, c'est la désignation extrêmement large des compétences législatives exclusives énumérées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et le risque d'unifier ces deux champs de compétences exclusives en un seul champ de compétences plus ou moins conjointes régies seulement par la règle de la suprématie des lois fédérales. Rien ne pourrait contredire plus directement le principe fédéral qui sous-tend la constitution

canadienne. Voir à ce sujet *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5th ed. 1986), vol. 1, à la p. 525.

> La théorie du double aspect ne constitue ni une exception ni même un tempérament au principe de l'exclusivité des compétences législatives. Elle ne doit pas avoir pour effet de créer des champs de compétences conjointes, tels l'agriculture, l'immigration et les pensions de vieillesse et prestations additionnelles, dans lesquels le Parlement et les législatures peuvent légiférer sous le même aspect. Au contraire, la théorie du double aspect ne peut être invoquée que lorsqu'elle constitue une mise en oeuvre du principe même de l'exclusivité des compétences. Comme son nom l'indique, elle ne saurait s'appliquer que dans les cas clairs où la pluralité des aspects est réelle et non pas seulement nominale.[36]
> [Soulignement original.]

[310] Et plus loin, constatant que les régimes législatifs en cause, à savoir la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*[37] du Québec et ce qui était à l'époque la partie IV du *Code canadien du travail*[38], poursuivent des objectifs semblables par des moyens similaires, le juge Beetz conclut que :

> Il me paraît erroné de parler de double aspect à un autre titre. L'examen du régime préventif de la *Loi* et du régime préventif mis en place par le législateur fédéral dans la partie IV du *Code canadien du travail* révèle en effet que les deux législateurs y poursuivent exactement le même objet par des techniques et des moyens semblables. La comparaison de l'énoncé de principe des deux lois ne laisse subsister aucun doute quant à la similitude de leur objet :
>
> [...]
>
> L'identité parfaite de ces deux objectifs démontre qu'il n'y a pas deux aspects et deux fins selon que la législation est fédérale ou provinciale. À mon avis, les deux législateurs légifèrent pour les mêmes fins et sous le même aspect. Or ils ne disposent pas en l'espèce d'une compétence législative conjointe, mais de compétences législatives mutuellement exclusives. Le procureur général du Québec plaide, à ce sujet, que les dispositions de la partie IV du *Code canadien du travail* ont été adoptées par le Parlement, non pas en vertu de sa compétence exclusive sur les entreprises fédérales, mais de sa compétence incidente analogue à celle qu'il pourrait peut-être exercer s'il instaurait un régime d'indemnisation des victimes des accidents du travail pour les entreprises fédérales. J'ai déjà eu l'occasion d'élaborer sur le sujet. Comme elles portent sur les conditions de travail et la gestion des entreprises fédérales,

---

36 *Ibid.*, p. 765 et 766.
37 L.R.Q., c. S-2.1.
38 S.R.C. 1970, ch. L-1 [mod. 1977-78, ch. 27].

> les dispositions de la partie IV du *Code canadien du travail* relèvent de la compétence exclusive du Parlement, laquelle serait autrement vidée de tout contenu autonome ou significatif, comme nous l'avons vu plus haut.[39]
> [Soulignement original.]

[311] Ces propos sont transposables intégralement à l'espèce : l'examen du régime de réglementation envisagé dans la Proposition et du régime existant sous l'empire des lois provinciales, celles du Québec et de l'Alberta en particulier, révèle en effet qu'on y poursuit exactement le même objet par des techniques et des moyens semblables. L'identité des régimes démontre qu'il n'y a pas deux aspects et deux fins selon que la législation est fédérale ou provinciale. Si la Proposition était adoptée par le Parlement, tous les législateurs auraient légiféré pour les mêmes fins et sous le même aspect. Or, ils ne disposent pas en l'espèce d'une compétence législative conjointe sur les valeurs mobilières et il n'y a pas lieu d'en créer une par le moyen de la théorie du double aspect.

[312] À notre avis, cette théorie n'a pas d'application en l'espèce et c'est plutôt sous l'angle de l'exclusivité des compétences (avec le tempérament de la doctrine des pouvoirs accessoires, le cas échéant) qu'il nous faut envisager le débat, qui met en cause ici les paragraphes 91(2) et 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sur ce point, nous sommes donc également d'accord avec la Cour d'appel de l'Alberta[40].

b. Valeurs mobilières et paragr. 92(13) *de la Loi constitutionnelle de 1867*

[313] La compétence des provinces en matière de réglementation des valeurs mobilières et son rattachement au paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont été reconnus à plusieurs reprises et sous divers rapports par le Comité judiciaire du Conseil privé ainsi que par la Cour suprême du Canada. Voir par exemple : *Lymburn c. Mayland*[41], *Smith c. The Queen*[42], *Gregory & Co. Inc. c. Quebec Securities Commission*[43], *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*[44] et *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*[45]. Dans ce dernier arrêt, le juge Iacobucci, au nom de la Cour, écrit que :

---

39 *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, précité, note 35, p. 852-853.

40 *Reference re Securities Act (Canada)*, précité, note 19, paragr. 45 et 46.

41 [1932] A.C. 318. Le litige se rapporte à l'obligation d'inscription.

42 [1960] R.C.S. 776. Le litige se rapporte à la validité d'une loi provinciale sur les prospectus.

43 [1961] R.C.S. 584. Le litige se rapporte à l'application de la loi québécoise régissant les valeurs mobilières aux transactions entre un courtier québécois et ses clients à l'extérieur de la province.

44 Précité, note 12. Le litige se rapporte à la validité de certains articles d'une loi provinciale sur les valeurs mobilières en ce qu'ils seraient applicables aux dirigeants d'une société privée fédérale.

45 Précité, note 23. Le litige se rapporte à une loi de la Colombie-Britannique permettant à la commission des valeurs mobilières de « recueillir de l'information au profit d'organismes de réglementation des valeurs mobilières d'autres ressorts » (paragr. 1).

> 40 Je conclus que le «caractère véritable», décrit plus haut, de l'al. 141(1)b) relève du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à savoir «la propriété et les droits civils dans la province». L'objectif dominant de l'al. 141(1)b) est la réglementation efficace du marché des valeurs mobilières dans la province, une tâche qui est considérée depuis longtemps comme relevant de la compétence des provinces: voir *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, aux pp. 183 à 185; *Smith*, précité; *Lymburn*, précité.
>
> 41 En outre, il est bien établi que la compétence des provinces en matière de réglementation du marché des valeurs mobilières ne se limite pas aux questions purement intraprovinciales. Dans l'affaire *Gregory*, précitée, le courtier en cause, dont le bureau était situé au Québec, n'avait été poursuivi que pour des opérations qui avaient eu lieu à l'extérieur de la province. Notre Cour a néanmoins conclu que le Québec avait un intérêt légitime dans ces opérations. Inversement, dans l'arrêt *R. c. W. McKenzie Securities Ltd.* (1966), 56 D.L.R. (2d) 56, la Cour d'appel du Manitoba a conclu qu'une province peut réglementer les activités d'un courtier de l'extérieur de la province si celui-ci transige avec des clients se trouvant dans la province.

[314] Ce passage est particulièrement intéressant en ce que le juge Iacobucci ne se contente pas d'y reconnaître qu'en l'espèce, l'alinéa 141(1)b) de la loi provinciale litigieuse relève de la propriété et des droits civils, et donc du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Surtout, il y reconnaît, explicitement, que la « réglementation efficace du marché des valeurs mobilières dans la province » est une tâche qui relève de la compétence des provinces en vertu de cette disposition (tout comme on avait précédemment reconnu que la protection des investisseurs en relevait aussi : voir par exemple *Gregory & Co. Inc. c. Quebec Securities Commission*[46]). De plus, le juge Iacobucci se prononce dans un contexte où la loi en cause est, notons-le, une loi moderne, qui a déjà tous les attributs que l'on a définis plus haut[47]. C'est donc

---

[46] Précité, note 43, à la p. 590 (j. Fauteux, au nom de la majorité) :

> Nor is this conclusion affected by the decisions rendered in a group of cases referred to by counsel for appellant, where the incidence of export trade of farm products on the validity of certain provincial marketing acts was considered; [...] The *Act Respecting Securities*, 3-4 Elizabeth II, c. 11, is not marketing legislation within the meaning attending the legislation considered in these cases. In order to protect the public against fraud, it provides for the establishment and operation of a control and supervision over the conduct, in the Province of Quebec, of persons engaged, therein, in carrying on the business of trading in securities or acting as investment counsel.
>
> The object of the Act, as shown by its provisions, is similar to that of the *Securities Fraud Prevention Act*, 1930, of Alberta, which was considered in *Lymburn and another v. Mayland and Others* and where Lord Atkin, with reference to Part I entitled "Registration of brokers and salesmen", said at p. 324:
>
> > There is no reason to doubt that the main object sought to be secured in this part of the Act is to secure that persons who carry on the business of dealing in securities shall be honest and of good repute, and in this way to protect the public from being defrauded.

[47] *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, dont la structure générale et les sujets ressemblent déjà à ceux de la Proposition, d'ailleurs, comme on peut en juger simplement par le titre de certaines parties :

dire que, sous tous ces aspects (normes de conduite des participants et intervenants du marché, information, etc.), le juge Iacobucci estime que la réglementation des valeurs mobilières relève du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il estime en outre que la compétence provinciale en la matière n'est pas limitée aux questions purement intraprovinciales, mais peut avoir une certaine portée interprovinciale (ou internationale).

[315] Que la réglementation des valeurs mobilières soit rattachée à la propriété et aux droits civils, au sens où le paragraphe 92(13) entend cette expression (c'est-à-dire dans le sens de droit privé[48]) n'étonne guère, puisque le marché (ou le commerce) des valeurs mobilières repose sur une dynamique fondamentalement contractuelle (comme tout marché, serions-nous tentés de dire[49]). Il s'agit d'acquérir, de vendre ou d'échanger un bien (*property*), à savoir la valeur mobilière émise par une société qui cherche ainsi à financer ses activités, le tout directement ou par un intermédiaire, que ce soit sur le marché primaire ou le marché secondaire[50]. Il est vrai que l'émission des valeurs mobilières, en elle-même, n'est pas une opération contractuelle, mais il faut voir par ailleurs que la réglementation qui en est faite et qui est principalement axée sur les exigences liées au prospectus a pour objet de faire en sorte que celui qui acquerra ou souscrira les actions, fût-il une personne morale ou une personne physique, une maison de courtage, un fonds d'investissement, etc., le fera en toute connaissance de cause, comme nous le mentionnions précédemment. Sur le plan juridique, on peut d'ailleurs voir dans les obligations liées aux prospectus une expression du devoir

---

Part 1 – Interpretation; Part 2 – The Commission; Part 4 – Self Regulatory Bodies and Exchanges; Part 5 – Registration; Part 6 – Exemption from Registration Requirements; Part 7 – Trading in Securities Generally (où l'on interdit certaines pratiques); Part 9 – Prospectus; Part 10 – Exemption form Prospectus Requirements; Part 11 – Circulation of Materials; Part 12 – Continous Disclosure; Part 13 – Take Over Bids and Issuer Bids; Part 14 – Proxies; Part 16 – Civil Liability; Part 17 – Investigations and Audits; Part 18 – Enforcement.

48 Voir les motifs du juge en chef Robert, aux paragr. 121 à 130. Voir aussi Peter W. Hogg. *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles, Toronto, Carswell, 2007, p. 21-2 et 21-3.

49 On notera d'ailleurs que, dans le langage courant, la notion de « marché », dans toutes ses acceptions, renvoie à l'idée de contrat (y compris quand ce mot désigne le lieu où se font des transactions commerciales et où s'effectuent des échanges de biens ou de services de toutes sortes). Sur le plan économique, voir par exemple la définition suivante :

> Ensemble des opérations commerciales, financières, concernant une catégorie de biens dans une zone géographique; cette zone; les personnes qui y sont en relations commerciales.
>
> [...] Au point de vue économique, on entend par marché, soit une zone géographique, soit *l'ensemble des personnes* qui sont en relations d'affaires pour vendre ou acheter un produit dans des conditions telles que les transactions (...) tendent à se faire au même moment toutes au même prix (...) on donne aussi le nom de marché *à la masse elle-même des offres et des demandes* qui s'y rencontrent *(dans les centres d'affaires)*.
>
> REBOUD et GUITTON, *Précis d'économie politique*, t. I, p. 377.

(*Le Grand Robert de la langue française*, 2e éd., version électronique, sous la dir. d'Alain Rey, Paris, Le Robert, 2001 « marché ».)

50 Pour une analyse partielle du caractère contractuel de la relation entre les intéressés du marché, voir : Julie Biron et Stéphane Rousseau, « Pérégrinations civilistes autour de la relation entre l'intermédiaire de marché et l'investisseur », (2010) 44 *R.J.T.* 261.

général d'information qui incombe aux contractants éventuels en toute matière, aussi bien en droit civil qu'en *common law*[51], à des degrés divers et avec les adaptations qu'impose la nature du bien dont il s'agit ici.

[316] Pour le reste, l'imposition de normes de conduite aux intervenants du marché et leur contrôle font partie de la même façon de la réglementation de ce que nous appelions plus tôt l'environnement transactionnel, qui se rattache également au droit privé dans la province. Dans l'ensemble, en effet, il s'agit de réglementer les conditions d'échange de ces biens particuliers que sont les valeurs mobilières et les conditions des opérations sur ces biens, et ce, en régissant le comportement des acteurs (dont un bon nombre sont aussi, souvent, des cocontractants) qui peuvent avoir une influence sur les données dont l'investisseur a besoin pour contracter valablement.

[317] Que tout le domaine de la responsabilité civile en ces matières (en vertu du régime de droit commun ou en vertu d'un régime spécial[52]) tombe dans le champ du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* va de soi et nous n'en dirons pas davantage.

[318] Tant par leur objet que leurs objectifs (protection des investisseurs et réglementation efficace du marché des valeurs mobilières), les lois provinciales s'occupent de propriété et de droits civils et sont donc bel et bien valides en vertu du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[319] On objectera peut-être que l'interprovincialisation ou l'internationalisation du marché des valeurs mobilières fait obstacle à ce qu'on puisse parler de « propriété et droits civils *dans la province* ». À notre avis, cela n'est pas le cas. Régir la conduite des intervenants qui sont sur le territoire d'une province même si ces intervenants traitent avec des cocontractants extérieurs à la province demeure une affaire provinciale (comme l'a reconnu la jurisprudence, par exemple dans l'arrêt *Gregory*[53]). Obliger une société émettrice à se conformer aux règles relatives aux prospectus établies dans la province où elle a son siège social ou dans la province dans laquelle elle exploite un établissement ou vend ses actions demeure aussi une affaire provinciale (même si les actions ainsi émises peuvent être acquises hors province et même si elle doit, parce que son « produit » sera distribué dans d'autres provinces, se soumettre aux exigences en vigueur, en pareil cas, dans celles-ci). Un contrat n'est pas moins conclu dans une province parce que le cocontractant est à l'extérieur de cette province (sous réserve des règles du droit international privé, domaine qui relève aussi de la compétence des provinces en vertu du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[54]). De

---

51 S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 6e éd., Toronto. Canada Law Book Inc., 2010, p. 8, paragr. 9.

52 Ce qui est aujourd'hui le cas au Québec comme dans d'autres provinces : voir les articles 213.1 et s. de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1.

53 Précité, note 43.

54 Il n'est pas inutile de faire renvoi ici à l'arrêt de la Cour suprême dans *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 R.C.S. 132, où, dans un contexte autre que celui du partage des compétences

même, et pour prendre un autre exemple, une bourse (qui est un « marché » au sens étroit du terme, c'est-à-dire un lieu où s'effectuent des échanges commerciaux) n'est pas moins locale parce que s'y croisent, virtuellement ou réellement, des personnes se trouvant dans des juridictions extérieures à la province. Par ailleurs, on sait depuis l'arrêt *Global Securities Corp.*[55] que les provinces peuvent prévoir en matière de valeurs mobilières des accords de collaboration ou de coopération avec d'autres juridictions provinciales ou même étrangères sans que cela affecte leur compétence. On sait aussi que ces accords sont fort pratiqués par les provinces canadiennes, notamment dans le cadre du régime de passeport établi entre eux (sauf l'Ontario)[56].

[320] C'est donc dire que l'interprovincialisation ou l'internationalisation du marché au sens économique du terme ne signifie pas que les transactions ne soient pas réalisées dans une province, ni que la province ne puisse réglementer la conduite et les obligations des intervenants qui, à un titre ou un autre, se trouvent sur son territoire ou y font des affaires.

[321] L'arrêt rendu par la Cour suprême dans *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*[57] nous conforte dans cette opinion. Se posait dans cette affaire la question de savoir si les relations de travail chez l'appelante devaient être régies par le *Code canadien du travail* ou par la loi albertaine. Pour répondre à la question, il était nécessaire de procéder à la qualification constitutionnelle de l'entreprise de l'employeur, ce qui exigeait qu'on se penche sur la portée de l'alinéa 92(10)*a)* de la *Loi constitutionnelle de 1867* : les activités de l'appelante, qui exploite un service d'expédition de marchandises, relèvent-elles de cette disposition? Si cela avait été le cas, l'entreprise aurait été de compétence fédérale et, par conséquent, les

---

constitutionnelles, l'on constate que le secteur des valeurs mobilières relève de plusieurs juridictions concurrentes (« overlapping regulatory jurisdictions », paragr. 62). Cela étant, la Cour suprême décide que la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a rendu une décision raisonnable en concluant qu'elle n'avait pas à intervenir en l'absence d'un lien transactionnel suffisant entre l'opération qu'on souhaitait soumettre à son attention (c'est-à-dire l'offre d'achat par la Société des actions de la Société Asbestos par la Société nationale de l'Amiante) et l'Ontario. La Cour suprême, sous la plume du juge Iacobucci, conclut que « [p]ar conséquent, l'insistance de la CVMO pour qu'il y ait un lien plus clair et direct avec l'Ontario reflète une approche juste et responsable à l'égard de la réglementation à longue portée et des possibilités de conflits entre les différents régimes de réglementation régissant les marchés financiers dans l'économie mondiale » (paragr. 62). L'approche ainsi consacrée, qui rappelle à certains égards la doctrine du *forum non conveniens*, confirme que le droit international privé a toute sa place dans la réglementation des transactions interprovinciales et internationales, mais confirme aussi qu'il n'est nullement impensable qu'une même transaction soit assujettie simultanément à des juridictions concurrentes, territorialement parlant.

55 Précité, note 23.

56 Pour une présentation des accords en la matière, voir : Stéphane Rousseau, *op. cit.*, note 25, p. 90 à 115, preuve du procureur général du Québec, vol. IV, p. 1048 à 1073. Ce type d'accords existe aussi dans d'autres domaines, celui des régimes complémentaires de retraite, par exemple : voir *Boucher c. Stelco inc.*, [2005] 3 R.C.S. 279 (qui n'est pas, cependant, une affaire de partage des compétences, mais fait entrer en jeu le droit international privé).

57 [2009] 3 R.C.S. 407.

relations de travail en son sein. Le juge Rothstein, au nom des juges majoritaires, décrit ainsi les activités de la société Fastfrate :

> [2] Le présent pourvoi porte sur les services d'expédition de marchandises — une industrie où les entreprises regroupent et dégroupent les marchandises et concluent des contrats avec des tiers transporteurs ferroviaires et routiers, y compris des transporteurs interprovinciaux, pour le transport de ces marchandises. Fastfrate fournit à ses clients partout au Canada des services de regroupement et de dégroupement, ainsi que des services de ramassage et de livraison. Elle agit habituellement comme expéditeur et destinataire pour le tiers transporteur de sorte que les clients ne reçoivent qu'un seul connaissement. La question en l'espèce est de savoir si, en raison des services qu'elle offre, Fastfrate peut être qualifiée d'entreprise interprovinciale même si elle ne transporte pas elle-même les marchandises d'une province à l'autre.

[322] Procédant à une analyse de l'alinéa 92(10)*a)*, le juge Rothstein conclut que cette disposition ne s'applique pas aux activités en cause, qui demeurent provinciales. Il explique ainsi que :

> [72] La difficulté que présente cet argument provient de ce que le texte de l'al. 92(10)*a*) et la jurisprudence portant sur l'interprétation de cette disposition n'envisagent pas la possibilité qu'une simple relation contractuelle entre un expéditeur et un transporteur interprovincial transforme Fastfrate en une entreprise reliant les provinces ou s'étendant au-delà des limites de la province. Ce sont plutôt les transporteurs assurant le transport effectif des marchandises entre les provinces qui sont des travaux ou des entreprises de transport de compétence fédérale. Rien n'indique que la sous-traitance à elle seule permette d'assujettir une entreprise intraprovinciale à la compétence fédérale. Je ne suis pas convaincu de l'existence d'un fondement justifiant l'élargissement de la portée de l'al. 92(10)*a*) de la manière proposée par le conseil des Teamsters.
>
> [Soulignement ajouté.]

[323] Et plus loin :

> [76] Les tribunaux de juridiction inférieure ont également examiné le fait que Fastfrate est une entreprise nationale intégrée qui possède des succursales dans tout le Canada. Il est de jurisprudence constante que la structure organisationnelle n'est pas déterminante dans le cadre de l'analyse relative à la compétence en vertu de l'al. 92(10)*a*). Comme l'a affirmé notre Cour dans *Northern Telecom* à la p. 133, « la décision est un jugement à la fois fonctionnel et pratique sur le caractère véritable de l'entreprise active et il ne dépend pas des subtilités juridiques de la structure de la société en cause ou des relations de travail ». À mon avis, l'analyse fonctionnelle doit être axée sur les activités qu'exerce véritablement l'entreprise.

[324] C'est donc dire que même si elle a des relations contractuelles avec des personnes situées en dehors de la province et même si cela constitue le gros de ses services, une telle entreprise demeure provinciale. Ni la réalité opérationnelle (nationale) ni la structure organisationnelle (nationale elle aussi) de la société Fastfrate n'ont donc été jugées suffisantes pour faire de cette entreprise autre chose qu'une entreprise provinciale, et plus exactement intraprovinciale, ne relevant pas de la compétence fédérale en vertu de l'alinéa 92(10)*a)* de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[325] À notre avis, et même si le contexte constitutionnel de cette affaire diffère du nôtre puisque la compétence fédérale en jeu était celle de l'alinéa 92(10)*a*), cette façon de voir les choses est transposable au domaine de la réglementation des valeurs mobilières. On peut en effet rapprocher les activités du courtier-transitaire (qui offre des services de transport) de celles des courtiers ou même des bourses (qui offrent des biens, c'est-à-dire des valeurs mobilières). On ne voit pas pourquoi les secondes seraient moins « provinciales » (c'est-à-dire intraprovinciales) que les premières. Ni les relations contractuelles extraprovinciales ni la dimension nationale des activités ne suffisent à faire en sorte qu'une entreprise n'exerce plus ses activités dans une province, et cela vaut pour les valeurs mobilières également.

[326] Le juge Rothstein ajoute ce qui suit dans la même affaire :

> [73] Même s'il existe une entreprise fédérale reconnue, toutes les composantes de cette entreprise ne relèveront pas nécessairement de la compétence fédérale. Certains travaux ou entreprises de nature locale peuvent continuer à relever de la compétence provinciale. Dans l'arrêt *Empress Hotel* (*Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122 (C.P.)), la question était de savoir si les employés d'un hôtel exploité par le CP, qui en était aussi le propriétaire, étaient assujettis à la réglementation fédérale. Les appelants prétendaient que les employés de l'hôtel étaient assujettis à la réglementation fédérale parce que les hôtels faisaient partie d'un système de transport national intégré. Ils soutenaient ce qui suit :
>
> > [TRADUCTION] . . . ce réseau unifié [de services ferroviaires et hôteliers] est une entreprise [de transport] nationale qui ne peut raisonnablement être considérée comme un conglomérat de travaux et d'entreprises de nature locale. [. . .] L'hôtel Empress [comme les documents au dossier le montrent] fait partie intégrante de ce système unifié. [p. 127]
>
> [74] Le Conseil privé a rejeté cet argument. Lord Reid a déclaré ce qui suit à la p. 140 :
>
> > [TRADUCTION] [L]eurs Seigneuries ne peuvent trouver ni principe ni arrêt qui soutienne que le Parlement du Canada est compétent pour légiférer sur une question que les paragraphes de l'art. 92 (et non ceux de l'art. 91) visent

> clairement, uniquement parce que les activités de l'une des parties en cause ont créé un réseau unifié, étendu et important dans le Dominion. [Je souligne.]
>
> Lord Reid a établi une distinction entre l'exploitation par le CP d'une entreprise de transport nationale et le rôle local que jouait l'hôtel Empress dans ce système. Autrement dit, le fait que des travaux ou entreprises complémentaires interprovinciaux et intraprovinciaux appartiennent au même propriétaire ne signifie pas que l'entreprise locale est assujettie à la réglementation fédérale, à moins qu'elle ne soit une partie intégrante ou essentielle du travail ou de l'entreprise interprovincial. C'est vrai même si, comme le dit lord Reid, les entreprises ayant un même propriétaire créent un « système unifié ». Dans le cas de Fastfrate, qui exerce *seulement* des activités locales, je ne suis pas convaincu que ses relations contractuelles avec les tiers transporteurs devraient relever de la compétence fédérale, pas plus que les relations opérationnelles et d'entreprise entre l'hôtel Empress et le CP.
>
> [75] La réalité opérationnelle de Fastfrate veut qu'elle dépende des tiers transporteurs interprovinciaux pour exercer ses activités. Elle se trouve précisément dans la situation inverse des entreprises qui relèvent de la compétence fédérale dérivée parce qu'elles font partie intégrante d'un travail ou d'une entreprise de nature interprovinciale. Comme le fait remarquer le professeur Hogg, [TRADUCTION] « [l]a situation de dépendance qui fera en sorte qu'une entreprise locale relèvera de la compétence fédérale est la dépendance de l'entreprise interprovinciale face à l'entreprise locale, et non le contraire » (p. 654). Cela est conforme à l'observation de la Cour d'appel fédérale dans *Cannet* selon laquelle « la seule entreprise interprovinciale [. . .] est celle du CN; un expéditeur utilisant le chemin de fer pour le transport de marchandises d'une province à une autre ne devient pas de ce fait l'exploitant d'une entreprise interprovinciale » p. 182 (le juge Heald, souscrivant aux observations du juge en chef Jackett à la p. 178). Je suis d'avis que Fastfrate demeure un expéditeur. Sa présence sur les lieux d'origine et de destination des envois signifie peut-être qu'elle peut fournir un *service* complet à ses clients, mais cela ne change rien au fait qu'elle n'est qu'un expéditeur qui fait affaire avec une société interprovinciale de chemin de fer ou de transport par camion.

[327] À notre avis, cela dispose, par analogie, de la prétention qu'il faille accorder une certaine importance au fait que les grandes maisons de courtage canadiennes sont maintenant la propriété des banques, ce qui montrerait une intégration telle qu'elle rendrait difficile qu'on considère que l'activité des premières se déroule encore dans la province au sens du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, étant par ailleurs devenue une composante de l'activité bancaire. La Cour suprême a eu l'occasion de dire que les banques qui se lancent dans l'assurance n'en sont pas moins assujetties aux lois provinciales en la matière[58], celle-ci relevant en effet du paragraphe

---

[58] *Banque canadienne de l'ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3.

92(13)[59], et il n'en irait pas autrement si elles décidaient de se lancer elles-mêmes dans le commerce des valeurs mobilières. Qu'elles aient plutôt choisi de le faire indirectement en acquérant des maisons de courtage n'est pas plus significatif, constitutionnellement parlant.

[328] Finalement, le juge Rothstein écrit aussi ce qui suit dans l'arrêt *Fastfrate* sur l'importance qu'il convient d'accorder aux précédents en matière de partage des compétences constitutionnelles :

> [47] En l'espèce, il existe des précédents sur l'expédition de marchandises que notre Cour a cités avec approbation. Si aucune raison convaincante n'a été donnée pour justifier que l'on s'écarte de cette jurisprudence, les parties devraient pouvoir s'y fier et organiser leurs affaires en conséquence.

[329] C'est aussi le cas, comme on le sait, en matière de valeurs mobilières et il n'y a pas lieu de s'écarter de cette jurisprudence, à moins d'une raison convaincante au contraire. Et convaincante, il faut qu'elle le soit en effet, pour éviter l'instabilité constitutionnelle. Ce n'est pas exclure que la portée des compétences constitutionnelles ne puisse jamais être réinterprétées et, comme l'écrit le juge Laskin dans *R. c. Zelensky*[60], « [l]'évolution due à de nouvelles situations sociales, ou la réévaluation des solutions antérieures due à celles-ci, autorisent cette Cour à réexaminer l'orientation des décisions relatives à l'étendue du pouvoir législatif lorsque de nouvelles questions lui sont présentées, sans oublier, bien sûr, qu'on lui a confié le rôle très délicat de maintenir l'intégrité des limites constitutionnelles imposées par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* »[61]. Ce rôle est en effet délicat et seule une raison convaincante peut justifier la modification d'un équilibre constitutionnel établi, surtout quand la question, qui est ici celle des valeurs mobilières, n'est pas nouvelle.

[330] Or, cette raison convaincante, affirment le procureur général du Canada et l'Association des banquiers canadiens, se trouve dans le volet général du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est ce que nous allons examiner maintenant.

c. Valeurs mobilières et paragr. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*

[331] Quelques remarques préliminaires s'imposent.

[332] Signalons d'abord, mais sans reprendre l'exposé du juge Dalphond (paragr. 418 et s.), que le Parlement a déjà fait quelques incursions notables dans le domaine de la réglementation des valeurs mobilières, à la faveur de l'exercice de ses compétences sur

---

[59] Compétence reconnue depuis l'affaire *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96.

[60] [1978] 2 R.C.S. 940, à la p. 951. Voir aussi : *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 335.

[61] Voir aussi : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, précité, note 58, paragr. 23.

d'autres sujets, tels le droit criminel, le droit des sociétés par actions ou les banques[62]. Voir : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*[63], *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*[64]. Il a même récemment ajouté à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[65] un chapitre propre aux courtiers en valeurs mobilières. Il s'y est intéressé également par le biais de la *Loi sur la compensation et le règlement des paiements*[66]. Les nouvelles nous ont aussi appris récemment que le gouvernement fédéral examinait l'opportunité de l'acquisition de la bourse de Toronto par celle de Londres, en vertu de la *Loi sur Investissement Canada*[67] (premier volet de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce).

[333] La question qui se pose ici, cependant, n'est pas celle de savoir si, accessoirement à sa compétence sur un autre des sujets de l'article 91 ou du paragraphe 92(10), le Parlement peut régir certains aspects du commerce ou du marché des valeurs mobilières, mais bien celle de savoir si, comme l'envisage la Proposition, il peut adopter un régime général et global de réglementation des valeurs mobilières, à l'échelle canadienne. Comme l'écrit le professeur Hogg :

> [...] The hard question is whether the trade and commerce power could cover even transactions which, regarded individually, begin and end in one province, on the basis that the securities industry serves a capital market which is interprovincial and indeed international.[68]

[334] Le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement une compétence à deux volets distincts : 1° la compétence en matière d'échanges internationaux et interprovinciaux et 2° la compétence générale en matière d'échanges et de commerce[69]. En vertu de ce second volet, la législation fédérale s'étend aux aspects intraprovinciaux du commerce. En l'espèce, le procureur général du Canada s'appuie sur ce second volet du paragraphe 91(2). Le Parlement pourrait sans doute légiférer sur les aspects strictement internationaux et interprovinciaux du marché ou du commerce des valeurs mobilières, mais ce n'est pas ce qu'il a choisi de faire par sa Proposition et nous n'estimons pas nécessaire de nous demander comment et de quelle manière il aurait pu le faire.

[335] Rappelons par ailleurs que la concurrence, pour ainsi dire, entre la compétence fédérale générale issue du paragraphe 91(2) et la compétence provinciale issue du

---

62 Généralement, voir : Peter W. Hogg, *op. cit.*, note 48, p. 21-25.

63 Précité, note 12.

64 Précité, note 35, p. 765 et 766.

65 L.R.C. (1985), ch. B-3, partie XII (faillite des courtiers en valeurs mobilières).

66 Précité, note 20, qui inclut expressément la compensation et le paiement des valeurs mobilières (art. 2, « système de compensation et de règlement »). Nous ne nous prononçons pas sur la constitutionnalité de cette loi.

67 L.R.C. (1985), ch. 28 (1e suppl.).

68 Peter W. Hogg, *op. cit.*, note 48, p. 21-25.

69 Voir : *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641. Voir aussi : Peter W. Hogg, *op. cit.*, note 48, p. 20-2.

paragraphe 92(13), nécessite un exercice interprétatif particulier, qui fasse en sorte que ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne vide l'autre de son sens ou ne la neutralise. Comme l'écrit le juge Dickson dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*[70] « [t]he true balance between property and civil rights and the regulation of trade and commerce must lie somewhere between an all pervasive interpretation of s. 91(2) and an interpretation that renders the general trade and commerce power to all intents vapid and meaningless »[71]. Dans le même sens, mais en d'autres mots, la juge en chef MacLachlin, dans *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*[72], parle pour sa part de « mettre au rancart tout accroissement susceptible de compromettre le partage constitutionnel des pouvoirs ». Le commentaire vise le droit criminel, mais s'applique aussi bien au volet général de la compétence dévolue au Parlement par le paragraphe 91(2), qui a le même potentiel expansif.

[336] Rappelons aussi un certain nombre de règles qui doivent être considérées dans l'interprétation de la compétence générale du Parlement en matière d'échanges et de commerce et qui en forment le contexte.

[337] Tout d'abord, l'économie en soi n'est pas un chef de compétence aux termes de la constitution canadienne : *Renvoi : Loi anti-inflation*[73]. Pour emprunter un mot au juge Beetz dans cette affaire, elle n'est qu'un agrégat[74] de sujets divers dont certains ressortissent à la compétence du fédéral et d'autres à la compétence des provinces[75]. C'est ainsi que l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a confié au Parlement le soin de légiférer sur une série de secteurs définis, à saveur essentiellement économique, et sur certains des instruments de toute politique économique nationale : le cours monétaire et le monnayage (paragr. 14), les banques et l'émission du papier-monnaie (paragr. 15), les caisses d'épargne (paragr. 16), les lettres de change (paragr. 18), l'intérêt de l'argent (paragr. 19), la faillite (paragr. 21). Dès l'origine, on a donc pensé à soustraire de la compétence provinciale ce qui paraissait essentiel à une telle politique économique nationale. Le paragraphe 92(13), lui, porte sur le droit privé, ce qui inclut, inutile de le dire, tout ce qui touche les contrats, qui sous-tendent eux-mêmes tout commerce, tout échange, tout marché. La ligne de partage des pouvoirs, comme on le voit, n'est cependant pas l'économie comme telle. Par conséquent, sans prêcher pour une interprétation mesquine du paragraphe 91(2), il faut se garder de lui donner une interprétation purement économique et si large qu'elle rende inutiles, en pratique, les autres chefs de compétence fédérale particuliers ou qu'elle se substitue au paragraphe 92(13).

---

70 Précité, note 69.

71 *Ibid.*, p. 660. Voir aussi la dissidence du juge Dickson dans *P.G. (Can.) c. Transports nationaux du Can., Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, p. 265 *in fine* à 267.

72 Précité, note 6, paragr. 43.

73 Précité, note 10.

74 *Ibid.*, p. 458.

75 C'est aussi ce que reconnaissent au passage les juges majoritaires, sous la plume des juges Iacobucci et Bastarache dans *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, paragr. 61.

[338] De la même manière, ce n'est pas parce qu'un sujet intéresse tous les Canadiens ou se rapporte à leur bien-être général qu'il en devient pour autant et inévitablement de compétence fédérale. À notre avis, le *Renvoi : Loi anti-inflation* a mis fin à toute velléité de raisonner de cette façon et l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*[76] le confirme en ramenant la théorie de l'intérêt national ou des dimensions nationales à l'idée que la matière visée doit avoir une « unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial » (« a singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern »)[77]. Cela n'est manifestement pas le cas d'une matière aussi vaste que l'« économie » ou l'« économie nationale ». On ne peut pas non plus inférer du fait que le Canada soit (entre autres choses) une union économique la conséquence constitutionnelle que son économie, dans toutes ses facettes, doit être réglementée de façon unifiée, et donc par le législateur fédéral. En ce sens, on peut bien parler de marché, plutôt que d'économie, mais même l'idée d'un tel marché national (ou international), qui n'est autre chose, juridiquement parlant, qu'un « bundle of rights », n'a pas l'unicité, la particularité et l'indivisibilité intrinsèques qui sont requises.

[339] Enfin, hormis le cas des entreprises visées par le paragraphe 92(10)*a)* ou *b)* de la *Loi constitutionnelle de 1867,* qui sont pour ainsi dire par inhérence et en quelque sorte physiquement interprovinciales ou internationales (la dimension territoriale faisant partie de leur définition constitutionnelle), ce n'est pas parce qu'une personne se livre à une activité ayant une dimension pancanadienne ou extraprovinciale que cette activité relève automatiquement de la compétence fédérale[78].

[340] Il faut donc avoir cela en tête lorsqu'on examine la portée du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* au regard du volet général de la compétence fédérale, afin d'interpréter cette disposition d'une manière qui s'accorde avec les préceptes ainsi reconnus et ne les stérilise pas. C'est du reste en tenant compte de tous ces facteurs que la Cour suprême a élaboré graduellement le test qui permet de vérifier l'appartenance d'un sujet à la compétence générale du Parlement en matière d'échanges et de commerce, dans un souci intrinsèque d'équilibre constitutionnel.

[341] Suggéré d'abord par le juge Laskin dans *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*[79] puis raffiné par le juge Dickson dans les arrêts *P.G. (Can.) c. Transports nationaux du Can., Ltée*[80] et *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*[81], ce test trouve sa

---

76 [1988] 1 R.C.S. 401.

77 *Ibid.*, p. 432. Voir aussi : *Renvoi : Loi anti-inflation*, précité, note 10, p. 458 (motifs du j. Beetz). Voir également : *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 64, où, citant l'affaire *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, l'on qualifie l'environnement de « sujet diffus » (« diffuse subject ») et de « matière obscure » (« abstruse matter »), sur le plan du partage des compétences constitutionnelles, qualificatifs qui siéent tout aussi bien à l'économie.

78 *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, précité, note 57.

79 [1977] 2 R.C.S. 134.

80 Précité, note 71.

81 Précité, note 69.

plus récente expression dans l'arrêt *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik inc.*[82], sous la plume du juge LeBel :

> 15 [...] Suivant le par. 91(2), le gouvernement fédéral a compétence exclusive en matière d'échanges et de commerce. Dans l'arrêt *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, le Comité judiciaire du Conseil privé a délimité deux aspects de la compétence fédérale conférée par le par. 91(2) : (1) la compétence en matière d'échanges et de commerce internationaux et interprovinciaux, et (2) la compétence en matière d'échanges et de commerce en général qui touchent le Canada dans son ensemble (« les échanges et le commerce en général »). Cette interprétation du par. 91(2), qui limite à ces deux aspects la portée de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce, vise à établir un juste équilibre constitutionnel entre la compétence fédérale en cette matière et la compétence provinciale relative à la propriété et aux droits civils dans la province (par. 92(13)) qui, autrement, se recouperaient : voir A. K. Gill et R. S. Jolliffe, *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition* (4e éd. (feuilles mobiles)), p. 2-4.
>
> 16 La catégorie « des échanges et du commerce en général » oblige à évaluer l'importance relative d'une activité pour l'économie nationale et à se demander si une activité doit être réglementée par le Parlement plutôt que par les provinces. La Cour a établi cinq critères pour déterminer si une question doit faire l'objet d'une réglementation nationale plutôt que locale. Ces critères s'appliquent pour déterminer si une mesure législative fédérale relève du pouvoir que le Parlement possède en matière d'échanges et de commerce en général. Ils reflètent des principes utiles pour distinguer la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. Dans deux décisions exhaustives portant sur le deuxième volet du par. 91(2) (*Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, et *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641), le juge en chef Dickson a adopté et élargi les trois critères de compétence que le juge en chef Laskin avait initialement décrits dans l'arrêt *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134. Ces exigences « servent à assurer que la mesure législative fédérale ne compromet pas l'équilibre du pouvoir entre les gouvernements fédéral et provinciaux » (*City National Leasing*, p. 662).
>
> 17 La jurisprudence de notre Cour reconnaît désormais que les facteurs suivants sont des indices d'un exercice valide de la compétence fédérale relative aux échanges et au commerce en général : (i) la mesure législative contestée doit s'inscrire dans un système général de réglementation; (ii) le système doit faire l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation;

---

[82] [2005] 3 R.C.S. 302.

(iii) la mesure législative doit porter sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier; (iv) la loi devrait être d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter; et (v) 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 (*City National Leasing*, p. 662-663). Cette liste n'est pas exhaustive et, pour être valide, une mesure législative fédérale ne doit pas nécessairement satisfaire à chacun des cinq critères :

> Au total, les cinq facteurs constituent une liste préliminaire de contrôle de caractéristiques dont l'existence dans la mesure législative est un indice de sa validité en vertu de la compétence en matière d'échanges et de commerce. Ces indices ne constituent pas cependant une liste exhaustive de caractéristiques qui tendent à caractériser une loi générale en matière d'échanges et de commerce. La présence ou l'absence de l'un de ces cinq critères n'est pas non plus nécessairement concluante. Comme on le souligne dans l'arrêt *Transports Nationaux du Canada*, précité, à la p. 268 :
>
> > Ce qui précède ne se veut pas une énumération exhaustive; de plus, la présence de l'un ou l'autre ou de la totalité de ces indices n'est pas nécessairement concluante. La bonne façon d'aborder la caractérisation est encore celle proposée dans l'arrêt *Parsons*, c'est-à-dire qu'on doit procéder à une appréciation méticuleuse de chaque cas qui se présente. Néanmoins, la présence de tels facteurs rend tout au moins beaucoup plus probable que ce que vise la loi fédérale en cause est vraiment une question économique d'intérêt national plutôt que simplement une série de questions d'intérêt local.
>
> Chaque fois que la compétence générale en matière d'échanges et de commerce est invoquée comme fondement de constitutionnalité, un examen méticuleux de chaque cas demeure approprié. Les cinq facteurs formulés dans l'arrêt *Transports Nationaux du Canada* constituent simplement une façon ordonnée d'aborder la tâche difficile qui consiste à distinguer les matières qui relèvent des échanges et du commerce et celles d'une nature plus locale.
>
> (*City National Leasing*, p. 662-663)

[342] Ce test a été élaboré dans le contexte de la contestation de la validité d'une disposition ou de dispositions législatives précises. Habituellement, on se demande donc dans un premier temps si la disposition en question empiète sur la compétence provinciale. Si ce n'est pas le cas, l'examen s'arrête là. Si elle empiète sur la compétence provinciale, on passe alors, dans un deuxième temps, à l'analyse ci-dessus : la disposition fait-elle partie d'un système qui répond aux cinq conditions — qui sont en vérité des indices — reconnues par la jurisprudence? Dans l'affirmative, le système étant validé en vertu du volet général du paragraphe 91(2) de la *Loi*

constitutionnelle de 1867, il reste encore à se demander si la disposition contestée est suffisamment intégrée à ce système pour bénéficier de sa validité[83].

[343] En l'espèce, ce n'est pas une disposition législative particulière qui est en cause (ou simplement quelques-unes), mais bien une Proposition tout entière, qui, à première vue, empiète — le mot est faible, puisque la législation envisagée entend à terme se substituer complètement aux législations provinciales en la matière —, sur la compétence reconnue jusqu'ici aux provinces de légiférer en matière de valeurs mobilières. En fait, ce qu'on suggère ici, même si on ne le dit pas aussi brutalement, est qu'en raison de l'interprovincialisation et de l'internationalisation du commerce (ou du marché) des valeurs mobilières et de l'importance de celui-ci dans l'économie nationale, il relèverait désormais de la seule compétence fédérale.

[344] Cela dit, les cinq conditions énoncées par la Cour suprême demeurent celles qu'il faut examiner pour vérifier si cette Proposition ressortit ou pas au volet général de la compétence fédérale sur les échanges et le commerce[84].

[345] Qu'en est-il ici de l'application de ces conditions?

[346] Soulignons à cet égard qu'à notre avis, cet exercice ne se limite pas à trouver un « lien rationnel » entre la matière de la loi, c'est-à-dire ce qui constitue son objet et son caractère véritable, et le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On retrouve ici et là l'expression « lien rationnel » dans la jurisprudence relative au partage des compétences constitutionnelles. Dans *Renvoi : Loi anti-inflation*[85], on en fait mention pour se demander surtout s'il y a un lien rationnel entre la mesure législative contestée (une loi contrôlant les marges bénéficiaires, les prix, les dividendes et les salaires) et l'objectif que le Parlement prétend rechercher par son adoption (lutter contre l'inflation qui met en péril l'économie canadienne). Dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*[86], où l'on fait une revue de la question, on examine le lien rationnel entre la disposition législative fédérale empiétant sur la compétence provinciale (et qui serait autrement *ultra vires*) et la loi fédérale valide à laquelle elle est intégrée, en lui donnant notamment le sens de « nécessairement accessoire »[87] ou encore de disposition dont « la constitutionnalité est susceptible de venir du contexte où il a le caractère de disposition additionnelle »[88]. Plus récemment, dans *Québec*

---

83 Pour un exposé et une illustration poussée de cette méthode, voir : *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, précité, note 69, p. 671 et s.

84 Certains auteurs se montrent critiques de ces conditions. Voir par exemple : Noura Karazivan et Jean-François Gaudreault-Desbiens, « On Polyphony and Paradoxes in the Regulation of Securities within the Canadian Federation », (2010) 49 *Can. Business L.J.* 1; Jean Leclair, « "Please, Draw Me a Field of Jurisdiction": Regulating Securities, Securing Federalism », (2010) *S.C.L.R.* (2d) 555, p. 589 et s.

85 Précité, note 10, p. 423, 425 et 470.

86 Précité, note 69, p. 670-671 et 683.

87 *Ibid.*, p. 671, par renvoi à l'arrêt *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115.

88 *Id.*, par renvoi à l'arrêt *Vapor Canada*, précité, note 79.

(Procureur général) c. Lacombe[89], la juge en chef McLachlin, pour la majorité, rattache ce « lien rationnel » à la doctrine des pouvoirs accessoires et conclut, après une nouvelle étude de la question, que :

> [45] Selon le critère du lien rationnel et fonctionnel employé par le juge Laskin dans l'arrêt *Papp*, et confirmé à maintes reprises par la jurisprudence de notre Cour, la doctrine des pouvoirs accessoires ne permettra de sauvegarder une disposition que si celle-ci est rationnellement et fonctionnellement liée à l'objet du régime législatif qu'elle chercherait à atteindre. Il ne suffit pas que la mesure supplée au régime législatif; elle doit permettre activement la réalisation de ses objectifs.

[347] En l'espèce, nous n'appliquons pas ici la doctrine des pouvoirs accessoires, qui n'est pas pertinente.

[348] L'examen de la validité du régime contesté au regard des conditions, ou plus exactement des indices, qui définissent le volet général de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce, nécessite au contraire une analyse poussée, comme on le constate à la lecture de l'arrêt *General Motors*. Qu'en est-il ici?

i. ***La mesure législative contestée doit s'inscrire dans un système général de réglementation***

[349] Les parties n'ont guère discuté des deux premières conditions, sans doute parce qu'elles sont purement formelles et qu'il est aisé d'y satisfaire, mais aussi parce que la Proposition paraît y répondre, du moins à première vue : elle s'inscrit dans un système général de réglementation des valeurs mobilières — en fait, elle pourvoit à la mise sur pied d'un tel système —, qui fera l'objet d'une surveillance constante par un organisme national de réglementation, l'Autorité canadienne de réglementation des valeurs mobilières[90].

[350] À la réflexion, on pourrait peut-être se demander si, en raison du régime transitoire qu'elle envisage en ses articles 250 et s., la Proposition constitue bel et bien un régime général au sens où on doit entendre la première condition, qui comporte l'idée d'une vocation nationale[91]. Or, on a vu plus tôt que ce régime transitoire permet qu'une ou plusieurs provinces échappent à l'application de la loi. À cela, le procureur général du Canada répond qu'à terme, pour des raisons politiques et économiques évidentes, l'ensemble des provinces finira par se rallier, ce qui consacrera le caractère national et général du système, dont c'est bien là la vocation. L'Association des banquiers canadiens fait valoir qu'on a préféré ici convaincre les provinces d'adhérer au

---

89 [2010] 2 R.C.S. 453.

90 C'est ce que semble reconnaître le procureur général du Québec, au paragr. 75 de son mémoire, celui de l'Alberta, au paragr. 111 de son mémoire, et le Barreau du Québec, au paragr. 58 du sien.

91 C'est ce qui paraît ressortir des arrêts *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, précité, note 79, p. 161 *in fine* à 164, et *P.G. (Can.) c. Transports nationaux du Can., Ltée*, précité, note 71, p. 267 et s.

système plutôt que de les y forcer. Le résultat de la méthode choisie, cependant, a, sur le plan juridique, la conséquence qu'il pourrait exister, pour une période d'une durée indéterminée et même de façon permanente (au moins théoriquement) un régime fédéral des valeurs mobilières dans quelques provinces et un régime provincial dans chacune des autres. Nous ne sommes pas certains que cela réponde à la conception qu'on se fait d'un système *général* de réglementation au sens où on l'entend dans les affaires *Vapor Canada Ltd.*, *General Motors* et *Kirkbi*.

[351] Cela dit, de façon pratique, il n'est pas nécessaire de se pencher longuement sur cette question, puisque, par hypothèse, il serait facile de remédier au problème, s'il en est, en éliminant ce régime transitoire et en adoptant une disposition qui impose le système envisagé à l'ensemble du pays.

[352] Passons donc à la seconde condition.

ii. Le système doit faire l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation

[353] La Proposition remplit cette seconde condition, ce que personne ne conteste.

iii. La mesure législative doit porter sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier

[354] Cette condition fait l'objet d'un débat vigoureux : la Proposition porte-t-elle sur le commerce dans son ensemble ou sur un secteur en particulier? La Proposition possède-t-elle la nature des lois dont la validité a été reconnue en vertu du volet général de la compétence fédérale sur les échanges et le commerce (*Loi sur la concurrence* et *Loi sur les marques de commerce*) ou ne vise-t-elle qu'une industrie en particulier?

[355] Dans ses motifs, le juge en chef Robert conclut que :

> [191] Le commerce des valeurs mobilières constitue un secteur d'activité particulier. Les personnes visées par la Proposition offrent des biens et services relevant tous d'une même catégorie. Ainsi, les émetteurs, intermédiaires (courtiers, organismes d'autoréglementation, bourses…) et intervenants (organismes de notation, fonds d'indemnisation des investisseurs…) sont soumis à des exigences réglementaires et à des normes de conduites qui tendent vers un seul objectif principal : assurer la protection des investisseurs du marché des valeurs mobilières. Évidemment, les émetteurs font également affaire dans divers types de secteurs, mais toutes les autres personnes visées ne font affaire que dans le secteur des valeurs mobilières. On ne peut pas dire, inversement, que les personnes visées par les régimes de concurrence et de marques de commerce font affaire dans le « secteur de la concurrence» ou dans le « secteur des marques de commerce».

> [...]
>
> [193] Ce raisonnement fait autorité en l'espèce. Les contrats de titres intermédiés, les contrats de service des intermédiaires, les règles établies par les organismes reconnus et désignés, les règles de conduite imposées aux intermédiaires, les règles relatives aux offres publiques d'achat et de rachat, etc. relèvent tous individuellement de la compétence provinciale en vertu du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Leur regroupement sous l'égide de la Proposition ne suffit pas pour les rendre valides.
>
> [194] Ainsi, bien qu'elle ait un impact sur l'économie en général, j'arrive à la conclusion que la réglementation des valeurs mobilières ne concerne pas le commerce en général, mais bien les transactions propres à un secteur en particulier, et que le troisième indice élaboré par la jurisprudence n'est pas satisfait.

[356] Nous partageons ce point de vue.

[357] Même s'il est vrai que la Proposition affirme chercher à protéger et à favoriser l'accès des Canadiens et des entreprises canadiennes au marché des capitaux, ce qui est en effet fort important pour l'économie canadienne, elle le fait non pas par la réglementation du commerce ou du marché[92] en général ou d'un aspect du commerce ou du marché en général, mais bien par la seule réglementation d'un secteur précis de l'activité économique, celui des valeurs mobilières (qui ne sont pas, et de loin, les seuls capitaux présents sur le marché), et encore ne le fait-elle que sous des aspects très définis, qui sont ceux dont nous avons déjà discuté.

[358] Il est certain que la Proposition n'a pas le degré de généralité de la *Loi sur la concurrence* ou de la *Loi sur les marques de commerce* et il n'est pas dit que seules des lois de cet ordre puissent être valides en vertu du volet général de la compétence fédérale sur les échanges et le commerce. Il est tout aussi certain que la Proposition a un degré de généralité plus important que les dispositions réglementaires dont il était question, par exemple, dans *Labatt c. Procureur général du Canada*[93], où il s'agissait de la réglementation de l'industrie de la bière. Bref, elle se trouve entre deux eaux.

[359] Il reste tout de même que, bien qu'elle vise « les valeurs mobilières en général », quel que soit le secteur d'activité dans lequel œuvre la société qui les a initialement émises, elle le fait d'une manière qui cible principalement les acteurs (si l'on préfère, les participants et les intervenants) du milieu, c'est-à-dire l'ensemble des personnes qui produisent, distribuent et font circuler ce produit particulier que sont les valeurs mobilières.

---

92 Pour reprendre cette distinction, s'il en est pratiquement, entre les deux termes.

93 [1980] 1 R.C.S. 914.

[360] Dans cette perspective, on peut donc considérer qu'il ne s'agit pas de réglementer le commerce en général, mais bien un segment en particulier, comme ce serait le cas si l'on cherchait à réglementer l'industrie des assurances[94] ou celle de l'alimentation.

[361] Le procureur général du Canada et l'Association des banquiers canadiens font valoir que l'analogie ne tient pas à cause de l'importance du secteur des valeurs mobilières dans l'économie canadienne et de son caractère prétendument unique et intégré. Ce point de vue est celui d'un certain nombre d'auteurs, dont Robert Leckey et Eric Ward, qui écrivent ceci :

> We suggest that analysis of the Canadian securities markets as simply a co-existence of separate local industries is myopic. Such analysis focuses on individual transactions, not on the effect of the collective activity of securities market participants. Despite the popular term "securities industry", ensuring the integrity of the markets and the availability of capital to businesses and of investment opportunities to individuals is much more than a single industry. It is not merely that many people and businesses across Canada participate in their local securities markets. Many products, including light beer, are consumed widely across the country, but fail to surpass their particularity to be classified as "general". Rather, the securities markets form an integral part of the infrastructure of the Canadian economy. The provision of capital is more central to the broad spectrum of businesses than are other suppliers. Even if most companies purchase insurance of various kinds, insurance is not their lifeblood the way capital is. Hogg wrote that the capacity to raise capital is an essential attribute of corporate status; we suggest that it is an essential part of the Canadian economy.[95]
>
> [Renvois omis]

[362] L'argument est sérieux. On pourrait cependant lui reprocher de négliger le fait que les valeurs mobilières n'épuisent pas le marché des capitaux[96]; on pourrait lui

---

94 *Citizens Insurance Company of Canada c. Parsons*, précité, note 59.

95 Robert Leckey et Eric Ward, « Taking Stock : Securities Markets and the Division of Powers », (1999) 22 *Dalhousie L.J.* 250, p. 272. Voir aussi : Noura Karazivan et Jean-François Gaudreault-Desbiens, *loc. cit.*, note 84, p. 15 *in fine* et 16.

96 Selon le *Oxford Dictionary of Finance and Banking*, 3e éd., Oxford University Press, 2005, qui définit ainsi le « capital market », dont le marché des valeurs mobilières ne serait qu'un segment :

> A market in which long-term capital is raised by industry and commerce, the government, and local authorities. The money comes from private investors, insurance companies; pension funds, and banks and is usually arranged by issuing houses and merchant banks. Stock exchanges are also part of the capital market in that they provide a market for the shares and loan stocks that represent the capital once it has been raised.

Le *Dictionnaire de l'Économie*, coll. Encyclopædia Universalis, Paris, Albin Michel, 2007, p. 851 et s., parle plutôt d'un ensemble composé du marché monétaire, du marché financier, du marché des changes et du marché des dérivés.

reprocher aussi de négliger que ce n'est pas seulement le marché des valeurs mobilières qui aurait ainsi « surpassé sa particularité », mais tous les marchés : le marché du sirop d'érable comme celui des produits pharmaceutiques ont désormais une échelle internationale et connaissent un fort degré d'intégration[97]. Mais surtout, son inconvénient majeur, si l'on considère l'équilibre établi des rapports entre l'État fédéral et les provinces, tient à ce qu'en filigrane, on propose que, s'agissant d'économie « nationale », et d'un secteur important de celle-ci, la compétence fédérale s'en trouve justifiée. Si c'est le cas, le paradigme constitutionnel vient de changer et la théorie de l'intérêt national de prendre du galon, singulièrement, sous le couvert de la compétence générale issue du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Nous ne sommes pas convaincus que cela soit « compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution » (pour reprendre une phrase de l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*[98]).

[363] Cela étant, il nous semble devoir conclure que la Proposition, telle que formulée, vise un secteur particulier, reconnu depuis près de 80 ans comme se rattachant au paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et non pas le commerce en général.

iv. La loi devrait être d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter

[364] Le fait que, par définition, les provinces ne puissent donner de portée nationale à leurs lois respectives n'est évidemment pas pertinent, sans quoi cette quatrième condition serait sans intérêt — et sans substance —, puisque seul le Parlement peut légiférer à l'échelle nationale. Comme l'écrit le juge Slatter dans *Reference re Securities Act (Canada)*[99] :

> [40] [...]
>
> (b) [...] The test is not whether any or all of the provinces could enact a national securities act; the test is whether the industry can be successfully regulated at the provincial level. It is a given that the provinces cannot enact legislation outside their borders; merely because the proposed federal statute applies all across the country is not sufficient: *General Motors v. City National Leasing* at pp. 659-60. [...]

Il est vrai cependant que le terme « capital market » (ou « markets ») ou « marché des capitaux » est aussi employé comme synonyme de marché des valeurs mobilières, et plus exactement le marché des émetteurs et des investisseurs. Voir : Mokhtar Lakehal, *Dictionnaire d'économie contemporaine et des principaux faits politiques et sociaux*, 3e éd., Paris, Vuibert, 2002, « Marché des capitaux ».

97 On pourrait vouloir renvoyer ici au poncif du « village global », qui trouve sa traduction la plus forte dans les échanges commerciaux.

98 Précité, note, p. 432.

99 Précité, note 19.

[365] Par ailleurs, si l'on se fie au seul libellé de la condition, telle que formulée par le juge Dickson[100], ce qu'il conviendrait d'examiner ici n'est pas la capacité ou l'incapacité *pratique* des provinces, mais bien leur capacité ou leur incapacité *constitutionnelle*. On note toutefois que, dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, la question de l'efficacité pratique a fait partie de l'analyse. La condition semble donc avoir, en réalité, un double volet. Autrement dit, cette condition nécessite à la fois un examen de la capacité juridique des provinces à agir (y sont-elles constitutionnellement habilitées ou non?) et un examen de la portée pratique de cette capacité (peuvent-elles agir efficacement ou non?).

[366] Or, sur les deux fronts, la Proposition échoue.

[367] Car la réalité est que non seulement les provinces sont constitutionnellement habilitées à régir les valeurs mobilières grâce au paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais aussi, ainsi que le confirme sans équivoque la preuve extrinsèque, qu'elles sont habiles à faire ce qu'envisage la Proposition. Elles le font depuis des décennies, leurs pratiques sont dans l'ensemble conformes aux étalons en la matière et elles ont mis en œuvre, conformément au cadre constitutionnel qui les régit, des accords de coopération qui leur permettent de maximiser leur efficacité. Séparément et conjointement, elles réglementent les valeurs mobilières et le font d'ailleurs si bien que la Proposition ne fait rien d'autre que d'emprunter le modèle qu'elles ont élaboré.

[368] Au contraire de la concurrence, dont le juge Dickson disait qu'elle « ne peut être réglementée efficacement que si cette réglementation se fait à l'échelle nationale »[101], ou des marques de commerce, qui ne seraient pas adéquatement protégées si la réglementation devait s'en faire à l'échelle provinciale, les valeurs mobilières peuvent parfaitement être régies à l'échelle provinciale. Elles le sont depuis longtemps et d'une manière qui vaut au système canadien d'être dans le peloton de tête de tous les palmarès, y compris au chapitre de la prévention ou de la gestion du risque systémique, et ce, avant les États-Unis dans bien des cas (fédération dotée d'un système national et unifié de réglementation des valeurs mobilières).

[369] Les arguments présentés par le procureur général du Canada et l'Association des banquiers au sujet de la fragmentation du système, de la duplication et de la

---

[100] En anglais : « the legislation should be of a nature that the provinces jointly or severally would be constitutionnally incapable of enacting » (*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, précité, note 69, p. 662; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik inc.*, précité, note 82, paragr. 17.

[101] *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, précité, note 69, p. 680. Comme l'observent Karazivan et Gaudreault-Desbiens, *loc. cit.*, note 84, p. 16, le juge Dickson, au delà de l'affirmation, ne pousse pas loin la démonstration. Cela s'explique en partie par le caractère extrêmement général de la loi en cause, qui est sans doute l'exemple-type du second volet de la compétence fédérale sur les échanges et le commerce. Elle s'explique aussi, sans doute, par le fait que les provinces n'avaient pas adopté de lois portant spécifiquement sur la concurrence et instaurant un régime de contrôle et de surveillance, s'en remettant plutôt au droit commun. Cela dispensait donc le juge Dickson d'approfondir l'exercice comparatif. La situation de l'espèce est tout autre.

complexité des procédures, de l'importance des coûts de système et de l'incapacité générale des provinces à gérer le risque systémique se heurtent donc à cette réalité.

[370] Il n'est par ailleurs pas question ici, car ce n'est pas le sens de cette quatrième condition, de se demander si un système unifié serait préférable au système actuel ni de se demander si le fédéral pourrait faire mieux que les provinces, ou vice-versa.

[371] D'une part, les experts, là-dessus, se contredisent et il ne nous revient pas de trancher, sauf pour constater que les provinces, séparément aussi bien qu'ensemble, arrivent à faire ce que la Proposition entend faire et, comme on l'a vu, à peu près de la même façon.

[372] D'autre part, le seul fait que les usagers du système actuel (c'est-à-dire les intervenants qui y sont assujettis), ou certains d'entre eux, puissent souhaiter n'avoir affaire qu'à un seul régulateur ou estiment qu'il serait plus commode pour eux qu'il en soit ainsi (du moins dans l'abstrait), notamment en termes de coûts, ne suffit pas. Le critère est celui de la capacité ou de l'incapacité des provinces, pas celui du vœu de ceux qui sont assujettis au système.

[373] Enfin, l'idée même de la fédération canadienne et le contexte fédératif par définition empêchent que l'on se demande, dans l'absolu, si un système unifié vaudrait mieux qu'un système qui ne l'est pas. La question n'est pas celle-là, mais bien celle de savoir si la Proposition « est d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter ». Or, on connaît cette nature, qui est, en substance, celle des lois provinciales que la Constitution habilite les législatures à adopter en vertu de leur compétence en matière de propriété et de droits civils.

[374] Dans la foulée du rapport Hockin[102], qui a inspiré la Proposition, le procureur général du Canada et l'Association des banquiers font cependant valoir l'inefficience systémique qui découlerait des variations existant entre les lois provinciales en matière de valeurs mobilières. C'est une autre façon de prôner les bénéfices intrinsèques de l'uniformisation. S'il fallait adhérer à une telle proposition, il ne resterait pas grand-chose de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils.

[375] Le procureur général du Canada fait par ailleurs valoir que la Proposition dotera le Canada d'une voix unique sur le plan international, ce qui vaudrait mieux que la situation actuelle où l'État canadien a pour porte-parole les représentants d'autorités provinciales.

[376] L'argument est spécieux.

[377] La compétence fédérale en matière de relations internationales est connue et balisée par la Constitution. La mécanique est tout aussi connue par laquelle l'État

---

[102] Groupe d'experts sur la réglementation des valeurs mobilières, *Rapport final et recommandations*, janvier 2009, preuve du procureur général du Canada, vol. II, p. 746 et s.

canadien, agissant par le gouvernement fédéral qui en est l'incarnation sur la scène internationale, conclut les accords internationaux qu'il estime nécessaires, dont la mise en œuvre suit le protocole établi par le Conseil privé dans *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario (Labour Conventions Case)*[103]. Cet arrêt, malgré l'invitation faite par le juge Laskin dans *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*[104], n'a jamais été remis en cause par la Cour suprême (voir par exemple : *Schneider c. La Reine*[105], *Operation Dismantle c. La Reine*[106])[107].

[378] Cette façon de faire comporte, il est vrai, sa dose de complexité et elle nécessite surtout que l'État fédéral et les provinces, politiquement, s'entendent et collaborent, sans quoi les engagements internationaux du Canada, dans la mesure où ils visent des compétences provinciales, pourraient rester lettre morte. Il y a cependant là-dedans une mesure de ce fédéralisme coopératif dont la Cour suprême a maintes fois reconnu le mérite et la nécessité.

[379] L'État canadien n'est donc pas, dans l'état actuel des choses, privé de sa voix internationale et il pourrait choisir de l'exercer lui-même, peu importe le type de système de réglementation des valeurs mobilières.

[380] Quoi qu'il en soit, cela ne justifie nullement que le Parlement adopte lui-même, pour régler ce prétendu problème, une loi sur les valeurs mobilières qui se substituerait à celles des provinces.

v. 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

[381] Il y a peu à dire au sujet de cette dernière condition, sinon pour signaler de nouveau le paradoxe de la Proposition à cet égard, dont le préambule fait grand cas de la nécessité, dans l'intérêt national et pour le bien-être des Canadiens, d'une réglementation fédérale uniforme et unifiée des valeurs mobilières, mais dont le régime transitoire permet à une province, en théorie du moins, de se soustraire de façon permanente au régime qu'on souhaite ainsi établir. On peut donc en inférer que l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ne compromettrait pas l'application du système dans les autres parties du pays.

[382] Les avocats du procureur général du Canada plaident qu'on ne peut reprocher au gouvernement de pratiquer ainsi un fédéralisme coopératif plutôt que coercitif. Il s'agit là d'un point de vue, on le devine, qui soulève l'ire des procureurs généraux du

---

103 [1937] A.C. 326.
104 Précité, note 79, p. 168-169.
105 [1982] 2 R.C.S. 112, p. 134-135.
106 [1985] 1 R.C.S. 441, p. 483-484 (Mme la j. Wilson).
107 Dans l'ensemble, sur ce sujet, voir : Peter W. Hogg, *op. cit.*, note 48, chapitre 11 (« Treaties »).

Québec et de l'Alberta, qui y voient plutôt une façon pour le fédéral de s'emparer d'un champ de réglementation relevant de la compétence des provinces.

[383] Nous n'avons pas d'opinion sur cette façon de procéder, sinon pour constater que la Proposition, telle que présentée, permettrait aux provinces de refuser d'adhérer au régime fédéral et leur permettrait du même coup de maintenir leur législation, ce qui semble en contradiction avec la cinquième condition.

[384] Par ailleurs, à supposer que le fédéral choisisse plutôt la loi coercitive, qu'en serait-il de cette condition? Il n'est pas nécessaire de trancher, puisque la Proposition, de toute façon, ne répond pas aux troisième et quatrième conditions. La question n'a en effet de sens que dans la mesure où les autres conditions sont remplies. On peut tout de même observer que la réalité actuelle de la réglementation des valeurs mobilières met à mal l'argument des tenants de la Proposition, le système étant à l'évidence viable, juridiquement et autrement, et l'omission d'inclure une seule province ne mettant pas en péril l'application de la loi dans d'autres provinces. Par ailleurs, le phénomène de migration vers les juridictions les plus indulgentes, que dénoncent le procureur général du Canada et l'Association des banquiers du Canada et que seule une loi fédérale pourrait empêcher, ne paraît pas déterminant. Dans la mesure où les lois provinciales, en quelque matière que ce soit, d'ailleurs, ne sont pas uniformes, ce phénomène et les risques qui lui sont associés, existent et sont inévitables. Accepter l'argument comme élément de l'analyse constitutionnelle revient à nier la nature fédérale de notre organisation politique, au nom des inconvénients de la diversité[108].

vi. Autres considérations

[385] Ces conditions, qui sont les indices de la compétence fédérale générale en matière d'échanges et de commerce, ne sont ni exhaustives ni limitatives, cependant. Y aurait-il un autre élément qui, en l'espèce, permettrait de conclure que, bien qu'elle ne réponde pas à certaines des conditions en question, la Proposition, de par sa matière, relève néanmoins de la compétence fédérale? Aucun autre argument n'a été présenté en ce sens. Par conséquent, les troisième et quatrième conditions du test, qui sont certainement les plus importantes, n'étant pas remplies, et la cinquième ne l'étant vraisemblablement pas non plus, la Proposition ne peut être validée par le recours au volet général du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

II. CONCLUSION

[386] Pour ces raisons, nous sommes d'avis que la Proposition ne se rattache pas valablement au paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

---

[108] Voir à ce propos : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, précité, note 58, notamment aux paragr. 21, 22 et 24.

[387] Dans *Central Canada Potash, etc.*[109], la Cour suprême, à la p. 76, rappelle que :

> Lorsque les gouvernements invoquent de bonne foi, comme en l'espèce, leur pouvoir de mettre sur pied des politiques économiques souhaitables, ils doivent savoir qu'ils n'ont pas à leur disposition des moyens illimités d'atteindre leur but lorsque le pouvoir législatif en vertu duquel ils entendent agir est limité par la Constitution. Ils sont en droit de s'attendre que les tribunaux, et particulièrement cette Cour, abordent la tâche de déterminer la constitutionnalité des programmes sociaux et économiques avec compréhension et en étant pleinement conscients des graves conséquences de les déclarer *ultra vires*. Mais si après examen, il est jugé qu'ils vont à l'encontre de la Constitution, c'est cette dernière qui doit l'emporter. C'est le cas en l'espèce.

[388] On ne saurait mieux dire et cela décrit exactement la situation de l'espèce, alors que la Proposition veut s'attaquer à la réglementation des valeurs mobilières en employant des moyens qui relèvent de la compétence des provinces[110].

[389] À ce constat général, cependant, on doit faire une exception.

[390] Les articles 158 à 168 de la Proposition sont valides en vertu de la compétence dévolue au Parlement en vertu du paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La plupart de ces dispositions reprennent d'ailleurs des infractions qui sont déjà prévues par le *Code criminel* et relèvent clairement de la compétence fédérale à cet égard[111]. Il en va de même des articles 148 à 152, dans la mesure où ces dispositions se rattacheraient aux ordonnances de communication accessoires à la commission d'infractions criminelles.

[391] Quant aux articles 295 et 296 de la *Loi d'exécution du budget de 2009*, ils sont également valides en vertu du pouvoir de dépenser du fédéral, encore que, peut-on supposer, celui-ci pourrait être amené à réviser sa politique à cet égard, selon le cours des événements.

[392] Quant à l'article 297 de cette loi, qui édicte la *Loi sur le Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières*, sa validité est liée à celle de la loi projetée.

[393] Finalement, il convient de dire qu'il n'est pas impossible qu'un autre type d'intervention fédérale puisse répondre aux exigences constitutionnelles, particulièrement en collaboration avec les provinces, selon le modèle de fédéralisme coopératif retenu par la Cour suprême dans *Reference re Loi sur l'organisation du*

---

109 [1979] 1 R.C.S. 42.

110 *Renvoi : Loi anti-inflation*, précité, note 10, p. 453 (motifs du juge Beetz).

111 Même s'il pouvait y avoir certains écueils constitutionnels autres quant aux articles 148 à 152, au chapitre des ordonnances de communication, prévues par ces dispositions, qui permettent de recueillir de la preuve.

marché des produits agricoles[112] ou dans *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*[113]. Il ne nous revient pas de statuer, cependant, en l'absence de tout texte législatif ou même d'ébauche législative, sur ce que pourraient être les caractéristiques d'un tel régime, appliqué aux valeurs mobilières.

* *

[394] À la question posée par le procureur général du Québec, nous répondons de la manière suivante :

> Sauf ses dispositions d'ordre criminel, qui sont valides en vertu de l'article 91, paragr. 27, de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Proposition concernant une loi canadienne intitulée *Loi sur les valeurs mobilières*, publiée par le gouvernement du Canada le 26 mai 2010, ainsi que l'article 297 de la *Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, ch. 2, ne relèvent pas de la compétence législative du Parlement du Canada et ne sont pas conformes à l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

ANDRÉ FORGET, J.C.A.

MARIE-FRANCE BICH, J.C.A.

JEAN BOUCHARD, J.C.A.

[112] [1978] 2 R.C.S. 1198.
[113] [2005] 1 R.C.S. 292.

MOTIFS DU JUGE DALPHOND (DISSIDENT)

Introduction

[395] Le 8 juillet 2009, le Lieutenant-gouverneur en conseil a pris le décret nº 869-2209 soumettant à la Cour trois questions constitutionnelles relatives à la compétence du Parlement du Canada d'adopter un système complet de législation concernant les valeurs mobilières (Renvoi). À la suite de la publication par le gouvernement fédéral d'une proposition intitulée *Loi sur les valeurs mobilières* (ci-après, « Proposition »), ce décret a été modifié le 25 août 2010, par le décret nº 720-2010, afin de soumettre à la Cour uniquement la question suivante :

> Est-ce que les dispositions proposées dans la Proposition concernant une loi canadienne intitulée *Loi sur les valeurs mobilières*, publiée par le gouvernement du Canada le 26 mai 2010, qui ont essentiellement pour objet la protection des investisseurs et la réglementation du secteur des valeurs mobilières, ainsi que les disposions prévues à cette fin aux articles 295, 296 et 297 de la *Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, ch. 2, excèdent la compétence législative du Parlement du Canada en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

[396] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis que le Parlement peut adopter la Proposition en vertu de la compétence que lui reconnaît le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*Loi constitutionnelle*) relatif à la réglementation des échanges et du commerce[1]. Quant aux art. 295, 296 et 297 de la *Loi d'exécution du budget de 2009*, ils sont valides en vertu du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral. Par voie de conséquence, je réponds non à la question soumise.

Remarques préliminaires

[397] Une première remarque s'impose sur le libellé de la question. Étrangement, elle contient une qualification de l'objet de la Proposition. Or, l'avis demandé requiert de déterminer le caractère véritable de la Proposition, puis de vérifier à quel domaine de compétence elle pourrait se rattacher sous la *Loi constitutionnelle*. On ne peut que

---

[1] La nouvelle version française de la *Loi constitutionnelle de 1867* traduit l'expression « *the regulation of trade and commerce* » comme suit : « la réglementation du trafic et du commerce ». Aux fins des présents motifs, j'utiliserai l'expression « échanges et commerce », généralement utilisée dans les arrêts de la Cour suprême du Canada, plutôt que « trafic et commerce ».

regretter cette tentative de colorer l'exercice auquel la Cour a été conviée, compte tenu du rôle des tribunaux, des institutions apolitiques, agissant comme arbitre neutre en matière de conflits entre deux ou plusieurs personnes, institutions, entités ou gouvernements.

[398] Le gouvernement de l'Alberta me semble avoir lui aussi cédé à la tentation d'essayer d'influencer le processus. Son décret adopté en janvier 2010 est en partie rédigé ainsi :

> WHEREAS a Canadian securities regulation regime and a Canadian securities regulator will usurp provincial jurisdiction over property and civil rights and upset the balance of federalism affecting financial-sector and consumer-protection regulation in Canada;
>
> THEREFORE the Lieutenant Governor in Council refers the following questions to the Court of Appeal of Alberta for hearing and consideration:
>
> 1 Does the Parliament of Canada have the legislative authority under the *Constitution Act, 1867*:
>
> (a) to pass sections 295, 296, and 297 of the *Budget Implementation Act, 2009,* S.C. 2009, c. 2,
>
> (b) to pass legislation that is co-extensive in substance with the Alberta *Securities Act* and similar to the draft Securities Act appended to the *Final Report and Recommendations* of the Expert Panel on Securities Regulation, and
>
> (c) to pass legislation that is the same as or similar to the Proposed Canadian Securites Act – Sessional Paper No. 8525-403-10?
>
> (...) [je souligne]

[399] De son côté, le même jour qu'il a rendu publique la Proposition, le gouvernement fédéral a adopté le décret C.P. 2010-667 demandant à la Cour suprême du Canada, l'ultime tribunal en matière constitutionnelle, de donner son avis sur sa validité en lui posant une question neutre :

> La Proposition concernant une loi canadienne intitulée *Loi sur les valeurs mobilières*, ci-jointe, relève-t-elle de la compétence du Parlement du Canada?

[400] En pareil contexte, une deuxième remarque m'apparaît de mise. Quelle est la pertinence pour notre Cour, comme d'ailleurs pour la Cour d'appel de l'Alberta, de répondre à la question qui nous est soumise, puisque dans quelques semaines, la Cour

suprême y répondra à son tour? Le fait-on pour permettre aux parties de se livrer à des répétitions avant la seule performance qui comptera, soit celle en avril à Ottawa? Pour tenter de marquer des points dans l'opinion publique? Afin de tenter d'influencer la Cour suprême? Cela dit, je suis prêt à postuler que les gouvernements du Québec et de l'Alberta souhaitent une contribution de notre Cour et de la Cour albertaine[2] au débat juridique qui se déroulera en Cour suprême. Autrement, je serais d'avis qu'il s'agit d'un cas où une cour d'appel dispose du pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser de répondre à une question (voir, par exemple, *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 545; *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, p. 806; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 26-30; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79, par. 10).

[401] Troisième remarque : le renvoi par le gouvernement du Québec s'inscrit dans une stratégie visant à dissuader l'adoption par le Parlement d'une loi encadrant le marché des valeurs mobilières au motif que cela serait contraire aux meilleurs intérêts du Québec et, en particulier, de la place de Montréal dans les marchés financiers. Le gouvernement de l'Alberta partage cette vision quant aux effets possibles d'une loi unique sur l'économie dans sa province, notamment quant au financement des entreprises nouvelles dans le secteur énergétique. Or, il ne revient pas aux juges de décider si une législation fédérale sur les valeurs mobilières est souhaitable d'un point de vue économique, culturel, politique ou autre pour ce pays (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31). Certes, l'assujettissement, libre ou forcé, du marché des capitaux à une agence unique, avec sa direction à Toronto, pourrait affaiblir d'autres centres économiques ou décisionnels du pays, comme Montréal ou Calgary, mais ces considérations constituent des éléments non pertinents au débat juridique devant nous.

[402] Quatrième remarque : l'efficacité du modèle unique. Certains soutiennent qu'une agence nationale unique serait en meilleure position d'assurer l'efficience du marché des capitaux et une meilleure protection des investisseurs. D'autres affirment le contraire avec autant de conviction. De part et d'autre, on invoque études, rapports d'experts ou commentaires d'organismes internationaux pour démontrer le bien-fondé de sa thèse. Comme le professeur Ian B. Lee, « Balancing and its Alternatives: Jurisprudential Choice, Federal Securities Legislation and the Trade and Commerce Power », (2011) 50 *Canadian Business Law Journal,* 72, je suis d'avis que les arguments sur l'efficacité sont non pertinents sur la détermination des compétences constitutionnelles du Parlement, une question juridique. Par ailleurs, une chose est certaine : une cour de justice n'est pas un forum qualifié pour trancher la question de l'efficience économique d'un modèle de régulation par rapport à un autre. Nous devons

---

[2] L'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta a été rendu le 8 mars 2011 : *Reference re Securities Act (Canada)*, 2011 ABCA 77.

trancher uniquement la question de la compétence du Parlement en vertu de la *Loi constitutionnelle* pour adopter, en totalité ou en partie[3], la Proposition.

[403] Cinquième remarque : la nature du document qui fait l'objet du Renvoi. Contrairement à ce qu'affirme l'Association des banquiers canadiens, il n'y a pas ici de présomption de constitutionnalité puisqu'il ne s'agit pas d'une contestation d'une loi adoptée par le Parlement ou une Législature, après trois lectures et des débats, incluant, possiblement, l'audition d'experts en droit par un comité parlementaire, mais uniquement d'une demande d'avis juridique sur un document rédigé par le gouvernement fédéral. Notre avis et celui final de la Cour suprême portent en réalité, indépendamment de la rédaction des questions soumises, sur la compétence du Parlement pour adopter une loi similaire à la Proposition. Cela signifie qu'en fonction des commentaires et avis reçus, le gouvernement fédéral pourra présenter, s'il le souhaite toujours, un projet de loi. Si ce projet tient compte des avis, la loi adoptée pourra aisément bénéficier d'une présomption de validité en vertu de la *Loi constitutionnelle* et le gouvernement du Québec pourra agir en conséquence.

[404] Sixième remarque : la duplication par un nouveau texte législatif d'un texte existant et valide ne fait pas présumer l'inconstitutionnalité du premier ou du deuxième. En effet, il est loisible au Parlement et aux Législatures d'adopter des lois réglementant en fin de compte une même matière en raison de leur compétence respective sur les divers aspects de cette matière, « c'est-à-dire selon les "aspects" variés de la "matière" discutée » (*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22, par. 30). Ce principe a été reconnu précédemment par la Cour suprême, notamment dans *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 181, et par le Conseil privé beaucoup plus tôt dans *Hodge v. The Queen,* (1883) 9 A.C. 117 : [traduction] « des sujets qui, à un égard et pour un motif précis relèvent de l'art. 92 peuvent, à un autre égard et pour un autre motif, relever de l'art. 91 ». On parle alors du double aspect d'un sujet ou d'une matière : *Bell Canada c. Québec (CSST)*, [1988] 1 R.C.S. 749. Il peut en résulter des articles très semblables dans deux lois, l'une fédérale, l'autre provinciale, phénomène qualifié par la Cour suprême de « summum de l'harmonie » dans *Multiple Access*, p. 190. Dans le cas contraire, la loi fédérale prime (*Multiple Access*, p. 191). En aucun cas, cette duplication n'affecte la validité des lois en cause, contrairement à ce que semblent plaider les procureurs de l'Alberta et du Québec. Au contraire, il faut déterminer la validité de la Proposition sans tenir compte des lois provinciales existantes (*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 682; *Multiple Access*, p. 175).

[405] Une septième remarque : il faut éviter de confondre i) « caractère véritable » ou « caractéristique dominante » (« *pith and substance* ») d'une loi, ii) l'objet d'une loi (« *purposes* »), iii) les effets, escomptés ou réels, de celle-ci et iv) les moyens utilisés pour atteindre les objets de la loi. Deux lois peuvent avoir une caractéristique

---

[3] Pour mieux éclairer le gouvernement du Québec, la Cour peut donner un avis sur la légalité d'une loi qui n'incorporerait qu'en partie la Proposition.

dominante différente tout en ayant des effets similaires, et ce, en utilisant des moyens identiques. Ainsi, des dispositions interdisant la conduite avec plus d'un certain taux d'alcoolémie peuvent être adoptées par le Parlement si leur caractère véritable tient du droit criminel, c'est-à-dire réprimer un mal social (*public evil*), alors que des dispositions similaires peuvent être adoptées par les Législatures si leur caractère véritable tient de la réglementation de la circulation dans la province ou des conditions rattachées aux permis délivrés. Dans les deux cas, l'objectif est de réduire les dommages, blessures et mortalités associés à la conduite avec facultés affaiblies, et ce, par les mêmes moyens, soit l'interception de conducteurs et la vérification du taux d'alcoolémie dans leur sang et l'imposition de sanctions. Un autre exemple est la réglementation du tabac où tant le Parlement que l'Assemblée nationale du Québec sont intervenus, le premier en 1997 : *Loi sur le tabac*, L.C. 1997, ch. 13, et la deuxième en 1998 : *Loi sur le tabac*, L.R.Q., ch. T-0.01[4]. Il demeure que ces lois, tant fédérale que provinciales, sont constitutionnellement valides (*Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396) puisqu'elles possèdent un caractère véritable différent.

[406] Huitième et dernière remarque : le danger d'utiliser comme des synonymes des expressions comme « marchés des capitaux » (*capital markets*), « marché des valeurs mobilières » (*securities market*), « commerce des valeurs mobilières » (*trading/dealing in securites*) et « industrie/secteur des valeurs mobilières » (*securities industry*). Plusieurs les emploient de façon interchangeable; on en vient ainsi à faire dire à des arrêts du Conseil privé, jadis la plus haute instance constitutionnelle du pays, ou de la Cour suprême du Canada, plus que ce qu'ils ont affirmé. Aux fins de ces motifs, j'utiliserai principalement les expressions « marché des capitaux » (*capital market*) et « commerce des valeurs mobilières » (*trading/dealing in securites*), retenant qu'elles correspondent à des réalités différentes.

[407] Le commerce des valeurs mobilières est axé sur l'achat et la vente de valeurs mobilières[5], activités qui constituent le cœur des activités des entreprises en valeurs mobilières (*brokers* et *dealers*). L'industrie des valeurs mobilières est le secteur d'activités des maisons de courtage ou autres institutions qui achètent/prennent la totalité des nouvelles émissions et les revendent aux investisseurs ou qui agissent comme intermédiaires lors de transactions sur le marché secondaire. L'*Investment Industry Association of Canada* (IIAC), une association nationale ayant des bureaux à Toronto, Montréal et Vancouver, regroupe 183 de ces entreprises, lesquelles effectuent

---

4 La loi fédérale adoptée en vertu de la compétence dévolue au Parlement en matière de santé est axée sur la fabrication du produit, les normes d'étiquetage et la promotion du produit. La loi provinciale, adoptée en vertu de la compétence sur les contrats locaux, est davantage axée sur la vente, l'étalage et la promotion du produit. Les deux lois ont pour objet la protection des citoyens et recherche la réduction du tabagisme, en utilisant des moyens qui se rejoignent, se complètent ou se recoupent. La caractéristique dominante de la loi fédérale est la régulation d'un produit dangereux pour la santé; celle de la loi provinciale, la régulation de la vente d'un produit.

5 Dans son mémoire déposé en Cour suprême du Canada, le Procureur général de la Colombie-Britannique, au par. 26, définit ainsi *trading in securities : « selling or performing acts in furtherance of a sale of securities »*.

99% des transactions sur les marchés primaire et secondaire du Canada. Il s'agit d'une industrie où l'essentiel de l'encadrement des courtiers individuels est fourni par un organisme d'autorégulation supervisé par les commissions des valeurs mobilières : Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières - *Investment Industry Regulatory Organization of Canada*.

[408] Sur le site web de l'IIAC[6], on offre la définition suivante de l'industrie canadienne des valeurs mobilières :

> Three categories of firms make up the Canadian securities industry: integrated firms, institutional firms and retail firms.
>
> Integrated firms offer the broadest range of products and services, covering all aspects of the industry, including full participation in both the institutional and the retail markets. There are 11 integrated firms providing retail and institutional business to clients.
>
> In 2009, 72 foreign and domestic institutional firms served institutional clients almost exclusively. Foreign firms account for about 30 per cent of total institutional firms and include affiliates of many of the major U.S. and European securities dealers.
>
> 117 retail firms account for the remainder of the industry. Retail firms include full service firms and discount brokers. Full service retail firms offer a wide variety of products and services for the retail investor. Discount brokers execute trades over the telephone and over the internet for clients at reduced rates but do not provide advice. Discount brokers are more popular with those investors who are willing to research individual companies themselves in exchange for lower commission rates.

[409] L'industrie des valeurs mobilières ne peut être considérée comme incluant les émetteurs de valeurs mobilières, comme les banques, les compagnies minières, les entreprises de communications, les sociétés pétrolières, les entreprises pharmaceutiques, etc., qui constituent autant d'industries distinctes dont on ne saurait sérieusement prétendre, lorsqu'elles émettent des titres qui se retrouvent dans le public, qu'elles *font affaire dans le secteur des valeurs mobilières* ou qu'elles en font partie. De même, lorsque ces entreprises empruntent aux banques, on ne saurait sérieusement prétendre qu'elles *font affaire dans le secteur bancaire* ou qu'elles en font partie. Dans les deux cas, ces entreprises ne font que se prévaloir de moyens de financement offerts par deux piliers différents de l'économie.

---

[6] http://www.iiac.ca/welcome-to-iiac/about-us/who-we-are,site consulté le 25 mars 2011. La version française n'existe pas à ce jour.

[410] Le marché des capitaux (*capital market*) est ainsi défini dans l'*Oxford Dictionary of Finance and Banking*, 3rd ed., Oxford University Press, 2005 :

> A market in which long-term capital is raised by industry and commerce, the government, and local authorities. The money comes from private investors, insurance companies, pension funds, and banks and is usually arranged by issuing houses and merchant banks. Stock exchanges are also part of the capital market in that they provide a market for the shares and loan stocks that represent the capital once it has been raised.

Il correspond à une réalité économique qui se traduit en une panoplie d'activités : émission de nouvelles actions par un émetteur, prise, ferme ou non, des titres par des intermédiaires (*underwriting agreement* et *bought deal*), mise en marché de titres (*road show*, publicité, recommandation d'achat, etc.), évaluation de la valeur de ces titres par des tiers (notation), échanges de ces titres sur le marché secondaire par l'entremise d'une bourse, vérification des états financiers des émetteurs, régulation des intermédiaires, facilité de crédit mis à la disposition de l'investisseur par le courtier, enquêtes, règles de fonctionnement des chambres de compensation, etc. Le Procureur général du Canada et l'avocat de l'Association des banquiers canadiens considèrent, de même que plusieurs experts, comme des synonymes les expressions « marché des valeurs mobilières » (*securities market)*) et « marché des capitaux » (*capital market*), ce qui ne me cause pas de souci et semble correspondre à l'usage du milieu[7].

La réglementation des activités reliées aux valeurs mobilières relève historiquement des deux paliers de gouvernement

[411] Le principe de l'exhaustivité, qui est une caractéristique essentielle du partage des compétences, veut que la totalité des pouvoirs législatifs, exercés ou simplement susceptibles de l'être, soient répartis entre le Parlement et les Législatures : *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571 (C.P.), p. 581; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (C.P.); *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe,* par. 34. Cela signifie qu'il n'existe aucun sujet à l'égard duquel une loi ne puisse être édictée, bien que la teneur particulière de cette loi puisse être limitée, par exemple, par la *Charte*. La question du pouvoir d'édicter une loi se réduit donc à déterminer à quel chef de compétence sous la *Loi constitutionnelle* elle se rapporte. La réglementation des différents aspects du marché des capitaux appartient donc soit au Parlement, soit aux Législatures, soit aux deux comme l'environnement (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1. R.C.S. 3).

---

7 On semble aussi utiliser tant le singulier que le pluriel en parlant de ces marchés.

[412] En ce qui concerne « les valeurs mobilières » (*securities*), il faut d'emblée reconnaître qu'il ne s'agit pas d'un sujet énuméré aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle*, contrairement à la monnaie, l'émission de papier-monnaie et les lettres de change[8]. Pourtant, les *securities* (sous forme de *bonds, debentures* et *stocks*) existaient en 1867, période où la Bourse de Londres, fondée en 1801, était la bourse de l'empire britannique. Le marché des *stocks* avait déjà connu de grands scandales, dont l'un concernant la *South Sea Company* donna lieu à une intervention du Parlement britannique en 1720 lors de l'adoption du *Bubble Act* (*An Act for Better Securing Certain Powers and Priviledges Intended to be Granted by His Majesty by Two Charters for Assurance of Ships and Merchandise at Sea*, 6 Geo. I, ch. 18), abrogé en 1825.

[413] Les pères de la Confédération n'ont en réalité pas consacré du temps à ce sujet et encore moins à quel palier il devrait être confié[9]. Par conséquent, il ne faut pas s'étonner que leurs propositions au gouvernement impérial n'en traitent pas. Cela s'explique sans doute par le fait que le marché des capitaux était embryonnaire au Canada à cette époque. Comme l'écrit R.C. Michie, « The Canadian Securities Market 1850-1914 », (1988) 62 *Business History Review* 35, à la p. 49 :

> The ready availability of funds from Britain inhibited the growth of a comprehensive securities market in Canada. Both government and the railways could raise capital more easily and cheaply in London than in either Toronto or Montreal and, as the British investors' knowledge of Canada continued to improve, so could increasingly smaller concerns.

[414] Confirmation que le marché des capitaux n'est alors qu'émergeant au Canada, ce n'est qu'en 1848 que se constitue à Montréal la première association de courtiers (*Board of Brokers*), qui regroupe des négociants non seulement de valeurs mobilières, mais aussi de marchandises, et qu'en 1874 qu'une charte d'organisme à but non lucratif est accordée à la Bourse de Montréal par loi spéciale : *Acte incorporant la Bourse de*

---

8 Aux États-Unis, la réglementation des valeurs mobilières n'est pas mentionnée dans la Constitution de 1787, ni dans les amendements subséquents. C'est en s'appuyant sur sa compétence en matière de commerce et d'échange entre les états que le Congrès des États-Unis a adopté la *Securities Act of 1933* et la *Securities And Exchange Act of 1934* à la suite de la crise financière de 1929 et la grande dépression qui s'ensuivit. En Australie, la Constitution, *An Act to Constitute the Commonwealth of Australia*, 63 & 64 Vict., ch. 12 (U.K.), adoptée le 9 juillet 1900, est aussi silencieuse sur ce point. La Haute Cour d'Australie ayant conclu que le parlement fédéral ne pouvait s'autoriser de son pouvoir sur les corporations existantes pour adopter une loi autorisant la création de nouvelles sociétés et l'émission par elles de valeurs mobilières, les états australiens lui ont délégué ce pouvoir au début des années 2000. La *Australian Securities and Investments Commission Act 2001* (Cth.), a été adoptée en 2001; elle pourvoit à la création de l'*Australian Securities and Investments Commission*.

9 Les débats parlementaires du Parlement provincial du Canada de 1865 sur la Confédération des provinces de l'Amérique du Nord britannique font référence à quelques reprises à la Bourse de Londres et au fait que les obligations émises par la province du Canada (des titres d'emprunts appelés « *securities* » lors des débats) ont connu une importante baisse sur le marché londonien depuis les rumeurs d'une nouvelle guerre avec les États-Unis.

commerce de Montréal, S.Q. 1874, ch. 54. Même phénomène à Toronto, où un groupe d'hommes d'affaires forment en 1852 l'*Association of Brokers* et en 1861 le *Toronto Stock Exchange* qui obtient son incorporation par une loi de 1878 (*An Act to Incorporate the Toronto Stock Exchange,* S.O. 1878, ch. 65). C'est en réalité ailleurs que se trouvent les marchés de capitaux pour les entreprises et les gouvernements. Ainsi, les actions des premières grandes entreprises canadiennes, comme la Banque Royale du Canada, le *Canadian Pacific* et le *Grand Trunk Railway*, ont été échangées aux bourses de Londres et New York.

[415] J. Peter Williamson, *Securites Regulation in Canada*, University of Toronto Press, 1960, p. 3, écrit que l'encadrement du marché des valeurs mobilières a débuté en Angleterre dès 1285, par l'enregistrement (*licensing*) des courtiers. Par la suite, le modèle britannique a été longtemps axé sur l'ajout dans les lois corporatives de dispositions ayant pour objet la fourniture de certaines informations aux investisseurs, par l'entremise d'un prospectus, puis aux actionnaires (assemblée annuelle, rapports financiers, prospectus annuel, etc.) (Williamson, p. 4-8).

[416] Quant à l'encadrement du marché canadien des capitaux, il sera influencé non seulement par le modèle impérial axé sur l'ajout aux lois corporatives de dispositions assurant une certaine transparence, mais aussi par le modèle américain axé sur l'adoption, au début du XX^{e} siècle, de lois particulières requérant des autorisations avant d'émettre ou vendre des valeurs mobilières (Williamson, p. 9-28; David Johnston et Kathleen Doyle Rockwell, *Canadian Securities Regulation*, 4th ed., Lexis Nexis Butterworths, 2006, p. 19-30).

[417] Je débuterai par l'encadrement au niveau fédéral de divers aspects du marché des capitaux, puis je décrirai celui au niveau provincial en mettant l'accent sur l'expérience québécoise.

[418] Le Parlement est intervenu par l'adoption de dispositions de nature criminelle[10], en vertu de sa compétence en vertu de 91(27) de la *Loi constitutionnelle*, interdisant certaines pratiques reliées aux valeurs mobilières :

> - le faux prospectus (art. 400 *C.cr.*), disposition adoptée en 1869 et faisant partie de *l'Acte concernant le larcin et les autres offenses de même nature*, L.C. 1869-1870, ch. 21, art. 85 (*Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776);
>
> - l'agiotage sur les actions (*gaming in stocks*) (art. 383 *C.cr.*) infraction autrefois connue sous le nom de *bucket-shop*, disposition adoptée en 1888 par la *Loi concernant l'agiotage sur stocks et sur marchandises*, L.C. 1888, ch. 42. Cette loi avait comme objectif d'éradiquer les jeux et paris sur la hausse et la baisse des stocks et marchandises par des contrats ou transactions sans livraison faisant

[10] Un code criminel a été adopté en 1892.

> fluctuer les valeurs sur des marchés étrangers. L'on considérait que les maisons d'agiotage causaient un tort considérable aux Canadiens en les ruinant;
>
> - la fraude par l'influence sur le marché public (art. 380 (2) *C.cr.*), la commission de faux (art. 366 et 367 *C.cr.*) et l'emploi d'un document contrefait (art. 368 *C.cr.*), dispositions adoptées en 1892;
>
> - le courtier réduisant le nombre d'actions en vendant pour son propre compte (art. 384 *C.cr.*), disposition adoptée en 1930 à la demande des procureurs généraux des provinces[11] pour « empêcher les courtiers de vendre les actions qu'ils détiennent de façon à en réduire le nombre dans le cours ordinaire des affaires au-dessous du nombre d'actions qu'ils devraient porter pour tous les clients »[12];
>
> - la manipulation frauduleuse d'opérations boursières (art. 382 *C.cr.*), disposition adoptée à la demande du gouvernement ontarien en 1948 pour empêcher la manipulation[13] des transactions boursières et criminaliser les ventes fictives;
>
> - le délit d'initié (art. 382.1 *C.cr.*), disposition adoptée en 2004 par la *Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*[14]. Bien que cette infraction existe déjà dans le cadre des lois provinciales en valeurs mobilières et de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions,* L.R., 1985, ch. C-44 (LCSA), le Parlement souhaitait créer une infraction criminelle pour les causes méritant une sanction plus sévère.

[419] Inspiré par l'évolution législative à Londres, le Parlement encadre d'autres aspects du marché des valeurs mobilières, incluant la vente d'actions sur le marché primaire, par son pouvoir d'adopter des lois corporatives (paragraphe introductif de l'art. 91, de la *Loi constitutionnelle*[15]). Ainsi, dès 1869, le Parlement adopte deux lois, une première sur le contenu des lois spéciales créant des compagnies[16] : *The Canada Joint Stock Companies Clauses Act,* (1869) 32-33 Vict., ch. 12, et une deuxième régissant l'incorporation et le fonctionnement des compagnies créées par lettres patentes : *An Act respecting Joint Stock Compagnies incorporated by Letters Patents*,

---

11 Sauf de la province de Québec, laquelle n'était pas représentée à la conférence interprovinciale.

12 Canada, *Débats de la Chambre des communes du Canada*, 1930, Vol. III, à la page 2698, par l'honorable Ernest Lapointe.

13 Le discours du ministre Ilsley utilise le terme « tripotage » (*Débats de la Chambre des communes du Canada*, 1948, Vol. V, à la page 5335).

14 Dans son discours en Chambre au sujet de ce projet de loi, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et procureur général du Canada, M. Paul Harold Macklin, affirmait que la « confiance des investisseurs est essentielle à l'existence des marchés financiers canadiens et à l'économie canadienne ».

15 Les provinces peuvent incorporer des compagnies pour des objets provinciaux (art. 92(11)) et le Parlement des compagnies pour des objets autres que provinciaux (préambule de l'art. 91; *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*, (1881) 7 A.C. 96, p. 117).

16 Des sociétés par actions selon la nouvelle terminologie française.

(1869) 32-33 Vict., ch. 13, qui remplace les lois corporatives préconfédératives. Ces lois contiennent des dispositions sur le capital-actions autorisé, le paiement des actions (appels de versements), le registre des actionnaires et son accessibilité à tous les actionnaires, les transferts d'actions, l'élection des administrateurs par les actionnaires et les qualités requises pour ces postes, les avis de convocation (incluant un avis dans les journaux locaux), la responsabilité des administrateurs pour les salaires impayés et l'interdiction de prêts aux actionnaires.

[420] En 1877, la deuxième loi est remplacée par une nouvelle qui contient deux fois plus d'articles : *The Canada Joint Stock Companies' Act, 1877*, (1877) 40-41 Vict., ch. 43. Parmi les modifications importantes, je souligne les suivantes qui ont manifestement pour objet d'assurer le sérieux de la compagnie et la protection des investisseurs :

> - nouvelles exigences préincorporatives : avis dans la Gazette du Canada, dépôt de sommes en banque et vérification de la véracité des faits allégués par un fonctionnaire (art. 4-6);
>
> - obligation d'obtenir le consentement des actionnaires pour modifier les objets de la compagnie (art. 14), le nombre d'administrateurs (art. 18), la subdivision des actions et la modification du capital autorisé (art. 22);
>
> - paiement des actions en argent (art. 83);
>
> - contenu du prospectus ou de l'invitation à souscrire des actions (art. 84);
>
> - rapport annuel des administrateurs aux actionnaires (art. 87).

[421] La loi corporative fédérale actuelle, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 (LCSA), contient en plus de nombreuses dispositions applicables aux sociétés publiques, traitant des transactions d'initiés, de la sollicitation de procurations, de la présentation de renseignements d'ordre financier, des opérations de fermeture et d'éviction (*going private and squeeze-out transactions*), du rachat forcé des dissidents, des prises de contrôle et d'autres sujets. Elles visent manifestement à protéger les actionnaires/investisseurs.

[422] Dans *Multiple Access*, précité, la Cour suprême a reconnu la validité constitutionnelle des dispositions sur les transactions d'initiés de l'ancêtre de la LCSA, alors qu'on soutenait le contraire en faisant valoir qu'elles constituaient de la réglementation des valeurs mobilières, relevant en exclusivité de la compétence ontarienne sur les valeurs mobilières. Leur validité a été reconnue comme découlant du pouvoir du Parlement sous le paragraphe introductif de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle* de constituer des sociétés extraprovinciales et de réglementer leur fonctionnement, même si cela peut affecter le « commerce des valeurs mobilières » (*trading in securities* dans la version anglaise des motifs). En d'autres mots, le caractère véritable de ces dispositions tient du droit corporatif fédéral (Maurice Martel et Paul

Martel, *La compagnie au Québec : les aspects juridiques,* 2010, Montréal, Wilson & Lafleur, p. 3-8 et 3-9). Le juge Dickson, au nom de la majorité, écrit à la p. 176 :

> Avec égards, je ne partage pas cet avis. Les articles 100.4 et 100.5 renforcent l'art. 100 de la Loi. On peut certes faire valoir que, pris isolément, ils visent le commerce des valeurs mobilières. Toutefois, si on les situe dans leur contexte, ils constituent, à mon avis, du droit corporatif. Ils s'insèrent bien dans la partie I de la *Loi sur les corporations canadiennes*. Ces dispositions traitent des obligations liées à la propriété des actions des compagnies fédérales, qui s'appliquent aux actionnaires, aux administrateurs et aux employés de ces compagnies, un sujet qui ne relève pas de la compétence exclusive des provinces. Ces dispositions visent également les rapports entre la direction et les actionnaires des compagnies fédérales. Leur adoption par le Parlement constitue un exercice de son pouvoir en matière de droit corporatif. [je souligne]
>
> With respect, I do not agree. Sections 100.4 and 100.5 put teeth into s. 100 of the Act. Viewed in isolation it can no doubt be argued that their matter is the trading in securities. Viewed in context, however, they are, in my opinion, company law. They fit properly and comfortably into Part I of the *Canada Corporations Act.* The provisions deal with obligations attached to the ownership of shares in a federal company, which extend to shareholders, officers and employees of such companies, a subject matter that is not within the exclusive jurisdiction of provincial legislatures. The provisions are also directed to the relationship between management and shareholders of federal companies. Their enactment by Parliament is in the discharge of its company law power.

Il ajoute à la p. 181 :

> Comme l'a dit le professeur Ziegel, [TRADUCTION] « [i]l est évident que les lois sur les valeurs mobilières ont un caractère double » («Constitutional Aspects of Canadian Companies» dans *Canadian Company Law* (1967), chapitre 5, à la p. 167) et [TRADUCTION] « il n'y a pas de dichotomie simple entre une loi qui participe de la nature du droit corporatif et une loi concernant la propriété et les droits civils dans la province. Considérée dans son contexte social et économique approprié, la loi peut certes posséder un caractère double » (aux pp. 192 et 193).
>
> As Professor Ziegel has stated "[s]ecurities legislation clearly has a double character ("Constitutional Aspects of Canadian Companies" in *Canadian Company Law* (1967), chapter 5, at p. 167) and, "there is no simple dichotomy between legislation of a company law character and legislation affecting property and civil rights in the province. Viewed in its proper social and economic context the legislation may well have a double character" (at pp. 192-93).

[423] Commentant cet arrêt, le juge Beetz écrit au nom d'une cour unanime dans *Bell Canada*, précité, aux pages 765 et 766 :

> De même, des dispositions concernant les « opérations des dirigeants » (« *insider trading* ») peuvent être considérées comme du droit corporatif de compétence fédérale exclusive lorsqu'il s'agit de compagnies à charte fédérale, et comme une réglementation du commerce des valeurs mobilières, de compétence provinciale exclusive, applicable aux compagnies à charte fédérale, pourvu que celles-ci ne soient pas traitées de façon discriminatoire et que leurs pouvoirs essentiels soient respectés : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161. [je souligne]
>
> Similarly, rules regarding "insider trading" may be regarded as belonging to corporate law within exclusive federal jurisdiction in the case of federally-incorporated companies and as regulation of trade in securities within exclusive provincial jurisdiction, applicable to federally-incorporated companies, provided the latter are not singled out and their essential powers are not impaired: *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161.

[424] En 2000, dans l'arrêt *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, parlant pour la Cour unanime, le juge Iacobucci retient de l'arrêt *Multiple Access* qu'il confirme « la validité de certains aspects de réglementation fédérale des valeurs mobilières » en application de « la règle du double aspect » (par. 46).

[425] La jurisprudence a aussi reconnu comme étant du droit corporatif fédéral valide par leur nature véritable les dispositions sur le rachat forcé des actionnaires dissidents (*Rathie v. Montreal Trust Co* (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 652, cité avec approbation par la Cour suprême dans *Multiple Access*), la responsabilité des administrateurs à l'égard du paiement de dividendes (*Reference re constitutionality of validity of s. 110 of the Dominion Companies Act*, [1934] R.C.S. 653), le rachat des actionnaires minoritaires à la suite d'une prise de contrôle (*Esso Standard (Inter-America) Inc. C. J.W. Entreprises Inc.*, [1963] R.C.S. 144).

[426] Le Parlement fait aussi de la réglementation des valeurs mobilières à l'égard d'entreprises relevant de sa compétence. Ainsi, la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. C-46, contient 506 articles, dont l'émission d'actions, leur détention et échange, les limites au droit de vote, la sollicitation de procuration, l'émission de titres secondaires, les transactions d'initiés, les prospectus, les informations à communiquer, les fusions, les rachats d'actions, les prises de contrôle, etc. Un code complet régissant les valeurs mobilières des banques s'y trouve. Signe évident que ces dispositions traitent des mêmes sujets que les lois provinciales sur les valeurs mobilières, le Surintendant des

institutions financières est autorisé à accorder des dispenses lorsque la conformité aux lois provinciales le satisfait que les objectifs et restrictions de la *Loi sur les banques* sont rencontrés (art. 274 de la *Loi sur les banques*). De plus, les actions d'une banque ne peuvent être détenues par une même personne ou par un groupe à plus de 20 %. Des restrictions existent aussi à l'égard de la détention des actions des entreprises de télécommunications (*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, art. 76. (1)).

[427] En d'autres mots, il existe depuis longtemps une réglementation fédérale des valeurs mobilières à l'égard des sociétés régies par le Parlement, laquelle a été validée par la jurisprudence. À celle-ci, le Parlement a ajouté récemment la *Loi sur la compensation et le règlement des paiements*, L.C. 1996, ch. 6, dont l'art. 19 traite du paiement des valeurs mobilières.

[428] Finalement, la prise de contrôle d'entreprises, fédérales ou non, peut être bloquée dans certains cas soit sous la *Loi sur Investissement* Canada, L.R.C. (1985), ch. 28 (1er suppl.)), soit sous la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34. Il n'est pas contesté que le Parlement pouvait adopter la première loi en vertu de sa compétence sur la réglementation du commerce international (art. 91(2)); quant à la deuxième, sa validité ayant été contestée, la Cour suprême conclut dans *General Motors*, précité, qu'elle constitue un exercice valide de cette même compétence sur la réglementation des échanges et du commerce en général. L'achat du groupe TSX, une société qui possède les trois bourses canadiennes, par la Bourse de Londres fait d'ailleurs l'objet d'une revue en vertu de la *Loi sur Investissement Canada*, au moment d'écrire ces motifs.

[429] Je passe maintenant à la réglementation des valeurs mobilières par les provinces.

[430] Il y a plus de 100 ans, inspiré par le modèle britannique, le Québec exige des courtiers qu'ils détiennent une licence pour opérer (S.Q. 1900, ch. 12, telle que modifiée par S.Q. 1906, ch. 9, art. 50). Pour le reste, comme les bourses, tout est affaire d'autorégulation.

[431] Ce n'est qu'à compter de mai 1924 que les compagnies désirant émettre des actions, obligations et autres valeurs au Québec, autres que celles cotées à une bourse constituée en corporation au Canada ou à la Bourse de Paris, de Londres ou de New York, doivent déposer un prospectus, des états financiers vérifiés, une copie de la charte et des règlements auprès du Secrétaire de la province. À défaut, l'acheteur peut demander l'annulation, la compagnie ne peut le poursuivre pour des appels de versement et une sanction pénale peut être imposée (*Loi concernant l'émission et la vente d'actions, d'obligations et autres valeurs*, S.R.Q. 1925, ch. 228).

[432] En 1930, s'inspirant de l'Ontario qui avait adopté deux ans plus tôt *The Security Frauds Prevention Act,* S.O. 1928, ch. 34 (remplacée en 1930, S.O. 1930, ch. 39), la Législature du Québec adopte la *Loi pour prévenir la fraude dans les transactions se*

rapportant aux valeurs mobilières, S.Q. 1930, ch. 88, qui devient le chapitre 228A des statuts refondus de 1925. Cette loi contient 25 articles au total. Elle est axée sur l'enregistrement des courtiers et des vendeurs de valeurs mobilières dans un registre public, la fourniture d'un cautionnement par ces derniers, la vérification de leurs livres par des comptables approuvés par une bourse et l'obligation de fournir une confirmation par écrit au client de toute transaction sur des valeurs mobilières en leur nom (nombre et valeur des actions, nom des acheteurs et vendeurs, le moment de la transaction). Elle inclut dans la définition de courtier, un émetteur de valeurs mobilières. Elle interdit de faire de fausses représentations qu'elle définit comme des actes frauduleux, de même que la vente de valeurs mobilières de compagnies dans lesquelles les courtiers ont un intérêt. Finalement, elle accorde des pouvoirs d'enquête au Procureur général ou à son représentant. En 1933, il est interdit aux courtiers de faire le commerce de valeurs mobilières émises par un émetteur qui n'a pas déposé un prospectus auprès du registraire de la province. En 1935, la loi de 1930 devient la *Loi sur les valeurs mobilières*. En 1938, il est fait obligation aux courtiers de remettre aux acheteurs de valeurs mobilières nouvellement émises (marché primaire) une copie du prospectus contenant les renseignements déterminés par le Lieutenant-gouverneur en conseil.

[433] Quant à l'Alberta, c'est aussi en 1930 qu'elle adopte *The Alberta Security Frauds Prevention Act*, S.A. 1930, ch. 8; elle avait adopté en 1916 *The Sale of Shares Act,* S.A. 1916, ch. 8, une loi d'inspiration américaine.

[434] Des commissions sont créées en 1932 en Ontario (*Security Frauds Prevention Board*, ancêtre de l'actuelle Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO)) et en 1955 en Alberta et au Québec (*Loi concernant les valeurs mobilières,* S.Q. 1954-55, ch. 11, art. 2 créant la Commission des valeurs mobilières du Québec (CVMQ), intégrée désormais dans l'Autorité des marchés financiers (AMF)).

[435] Peu après leur adoption, les législations provinciales sur les valeurs mobilières feront l'objet d'attaques qui seront rejetées par le Conseil privé. Leurs seigneuries concluront que le caractère véritable de ces lois est la réglementation du commerce des valeurs mobilières dans la province (*dealing in securities in the province*), et ce, afin de protéger les investisseurs de cette province, ce qui se rattache aisément à la compétence des Législatures sur la propriété et les droits civils dans la province et sur les matières d'une nature locale ou privée dans la province (art. 92(13) et (16)) de la *Loi constitutionnelle*). Dans *Lymburn v. Mayland,* [1932] A.C. 318, leurs seigneuries déclarent à la p. 324 :

> There is no reason to doubt that the main object sought to be secured in this
>
> [traduction[17]] Il n'y a pas de raison de douter du fait que cette partie de la loi a

[17] La version française est tirée de l'ouvrage du professeur Herbert Marx (il n'était pas encore juge), *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle au Canada*, les Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 391-392.

part of the Act is to secure that persons who carry on the business of dealing in securities shall be honest and of good repute, and in this way to protect the public from being defrauded. Incidentally the net has been drawn so wide as to cover the issue of shares by a public company, with the result that a company cannot issue its shares to the public unless for that purpose it employs a registered broker or salesman, or unless the company itself is registered. It is said that these provisions so far as they affect Dominion companies are ultra vires according to the principles adopted by this Board in *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; and *Att.-Gen. for Manitoba v. Att.-Gen. for Canada*, [1929] A.C. 260. In those cases there was a general prohibition to companies either to trade at all or to issue their capital unless the company was registered. The legislation was held ultra vires because the legislative powers of the Province are restricted so that "the status and powers of a Dominion company as such cannot be destroyed" (*John Deere Plow Co.* case, [1915] A.C. 330) and legislation will be invalid if a Dominion company is "sterilized in all its functions and activities" or "its status and essential capacities are impaired in a substantial degree" (*Great West Saddlery Co.* case, [1921] 2 A.C. 91). It appears to their Lordships impossible to bring this legislation within such a principle. A Dominion company constituted with powers to carry on a particular business is subject to the competent legislation of the Province as to that business and may find its special activities completely paralysed, as by legislation against drink

pour objet principal d'assurer que ceux qui se livrent au négoce des valeurs mobilières sont honnêtes et de bonne réputation et de protéger ainsi le public contre la fraude. Soit dit en passant, le filet a été suffisamment déployé pour recouvrir jusqu'à l'émission d'actions par une compagnie publique, de sorte qu'une compagnie ne peut offrir une émission d'actions au public sans employer à cette fin un courtier ou un vendeur enregistré ou sans l'être elle-même. On affirme que ces dispositions, dans la mesure où elles s'appliquent aux compagnies fédérales, sont *ultra vires* en raison des principes énoncés par la présente chambre dans les arrêts *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co c. Le Roi,* [1921] 2. A.C. 91, et *Le Procureur général du Manitoba c. Le Procureur général du Canada,* [1929] A.C. 260. Ces affaires portaient sur l'interdiction générale faite à des compagnies soit de vendre quoi que ce soit soit d'émettre leur capital sans être d'abord enregistrées. La Législation a été déclarée *ultra vires*, parce que les pouvoirs législatifs de la province sont limités de telle façon que « le statut des pouvoirs d'une compagnie fédérale ne peuvent être ainsi anéantis » (voir l'arrêt *John Deere Plow Co.*) et une loi sera invalide si une compagnie fédérale est « paralysée dans ses fonctions et dans son activité » ou si « son statut et ses pouvoirs essentiels sont radicalement amoindris » (voir l'arrêt *Great West Saddlery Co.*). Il semble impossible à leurs Seigneuries d'appliquer un tel principe à la présente législation. Une compagnie fédérale, constituée dans le but d'exploiter une entreprises particulière, est assujettie à la loi valide

traffic or by the laws as to holding land. If it is formed to trade in securities there appears no reason why it should not be subject to the competent laws of the Province as to the business of all persons who trade in securities. As to the issue of capital there is no complete prohibition, as in the *Manitoba case*, [1929] A.C. 260 in 1929; and no reason to suppose that any honest company would have any difficulty in finding registered persons in the Province through whom it could lawfully issue its capital. There is no material upon which their Lordships could find that the functions and activities of a company were sterilized or its status and essential capacities impaired in a substantial degree. [je souligne]

de la province concernant ce type d'entreprise et elle peut trouver son activité spécifique complètement paralysée, par exemple par la législation réprimant le trafic des alcools ou par des lois relatives à la propriété foncière. Si elle est constituée pour pratiquer le négoce des valeurs mobilières, il ne semble y avoir aucune raison pour qu'elle ne soit pas assujettie aux lois valides de la province concernant l'entreprise de tous ceux qui se livrent à ce négoce. Quant à l'émission du capital-actions, il n'y a pas d'interdiction complète comme dans l'affaire *Manitoba* de 1929, et il n'y a pas lieu de supposer qu'une compagnie de bonne foi aurait de la peine à trouver dans la province des personnes enregistrées par l'intermédiaire desquelles elle pourrait validement émettre son capital-actions. Il n'y a aucun élément de preuve qui permette à leurs Seigneuries de conclure que les fonctions et l'activité d'une compagnie ont été paralysées ou que son statut et ses pouvoirs essentiels ont été radicalement amoindris.

En somme, l'objet de ces lois, axé sur l'enregistrement des *persons who carry on the business of dealing in securities* et la vérification de leurs qualifications, vise à assurer qu'elles sont honnêtes et fiables, le tout afin évidemment de protéger les investisseurs. Cette approche, axée sur la réglementation de l'industrie du commerce des valeurs mobilières dans la province, sera reprise par la Cour suprême, devenue en 1949 l'instance finale en toutes matières, dans *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776, p. 780; *Gregory & Co. Inc. v. Quebec Securities Commission et al.*, [1961] S.C.R. 584, p. 588; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301, p. 314; *Multiple Access,* précité, p. 183-184; *Global Securities*, précité, par. 33.

[436] Avec le temps, les lois provinciales encadrent non seulement l'industrie des valeurs mobilières, mais aussi les bourses et autres personnes impliquées tant dans le marché primaire que secondaire. De plus, les législations provinciales s'intéressent au fonctionnement des entreprises dont des titres sont détenus par le public : information continue, sollicitation de procurations, interdiction des transactions d'initiés, comité de vérification, prise de contrôle, échanges d'actions, privatisation de la société, etc. Elles

touchent ainsi à des aspects fondamentaux de la vie corporative des sociétés émettrices de valeurs mobilières.

[437] Ces extensions de l'encadrement provincial affectent en réalité le fonctionnement interne des sociétés publiques et constituent en vérité du droit corporatif. Jacob Ziegel, *Studies in Canadian Company Law (1967)*, écrit au vol. 1, à la p. 170 :

> Prima facie the regulation of proxies and insider trading belong exclusively to the domain of company law because they affect the relationship between the directors of a company and its shareholders and the solicitation of voting powers at meetings of the company.
>
> [traduction] À première vue, la réglementation des procurations et des opérations des dirigeants relève exclusivement du domaine du droit corporatif parce qu'elle concerne le rapport entre les administrateurs d'une compagnie et ses actionnaires et la sollicitation des droits de vote aux assemblées de la compagnie.

[438] Dans le cas des sociétés constituées en vertu d'une loi fédérale, les dispositions provinciales constituent un empiétement sur la compétence exclusive du Parlement sur le droit corporatif fédéral, valide néanmoins dans la mesure où cet empiétement accessoire à l'exercice valide d'une compétence provinciale en vertu de la théorie du double aspect, pourvu qu'elles ne stérilisent ou ne contredisent une disposition fédérale; dans le cas contraire, la disposition fédérale prévaut (*Multiple Access*, précité).

[439] De nos jours, certains organismes provinciaux participent même à l'encadrement de participants situés hors de leur province (par ex. la bourse TSXV (*venture capital*) est supervisée conjointement par les commissions de Colombie-Britannique et d'Alberta). Cet aspect extraprovincial des activités des commissions provinciales est aussi valide comme accessoire à la compétence sur le commerce des valeurs mobilières dans la province, même s'il constitue manifestement un empiétement sur la compétence fédérale sur le commerce interprovincial (voir par analogie *Multiple Access* et *Global Securities*, précités).

[440] Avec la mondialisation des marchés, les commissions provinciales se sont vus reconnaître le pouvoir de collaborer à des enquêtes hors de leur province. Dans *Global Securities*, précité, la Cour suprême voit là des mesures qui s'inscrivent dans la réalisation de l'objectif primaire, soit la protection des investisseurs locaux par le contrôle de l'honnêteté d'un courtier ou d'un émetteur faisant affaire dans la province, même si elles impliquent accessoirement un volet extraprovincial.

[441] La *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec actuelle contient pas moins de 350 articles, signe indéniable qu'elle s'est ramifiée par rapport à celle de 1930 qui en contenait 25 et celle de 1955, créant la CVMQ et refondant toute la réglementation des

valeurs mobilières, qui en contenait 97. La loi albertaine actuelle, source d'inspiration d'une grande partie de la Proposition, contient environ 250 articles.

[442] Les lois provinciales modernes ne se limitent plus à la protection des investisseurs lors de l'achat de valeurs mobilières sur le marché primaire ou secondaire. Elles ont aussi pour objet de favoriser l'accès aux capitaux pour certaines catégories d'entreprises. Ainsi, afin d'encourager des secteurs locaux d'activités au profit de l'économie de la province concernée, des exemptions de prospectus ont été accordées et d'autres formalités ont été assouplies. Le Procureur général du Québec écrit au par. 40 de son mémoire :

> Par ailleurs, tout en assurant un haut degré d'harmonisation de la réglementation entre les différentes provinces [...], ces initiatives de collaboration interprovinciale ont respecté la nécessité de maintenir des mesures réglementaires originales répondant aux besoins spécifiques de chaque province [...], comme la prédominance de l'industrie minière en Colombie-Britannique, celle de l'industrie pétrolière et gazière en Alberta et la présence du secteur des instruments dérivés au Québec.

Dans son mémoire, le Procureur général de l'Alberta tient des propos similaires et s'inquiète de la possible perte de cette faculté advenant une agence unique et une même loi pour tout le Canada. Au par. 65, il cite les propos suivants du ministre des Finances de l'Alberta :

> Yet it is better than a federal system because provincial securities regulators better understand the unique regional needs of their market - such as those of junior oil and gas producers in Alberta. A federal regulator headquartered in Toronto could make it harder for these and other Alberta businesses to raise funds for growth and development.

[443] Les lois sur les valeurs mobilières et l'encadrement provincial peuvent ainsi devenir des instruments permettant d'accomplir des objectifs économiques provinciaux[18]. En d'autres mots, les procureurs du Québec et de l'Alberta reconnaissent que la réglementation des valeurs mobilières peut servir d'instrument dans la réalisation de politiques économiques locales ou régionales favorisant l'accès aux capitaux pour des entreprises particulières. Bien sûr, cela exige de faire un équilibrage délicat entre le premier objectif, la protection des investisseurs, et celui d'accommoder le désir de certaines entreprises locales d'opérer avec un régime plus léger d'encadrement ou du gouvernement d'encourager le capital de risque dans certains secteurs.

---

[18] Un ex-président de la Bourse de Montréal, Pierre Lortie, déclarait dans un discours récent que l'AMF a contribué à assurer la survie de la Bourse de Montréal (François Desjardins, « Pierre Lortie devant l'Ordre des comptables agréés du Québec - L'AMF a contribué à assurer la survie de la Bourse de Montréal », *Le Devoir* (29 septembre 2010)).

[444] Les autorités provinciales reconnaissent aussi que le marché des capitaux est désormais exposé à des influences extraprovinciales dues à la convergence mondiale et à l'intégration des économies. On parle désormais de risques systémiques, un phénomène ainsi décrit dans le mémoire de l'Alberta :

> 58. "Systemic risk in the capital markets" has been defined by the CSA (Rice, GA Exhibits, vol. I, p. 69, para. 229) as :
>
> > ... the risk of a shock (i) affecting a significant number of market participants contemporaneously and (ii) which may directly or indirectly result in (A) a broad decrease in the availability, or a significant increase in the cost, of capital for issuers and individuals and/or (B) a significant erosion of investor confidence in the fairness and efficiency of the capital markets.

L'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) a d'ailleurs formé un comité sur les risques systémiques, coprésidé par les présidents de l'AMF et de la CVMO. En d'autres mots, les régulateurs provinciaux actuels reconnaissent que le marché des capitaux est désormais exposé à des risques mondiaux.

[445] Néanmoins, le Procureur général du Québec écrit au par. 23 de son mémoire que les régimes provinciaux de réglementation des valeurs mobilières, aujourd'hui comme précédemment, « visent avant tout à protéger l'investisseur, tout en favorisant le bon fonctionnement du marché des valeurs et la confiance du public dans le système », ajoutant que l'objet principal est la protection des investisseurs en raison de leur vulnérabilité (voir aussi les par. 53 et 54). Si cela est toujours vrai, question à laquelle je n'ai pas à répondre, il peut plaider que le « caractère véritable » ou la « caractéristique dominante » (« *pith and substance* ») des lois provinciales est toujours de régir le commerce des valeurs mobilières dans la province, ce que je traduis comme « *trading/dealing in securities in the province* », soit des « opérations contractuelles de nature locale » (par. 42 du mémoire), ce qui entre clairement dans le cadre des compétences des Législatures, même si cette réglementation peut avoir des effets extraprovinciaux. Il en va de même, selon lui, pour la *Loi sur les instruments dérivés*, L.R.Q., ch. I-14.01 et la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés,* L.Q. 2008, ch. 20 (hypothèque des valeurs dématérialisées).

[446] Finalement, il faut signaler une caractéristique récente des législations provinciales et des politiques opérationnelles appliquées par les commissions provinciales : l'harmonisation (Stéphane Rousseau, *L'encadrement du secteur des valeurs mobilières par le Québec et le débat sur une commission nationale des valeurs mobilières*, juin 2010, document produit par le Procureur général du Québec). Conscientes que le marché canadien des capitaux constitue un tout interrelié et interdépendant, donc intégré, les provinces ont convenu de mettre en place un encadrement largement uniformisé pour éviter des pratiques locales susceptibles de nuire à l'efficience du marché et même de provoquer des distorsions néfastes, comme

la recherche par des intervenants de la juridiction la moins exigeante ou protégeant le moins les investisseurs[19]. Le Québec n'échappe pas à cette nécessaire uniformisation commandée par les forces du marché. Mme Monique Jérôme-Forget, alors ministre des Finances du Québec, s'exprime ainsi lors de l'adoption du principe du projet de loi qui deviendra la *Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2007, ch. 15[20] :

> Ces avantages offerts aux investisseurs n'existent pas sous le régime général de responsabilité civile prévu au *Code civil du Québec*. C'est pourquoi il faut considérer le recours en responsabilité civile sur le marché secondaire comme un régime particulier qui se veut complémentaire au régime général. Puisque le fardeau de preuve de l'investisseur est grandement allégé, le recours prévoit en contrepartie un ensemble de moyens que peuvent faire valoir les défendeurs ainsi qu'un ensemble de circonstances où ils ne peuvent être tenus responsables.
>
> [...]
>
> M. le Président, il y a lieu de remarquer à cet égard que toutes les autres provinces et territoires ont déjà adopté ce recours ou s'apprêtent à le faire et qu'il sera ainsi semblable à travers le Canada. Le recours proposé est donc semblable au régime ontarien, qui a aussi fortement inspiré les autres provinces et territoires. Et seules les adaptations nécessaires ont été adoptées pour refléter les notions et le vocabulaire civilistes et pour assurer son intégration harmonieuse dans le corpus législatif québécois, dont celui de la Loi sur les valeurs mobilières, où il sera intégré. [je souligne]

* * * * *

[447] En somme, la *Loi constitutionnelle* étant silencieuse à l'égard du sujet « des valeurs mobilières », la réglementation des divers aspects du marché des capitaux peut se faire en vertu d'une compétence confiée, soit au Parlement (droit criminel, droit corporatif fédéral, échanges et commerce), soit aux Législatures (propriété et droits civils dans la province, droit corporatif provincial, matières de nature purement locale ou privée). Comme le déclarait la Cour suprême dans *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37, au par. 62 :

Il existe une myriade de compétences concurrentes en matière de	There are a myriad of overlapping regulatory jurisdictions governing

[19] Dans ces motifs, le juge en chef donne des exemples de ce mouvement d'uniformisation chapeauté par l'ACVM.

[20] *Journal des débats de l'Assemblée nationale du Québec*, Projet de loi n° 19, le jeudi 18 octobre 2007 - Vol. 40, n° 28.

réglementation des opérations sur valeurs mobilières.

securities transactions.

[448] Dans les faits, la réglementation des valeurs mobilières a donné lieu depuis 1867 à des interventions tant par le Parlement que par les Législatures. Dans la plupart des cas, ces interventions ont eu pour objet la protection des actionnaires/investisseurs. Il serait donc faux de prétendre que la protection des investisseurs relève depuis 1867 de la compétence exclusive des provinces.

[449] De même, aucun arrêt du Conseil privé ou de la Cour suprême n'a déclaré que la réglementation du marché des capitaux, en anglais, *the regulation of capital markets*, est une compétence provinciale. Ce que ces arrêts ont plutôt reconnu est que la réglementation du commerce des valeurs mobilières dans la province, en anglais, *the regulation of trading/dealing in securities in the province*, est de la compétence exclusive des Législatures sous l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle*. Comme l'écrit la Cour d'appel de l'Alberta, la loi albertaine sur les valeurs mobilières réglemente *the securities industry*, c'est-à-dire principalement les courtiers et autres intermédiaires, comme elle le fait à l'égard des avocats et autres professionnels (par. 3, 15, 18, 48 de l'arrêt). Dans le même ordre d'idées, le Procureur général de la Colombie-Britannique écrit dans son mémoire en Cour suprême : « Regulation of the sale of securities and regulation of persons and entities involved in the trading of securities is within the exclusive jurisdiction of the province under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* ».

[450] En conclusion de ce chapitre, je fais mien le résumé suivant de l'état du droit fait par le juge Dickson dans *Multiple Access* aux pages 183 à 185, toujours d'actualité :

Il est bien établi que les provinces ont le pouvoir, en matière de propriété et de droits civils, de réglementer le commerce des actions des compagnies dans la province, pourvu que la loi ne distingue pas les compagnies constituées en vertu d'une loi fédérale en prévoyant à leur égard des mesures particulières ou discriminatoires. On ne doit pas porter atteinte au statut de la compagnie ni au pouvoir essentiel de réunir des fonds aux fins de la compagnie. Mais la constitution d'une compagnie en vertu de la loi fédérale n'immunise pas la compagnie contre les règlements provinciaux d'application générale relatifs aux valeurs mobilières.

It is well established that the provinces have the power, as a matter of property and civil rights, to regulate the trade in corporate securities in the province, provided the statute does not single out federal companies for special treatment or discriminate against them in any way. There must be no impairment of status or of the essential power to raise capital for corporate purpose. But federal incorporation does not render a company immune from securities regulation of general application in a province. Since the decision of the Privy Council in *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318 the provisions of provincial securities acts have been given a wide constitutional

Depuis l'arrêt du Conseil privé *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318, les dispositions des lois provinciales relatives aux valeurs mobilières ont été largement reconnues sur le plan constitutionnel. Dans l'*Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières*, à la p. 160, Anisman et Hogg parlent de [TRADUCTION] «sympathie des tribunaux vis-à-vis des législations provinciales sur les valeurs mobilières», ajoutant, à la même page:

> Il est vraisemblable que l'hésitation des cours lorsqu'il s'agit de s'attaquer aux législations provinciales sur les valeurs mobilières vient en partie du fait qu'il n'existe pas de loi fédérale sur les valeurs mobilières, de sorte que le fait de prononcer l'invalidité d'une loi provinciale ou de l'une de ses dispositions créerait un vide dans la législation existante qui laisserait le champ libre aux personnes peu scrupuleuses.

[...] Comme l'a dit le juge Fauteux, alors juge puîné, dans l'arrêt *Gregory & Company Inc. c. Quebec Securities Commission*, [1961] R.C.S. 584 (à la p. 588):

> [TRADUCTION] L'objet prépondérant de la loi est d'assurer que les personnes qui, dans la province, exercent le commerce des valeurs mobilières ou qui agissent comme conseillers en placements, sont honnêtes et de bonne réputation et, ainsi, de protéger le public, dans la province ou ailleurs,

recognition. Anisman and Hogg in Proposals for a Securities Market Law of Canada, at p. 144 speak of "[j]udicial sympathy for provincial securities legislation" adding, at p. 145:

> The reluctance of the courts to strike down provincial securities legislation likely stems in part from the fact that there is no federal securities law so that a declaration of the invalidity of a provincial act or any of its provisions would create a potential gap in the existing regulatory scheme that might be exploited by the unscrupulous.

[...] As Mr. Justice Fauteux, as he then was, stated in *Gregory & Company Inc. v. Quebec Securities Commission,* [1961] S.C.R. 584 (at p. 588):

> The paramount object of the Act is to ensure that persons who, in the province, carry on the business of trading in securities or acting as investment counsel, shall be honest and of good repute and, in this way, to protect the public, in the province or elsewhere, from being defrauded as a result of certain activities initiated in the province by persons

contre toute fraude consécutive à certaines activités amorcées dans la province par des personnes qui y exercent ce commerce.

Dans l'arrêt *Smith c. The Queen*, le juge Martland affirme (à la p. 797):

[TRADUCTION] *The Securities Act* existe pour réglementer le commerce des valeurs mobilières. À cette fin, elle prévoit deux formes principales de contrôle, dont la première vise les personnes ou les compagnies qui vendent des valeurs et dont la deuxième vise les valeurs offertes en vente.

Et plus loin (à la p. 798):

[TRADUCTION] Ainsi le contrôle s'exerce par l'enregistrement des personnes et des compagnies avant qu'elles soient autorisées à faire le commerce des valeurs mobilières ainsi que par ce qui constitue essentiellement l'enregistrement des valeurs elles-mêmes avant qu'elles puissent être offertes en vente dans le cadre d'une distribution primaire au public. [je souligne]

therein carrying on such a business.

In *Smith v. The Queen* Mr. Justice Martland stated (at p. 797):

The Securities Act exists to regulate the securities business. This is achieved through two main forms of control, the first of which is directed towards the persons or companies selling the securities and the second of which is directed to the securities being sold.

And later (at p. 798):

Thus control is exercised through the registration of persons and companies before they are permitted to trade in securities coupled with what is essentially the registration of the securities themselves before the securities may be traded in the course of a primary distribution to the public.

Deux tendances lourdes s'affrontent

[451] Comme indiqué précédemment, les législations provinciales se sont d'abord intéressées aux personnes impliquées dans le commerce des valeurs mobilières dans la province (obligation pour les courtiers de détenir une licence), puis au besoin de protection des investisseurs (prospectus, droit d'annulation du client et information à donner par le courtier, etc.), des matières relevant des chefs de compétence provinciale. Puis, ces législations se sont étendues pour prescrire de l'information

continue, encadrer les transactions d'initiés, vérifier les activités comptables et financières des émetteurs, réglementer la sollicitation de procuration, les droits de vote et les prises de contrôle. De nos jours, les lois provinciales traitent même d'aspects extraprovinciaux comme la collaboration à des enquêtes à l'étranger. Ces extensions, malgré leurs empiétements accessoires sur les compétences exclusives du Parlement en droit corporatif fédéral et en réglementation du commerce extraprovincial, ont été validées par la Cour suprême qui les a rattachées à l'objet premier de ces lois, soit la réglementation du commerce des valeurs mobilières dans la province et qui a constaté l'absence de conflit avec des dispositions fédérales sur les mêmes sujets, parce que similaires ou inexistantes.

[452] Il ressort clairement de l'évolution législative des lois provinciales sur les valeurs mobilières que les Législatures ont entrepris de réglementer un maximum d'aspects du marché des capitaux, et non pas uniquement le commerce des valeurs mobilières dans la province. Cette réalité emporte-t-elle qu'elles ont désormais constitutionnellement un droit acquis à l'exclusivité de la réglementation de tous les aspects du marché des valeurs mobilières? Avec égards pour mes collègues, je ne le crois pas. Il n'existe pas en droit constitutionnel de théorie du manque de diligence ou de forclusion en matière de partage constitutionnel des compétences.

[453] De son côté, le Parlement poursuit un mouvement similaire. Partant d'un de ses chefs de compétence, comme les banques ou le droit corporatif fédéral, il adopte de plus en plus de dispositions relatives aux droits des actionnaires, aux obligations des dirigeants, aux changements de contrôle de la société, aux transferts d'actions, etc. En d'autres mots, il élabore graduellement une réglementation fédérale des valeurs mobilières, dont plusieurs aspects ont été validés, comme mentionné plus haut.

[454] La Proposition est l'ultime aboutissement du mouvement fédéral. Avec ses 266 articles, elle contient des dispositions encadrant les activités de tous les participants du marché des capitaux, tant dans son aspect primaire que secondaire, de l'émetteur à l'investisseur, en passant par tous les intermédiaires et même les experts qui gravitent autour (comptables, agences de notation, etc.). Elle va jusqu'à créer des recours civils pour les investisseurs devant les tribunaux provinciaux, dont les dommages sont quantifiés selon des formules prescrites.

[455] La possibilité pour le Parlement d'adopter une législation générale concernant les valeurs mobilières n'a jamais été exclue. Au contraire, la Cour suprême a laissé la porte ouverte :

> Le juge en Chef Dickson dans *Multiple Access,* précité, aux p. 173 et 174 :
>
> Le Parlement n'a pas encore adopté un système complet de législation concernant les valeurs mobilière. Jusqu'à ce jour au Canada, ce sont les
>
> Parliament has not yet enacted any comprehensive scheme of securities legislation. To date the Canadian experience has been that the provinces

provinces qui réglementent le marché des valeurs mobilières, différant à cet égard des États-Unis où la Securities and Exchange Commission réglemente le commerce et la distribution primaire des valeurs mobilières. Je ne veux pas, par mes propos en l'espèce, préjudicier au pouvoir constitutionnel du Parlement d'adopter une législation générale concernant les valeurs mobilières conformément à son pouvoir de faire des lois relatives aux échanges et au commerce interprovin-ciaux et internationaux. Cela revêt une importance particulière compte tenu du caractère interprovincial et, à vrai dire, international du secteur des valeurs mobilières. [je souligne]

have taken control of the marketing of securities, differing in this respect from the United States where the Securities and Exchange Commission has regulated trading and primary distribution of securities. I should not wish by anything said in this case to affect prejudicially the constitutional right of Parliament to enact a general scheme of securities legislation pursuant to its power to make laws in relation to interprovincial and export trade and commerce. This is of particular significance considering the interprovincial and indeed international character of the securities industry.

Le juge Estey, dissident, écrit à la p. 225 :

Le substitut du procureur général du Canada n'a pas voulu fonder la validité de ces articles sur un argument indépendant portant que, en raison de l'aspect extraprovincial possible du commerce des valeurs mobilières, ils peuvent s'appuyer uniquement sur le par. 91(2). Je me permets de dire qu'on contestera de plus en plus à l'avenir la position dominante qu'occupe maintenant l'organisme de réglementation du commerce des valeurs mobilières de la province où se trouve la Bourse la plus importante du pays. À mesure que s'accroîtront le nombre et l'importance des opérations multi-provinciales relatives aux valeurs mobilières, il en sera de même de la pression qui s'exerce sur le système de réglementation actuellement déséquilibré. Il reste à voir si cela précipitera une modification de l'évaluation, au niveau national, des

Counsel for the Attorney General for Canada did not wish to found the validity of these sections upon an independent claim that, by reason of the potential extraprovincial nature of securities trading, they could be sustained by the authority of s. 91(2) alone. I venture to say that there will be more and more challenges in the future to the dominant position now occupied by the securities exchange authorities of the province in which the major stock exchange of the country is located. As the magnitude and number of multi-provincial security transactions increase the strain on the present unbalanced regulatory system will mount. It remains to be seen whether this will precipitate a change in the national appreciation of constitutional requirements and federal legislative policy. Until such a development occurs the disposition of this appeal must be found in the light of the positions herein

exigences constitutionnelles et de la politique législative fédérale. En attendant, la décision en l'espèce doit être fonction des positions adoptées par les parties. Par conséquent, les motifs en l'espèce reflètent uniquement le litige tel qu'il a été exposé par les partisans et les adversaires des arguments traditionnels sur l'aspect constitutionnel des lois relatives aux sociétés et aux valeurs mobilières. [je souligne]

taken by the parties. These reasons therefore reflect only the record as advanced by the proponents and opponents of the traditional arguments on the constitutional nature of corporate and securities legislation.

Le juge Iacobucci dans *Global Securities*, précité, écrit au par. 46 :

Comme la question centrale que soulève le présent pourvoi concerne le pouvoir de la province d'adopter l'al. 141(1)b), je m'abstiens de faire des remarques sur la constitutionnalité d'une hypothétique loi fédérale chevauchante à cet égard. Je tiens cependant à souligner que notre Cour a déjà invoqué, dans l'arrêt *Multiple Access*, précité, la règle du « double aspect » pour confirmer la validité de certains aspects de la réglementation fédérale des valeurs mobilières dans un autre contexte. L'arrêt de notre Cour en l'espèce ne doit nullement être interprété comme mettant en doute l'arrêt *Multiple Access*. [je souligne]

Since the central question presented by this appeal is the power of the province to enact s. 141(1)(b), I decline to comment on the constitutionality of hypothetical overlapping federal legislation. I would note, however, that this Court has already upheld aspects of federal securities regulation, in another context, in *Multiple Access*, *supra*, under the "double aspect" theory. The Court's decision in the present appeal should not be taken in any way to question the holding of that case.

[456] Le jour est maintenant venu de trancher. La réponse de cette cour peut être qualifiée de préliminaire puisqu'elle sera suivie de celle définitive de la Cour suprême dans quelques mois.

La compétence du Parlement d'adopter la Proposition

[457] Il est maintenant bien établi en jurisprudence que la détermination de la validité constitutionnelle d'une loi comporte deux étapes qui consistent d'abord à qualifier cette loi en fonction de son « caractère véritable » ou de sa « caractéristique dominante », en anglais « *pith and substance* », puis à déterminer quelle est la rubrique de compétence énumérée aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle* à laquelle elle se rapporte : *R. c.*

Hydro-Québec, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 23, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci (dissidents, mais non sur ce point); *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, précité, par. 13; *Ward c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 R.C.S. 569, 2002 CSC 17, par. 16.

Première étape :

[458] La détermination du caractère véritable d'une loi est un exercice complexe et souvent déterminant de sa validité. L'exercice est centré sur l'objet et les effets de la loi contestée (*Ward*, par. 17; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302, 2005 CSC 65, par. 23; *Banque canadienne de l'Ouest,* précité, par. 27; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, par. 18).

[459] L'exercice est ainsi résumé par la Cour suprême dans l'arrêt *Ward,* aux par. 17 à 20 :

(1) Le caractère essentiel de la loi

[17] La première étape de l'analyse du caractère véritable consiste à déterminer le caractère véritable ou essentiel de la loi. Quel est le sens véritable ou la caractéristique dominante de la mesure législative attaquée? Pour répondre à cette question, il faut examiner l'objet et l'effet juridique du règlement ou de la loi en cause : voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, par. 16. L'objet désigne ce que le législateur a voulu accomplir. Il est pertinent pour déterminer si, en l'espèce, le Parlement réglementait les pêcheries ou s'il s'aventurait dans le domaine de compétence provinciale de la propriété et des droits civils. L'effet juridique désigne la façon dont la loi influe sur des droits et des obligations, et il est également utile pour comprendre le sens premier de la loi : voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, par. 17-18, et l'arrêt *Morgentaler*, précité, p. 482-483. Les effets peuvent également indiquer si une loi comporte un « motif déguisé »,

(1) The Essential Character of the Law

[17] The first task in the pith and substance analysis is to determine the pith and substance or essential character of the law. What is the true meaning or dominant feature of the impugned legislation? This is resolved by looking at the purpose and the legal effect of the regulation or law: see *Reference re Firearms Act*, *supra*, at para. 16. The purpose refers to what the legislature wanted to accomplish. Purpose is relevant to determine whether, in this case, Parliament was regulating the fishery, or venturing into the provincial area of property and civil rights. The legal effect refers to how the law will affect rights and liabilities, and is also helpful in illuminating the core meaning of the law: see *Reference re Firearms Act*, *supra*, at paras. 17-18; *Morgentaler*, *supra*, at pp. 482-83. The effects can also reveal whether a law is "colourable", i.e. does the law in form appear to address something within the legislature's jurisdiction, but in substance deal with a matter outside that jurisdiction?: see *Morgentaler*, *supra*, at p. 496. In oral argument, Ward expressly made clear that

c'est-à-dire montrer que même si, de par sa forme, la loi paraît porter sur un sujet relevant de la compétence du législateur, elle porte, au fond, sur un sujet qui ne relève pas de cette compétence : voir l'arrêt *Morgentaler*, précité, p. 496. Dans sa plaidoirie, M. Ward a précisé clairement que sa contestation de la loi n'était pas fondée sur l'existence d'un motif déguisé.

he is not challenging the law on the basis of colourability.

[18] L'analyse du caractère véritable n'est ni technique, ni formaliste : voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 15-12. Il s'agit essentiellement d'une question d'interprétation. Les tribunaux examinent les termes employés dans la mesure législative attaquée, de même que le contexte et les circonstances dans lesquels cette mesure a été adoptée : voir l'arrêt *Morgentaler*, précité, p. 483, et le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, par. 17. Lorsqu'il procède à cette analyse, le tribunal ne devrait pas se préoccuper de l'efficacité de la loi ou de la question de savoir si elle permet de réaliser les objectifs du législateur : voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 44, le juge La Forest; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, par. 18.

[18] The pith and substance analysis is not technical or formalistic: see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 15-12. It is essentially a matter of interpretation. The court looks at the words used in the impugned legislation as well as the background and circumstances surrounding its enactment: see *Morgentaler*, *supra*, at p. 483 ; *Reference re Firearms Act*, *supra*, at para. 17. In conducting this analysis, the court should not be concerned with the efficacy of the law or whether it achieves the legislature's goals: see *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 44, *per* La Forest J.; *Reference re Firearms Act*, *supra*, at para. 18.

[19] L'article 27 du *Règlement*, pris isolément, ne fait qu'interdire la vente, l'échange ou le troc, ce qui pourrait porter à croire qu'il relève de la compétence des provinces et non pas de la compétence fédérale. Cependant, nous ne pouvons pas nous arrêter là. Il nous faut aller plus loin. Quel est l'objet de l'art. 27 et quel en est l'effet? Quel

[19] Section 27 of the *Regulations*, read alone, is simply a prohibition of sale, trade or barter, suggesting it might fall within the provincial rather than federal domain. However, we cannot stop at this point. We must go further. What is the purpose of s. 27, and what is its effect? How does it fit into the regulatory scheme as a whole? The

> rôle joue-t-il dans l'ensemble du régime de réglementation? La question n'est pas tant de savoir si le *Règlement* interdit la vente que de savoir pourquoi celle-ci est interdite. [je souligne]
>
> question is not whether the Regulations prohibit the sale so much as why it is prohibited.

[460] La détermination du caractère véritable de la Proposition peut être réalisée par l'examen tant de la preuve intrinsèque, telles ses dispositions énonçant ses objets généraux et sa structure générale, que de la preuve extrinsèque, tels les rapports ayant mené à son adoption (*Canadian Owners and Pilots Association*, précité, par. 18).

[461] Comme le démontre la récente décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, l'exercice peut être périlleux et conduire à des caractérisations fort différentes face à un même texte. Cette affaire en est une autre illustration comme le fait voir la caractérisation que retiennent mes collègues par rapport à la mienne en occultant, cela dit avec les plus grands égards, des éléments critiques de la preuve extrinsèque.

[462] Je débute par un résumé de cette dernière. C'est après la réception de plusieurs rapports d'experts recommandant un encadrement national unique des marchés de capitaux (rapport du Comité des personnes averties (2003)), rapport du Groupe Crawford (2006), rapport du Groupe Hockin (2009) et après une grave crise mondiale affectant ces marchés, que le gouvernement fédéral a annoncé vouloir soumettre au Parlement la Proposition une fois l'avis de la Cour suprême reçu.

[463] Ces rapports, qui constituent de la preuve extrinsèque admissible, font ressortir qu'actuellement :

> - L'encadrement des divers aspects du marché des capitaux se fait par une panoplie de législations, tant provinciales que fédérales, et par de l'autoréglementation des bourses et des associations regroupant des intermédiaires;
>
> - Le marché canadien actuel des capitaux est complexe et éclectique. Des instruments nouveaux apparaissent, comme les produits dérivés et les titres dits synthétiques (*synthetic securities*), parfois incompris même par des investisseurs sophistiqués (par ex. le papier commercial);
>
> - 80 % des transactions sur les produits dérivés impliquent une partie qui n'est pas au Canada. Clairement, les transactions sur les produits dérivés sont largement internationales;
>
> - Les titres sont dématérialisés et le commerce se fait instantanément par Internet, souvent sans la fourniture d'un véritable service par un courtier ou autre

intermédiaire. Même l'accès aux bourses étrangères est possible en ligne, par l'ouverture d'un compte chez un courtier canadien qui ne fournit par ailleurs aucun conseil. Le besoin d'assurer l'intégrité du courtier dans ces cas est moins pressant qu'il ne l'était il y a plus de 100 ans lorsque son intervention était absolument requise, et ce, à l'égard d'un titre matérialisé;

- Une proportion importante des valeurs mobilières des plus grandes sociétés canadiennes, comme BCE ou le Canadien Pacifique, sont détenues à l'extérieur du Canada et négociées sur les bourses de New York ou de Londres, où elles sont assujetties à diverses lois étrangères. Clairement, les émissions de valeurs mobilières des grandes entreprises canadiennes et le marché secondaire de ces valeurs ont des aspects extraprovinciaux, voire internationaux;

- Les émetteurs canadiens mobilisent plus de capitaux par l'émission de titres d'emprunt à l'échelle internationale qu'à l'échelle nationale[21]. En fait, on peut même parler pour certaines compagnies d'un marché nord-américain des capitaux. Clairement, les activités de financement par voie de valeurs mobilières pour plusieurs entreprises canadiennes constituent des activités largement internationales;

- Entre 1990 et 2006, le volume des offres initiales d'actions a augmenté au Canada de 396 %, alors qu'aux États-Unis cette augmentation n'était que de 128 %, au Royaume-Uni de 163 % et en Australie de 220 %. Les nouvelles entreprises canadiennes en besoin de capitaux font donc des appels publics en plus grande proportion au Canada qu'ailleurs. En d'autres mots, la disponibilité d'un marché de capitaux efficace et compétitif est plus critique au Canada qu'ailleurs;

- En 2009, la capitalisation boursière des entreprises inscrites aux bourses TSX et TSXV a augmenté de 55 %, comparée à 28,5 % au NYSE et 44 % sur le NASDAQ. Il y a actuellement plus de 3 800 entreprises inscrites au TSX et au TSXV, comparé à 5 100 aux États-Unis où la population est dix fois supérieure. Clairement, la réglementation des valeurs mobilières est plus que l'encadrement d'une industrie; c'est l'encadrement de la principale source de capitaux de près de 4 000 entreprises canadiennes œuvrant dans tous les secteurs de l'économie du pays;

- La capitalisation des entreprises en bourse au Canada est bien inférieure à celle aux États-Unis; en fait, 64 % des sociétés inscrites au Canada ne pourraient s'inscrire aux États-Unis. Le marché canadien des valeurs mobilières comprend donc un volet élevé de *penny stock companies* ou capital-risque;

---

[21] Rapport du Comité des personnes averties, p. 7.

- Les experts ajoutent que 16,15 % des petites émissions publiques de valeurs mobilières impliquent quatre juridictions provinciales ou plus et que 83,85 % d'entre elles impliquent trois juridictions ou moins. En fait, une infime partie, seulement 5 %, des premiers appels publics n'implique qu'une commission des valeurs mobilières[22]. Clairement, même les petites émissions publiques de valeurs mobilières constituent des activités essentiellement extraprovinciales;

- Chaque jour au Canada, 750 millions d'actions changent de mains, représentant une valeur d'environ 7 milliards de dollars[23]. Clairement, le marché secondaire constitue une activité majeure dans l'économie canadienne;

- Les activités boursières au Canada ont été regroupées sur trois parquets électroniques depuis 1999. Depuis 2008, les trois bourses appartiennent au même groupe financier, Groupe TMX inc. Chaque catégorie de valeur mobilière est désormais inscrite à une seule bourse pour tout le pays. Ce mouvement de consolidation est même mondial comme le démontrent les regroupements des grandes bourses étrangères. Clairement, les trois bourses canadiennes constituent désormais des entreprises dont les activités sont principalement extraprovinciales et internationales;

- Le marché canadien des capitaux regroupe des participants diversifiés et très sophistiqués en plus des petits investisseurs, comme les fonds communs de placement et les caisses de retraite. Tous les citoyens du pays sont détenteurs, directement ou indirectement, de valeurs mobilières (portefeuille, fonds communs de placement d'investissement, caisse de retraite, REER, etc.). Clairement, le marché des valeurs mobilières touche désormais tous les Canadiens;

- La très grande majorité des fonds communs de placement sont situés en Ontario (plus de 80 %). Ces fonds investissent de plus en plus à l'étranger. À ce jour, leur principal régulateur est la CVMO, qui refuse d'adhérer à certaines politiques ou pratiques homogénéisées, comme le passeport unique;

- Les maisons de courtage traditionnelles ont été acquises par des banques ou d'autres institutions financières[24]. Si en 1867, les quatre piliers de l'économie (banques, compagnies de fiducie, compagnies d'assurances et courtiers en valeurs (*securities firms*) étaient bien distincts, force est de reconnaître que tel n'est plus le cas, les banques ayant absorbé les principaux courtiers et sociétés

---

[22] Cécile Carpentier et Jean-Marc Suret, *Réglementation des valeurs mobilières au Canada : un réexamen des arguments avancés pour justifier la commission unique*, 23 juin 2010, p. 66.

[23] La ministre des Finances du Québec, Monique Jérôme-Forget, *Journal des débats de l'Assemblée nationale du Québec*, Projet de loi n° 19, le jeudi 18 octobre 2007 - Vol. 40, n° 28.

[24] Marion G. Wrobel, *Report of Canadian Bankers Association Regarding Parliament's Jurisdiction to Create a National Securities Regulator*, document du 26 août 2010, produit par l'Association des banquiers canadiens.

de fiducie pour offrir une gamme de services allant jusqu'à l'assurance (*Banque canadienne de l'Ouest*, précité, par. 1)[25]. Cette intégration récente, tout en augmentant la force de frappe et les revenus des grandes banques, les expose à des risques qui autrefois n'auraient contaminé qu'un autre pilier de l'économie, non relié à elles;

- Les Canadiens ont augmenté de 36 % la valeur de leurs investissements en actions et titres d'emprunts à l'étranger entre 2005 et 2009, cette valeur passant de 279,1 à 379,5 milliards de dollars. Encore une fois, l'aspect extraprovincial des activités des investisseurs canadiens est frappant;

- Le marché canadien des capitaux est totalement intégré (une seule bourse pour chaque titre; intermédiaires encadrés par des associations ou regroupements nationaux, par exemple l'ACCOVAM[26]; principaux courtiers acquis par des banques ou autres institutions financières et oeuvrant à l'échelle du pays), formant un vaste ensemble unique et désormais indivisible. Consciente de cette réalité, les provinces travaillent de concert et adoptent des lois uniformisées et les commissions se sont regroupées au sein de l'ACVM[27] pour élaborer des politiques harmonisées, comme celle du passeport. Clairement le marché canadien des capitaux est devenu intégré et forme un tout qui ne peut être décrit comme une simple collection de marchés provinciaux;

- Les marchés fluctuent mondialement, la chute d'une bourse régionale pouvant entraîner des fluctuations importantes sur des bourses situées à des milliers de kilomètres de distance. Toutes les parties reconnaissent l'existence de nouveaux risques systémiques reliés à la mondialisation des marchés[28]. En réponse, les

---

[25] La Cour d'appel de l'Alberta affirme au par. 2 de son arrêt, s'appuyant sur un passage de *Banque canadienne de l'Ouest*, que la réglementation des trois piliers, excluant les banques, a été historiquement l'affaire des provinces. Cela est vrai dans la dimension des rapports entre le client et l'entreprise. Ainsi, le contrat de fiducie, d'assurance ou d'achat de valeurs mobilières est réglementé par les provinces, alors que les relations entre la banque et ses clients sont réglementées par le Parlement et, de façon supplétive, par les provinces. Il faut cependant ajouter que la réglementation des compagnies d'assurances et de fiducie est de fait partagée et que des lois fédérales sur les compagnies de fiducie et d'assurance existent depuis fort longtemps. En matière d'assurance : *Acte concernant les assurances*, S.C. 1885-1886, ch. 45; *Loi des assurances*, S.C. 1910, ch. 32; *Loi sur les assurances*, S.C. 1917, ch. 29; *Loi des compagnies d'assurances canadiennes et britanniques*, S.C. 1932, ch. 46, *Loi des compagnies d'assurances étrangères*, S.C. 1932, ch. 47; *Loi sur les sociétés d'assurances*, L.C. 1991, ch. 47. Voir également *An Act to Authorize the Establishment of Mutual Fire Insurance Companies*, 4 Will. IV, ch. 33. En matière de fiducie : *Loi sur les compagnies fiduciaires*, S.C. 1914, ch. 55; *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C. 1991, ch. 45. On a d'ailleurs vu des sociétés de fiducie ou d'assurance passer d'une juridiction à une autre pour tirer avantage d'exigences ou pouvoirs différents. Il demeure que le Surintendant fédéral est très présent dans le domaine des assurances et des fiducies.

[26] Association canadienne des courtiers en valeurs mobilières, organisme d'autorégulation reconnu par les commissions, dont l'AMF.

[27] Autorités canadiennes en valeurs mobilières.

[28] Groupe Hockin, *Rapport final et recommandations*, 2009, p. 2 et 3.

> chefs du G-20 et des organisations économiques mondiales réclament une coordination internationale, notamment quant à la gestion des risques systémiques. Les agences de régulation de chaque pays doivent être en mesure d'évaluer la situation en temps réel et de réagir rapidement.

[464] En somme, la tendance déjà notée par la Cour suprême dans l'arrêt *Global Securities*, précité, par. 28, que « le marché des valeurs mobilières (dans la version anglaise, *the securities market*) est de nature internationale depuis plusieurs années », constat qu'elle réaffirmait l'année suivante dans *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario*, précité, au par. 62 : « Les marchés financiers et les opérations boursières deviennent de plus en plus internationaux », est non seulement persistante, mais s'est accentuée.

[465] C'est dans ce contexte d'un marché pancanadien et intégré des capitaux, dont les transactions sont essentiellement interprovinciales et internationales, une situation radicalement différente de celle qui existait en 1867 ou même il y a 15 ans, que le gouvernement fédéral aimerait soumettre au Parlement la Proposition.

[466] Voilà pour la preuve extrinsèque. Je passe maintenant à l'analyse du texte.

[467] L'objet de la Proposition est décrit comme suit à son préambule et à son art. 9 :

Préambule :

Attendu :	Whereas:
Que les marchés des capitaux touchent le bien-être et la prospérité de tous les Canadiens;	Capital markets affect the well-being and prosperity of all Canadians;
Que les marchés des capitaux prennent une ampleur nationale et internationale accrue;	Capital markets are increasingly national and international in scope;
Que les marchés des capitaux évoluent rapidement et comportent des produits financiers et des méthodes de placement et de négociation de plus en plus complexes;	Capital markets are rapidly evolving and include increasingly complex financial products and methods of distribution and trading;
Qu'il est primordial pour le Canada d'avoir des marchés des capitaux compétitifs et assujettis à un régime de contrôle d'application de la loi renforcé, complet et coordonné;	It is important for Canada to have competitive capital markets and a strengthened, comprehensive and coordinated enforcement regime for those markets;

Qu'il est dans l'intérêt national de protéger et de promouvoir efficacement les intérêts du Canada à l'étranger, notamment par l'élaboration d'orientations cohérentes en matière de réglementation des marchés des capitaux;	It is in the national interest to effectively protect and promote Canadian interests internationally, including through the development of consistent regulatory policies for capital markets;
Que la présence, au sein du régime réglementaire canadien du secteur financier, d'un seul organisme canadien de réglementation des valeurs mobilières rehausserait l'intégrité et la stabilité du système financier du Canada;	The integrity and stability of Canada's financial system would be enhanced by the presence of a single Canadian securities regulator as part of the Canadian financial regulatory framework;
Que le Parlement entend créer un tel organisme, encadré par un régime législatif et réglementaire complet qui s'applique dans l'ensemble du Canada;	Parliament intends to create a single Canadian securities regulator, supported by a comprehensive statutory and regulatory regime that applies across Canada; and
Que le Parlement choisit de le faire au moyen d'un processus au titre duquel le régime s'appliquera au fur et à mesure que les provinces et territoires intéressés y adhéreront,	Parliament chooses to do so through a process under which the regime will apply as willing provinces and territories opt in;

Art. 9 :

OBJET DE LA LOI	PURPOSES
9. La présente loi a pour objet de :	9. The purposes of this Act are
d) Protéger les investisseurs contre les pratiques déloyales, irrégulières ou frauduleuses;	(d) to provide protection to investors from unfair, improper or fraudulent practices;
e) Favoriser des marchés des capitaux justes, efficaces et compétitifs en lesquels le public a confiance;	(e) to foster fair, efficient and competitive capital markets in which the public has confidence; and
f) Contribuer, dans le cadre du régime réglementaire des finances du Canada,	(f) to contribute, as part of the Canadian financial regulatory framework, to the

à l'intégrité et à la stabilité du système financier.	integrity and stability of the financial system.

[je souligne]

[468] Pour réaliser ces objets, le gouvernement voudrait proposer au Parlement d'intervenir par une panoplie de mesures, allant des infractions criminelles aux sanctions administratives et recours civils, l'enregistrement et le contrôle des intervenants, l'instauration de normes de conduites professionnelles pour les intermédiaires et des tiers reliés au marché des valeurs mobilières, l'information continue et occasionnelle, l'encadrement des émissions de valeurs mobilières sur le marché primaire, les transactions sur le marché secondaire, les opérations boursières et de compensation, la supervision des organismes d'autoréglementation, les transactions d'initiés, la tenue des livres, la création d'une agence et ses pouvoirs de réglementation, d'enquête et de poursuite, sa capacité d'agir au besoin en coordination avec d'autres agences de régulation et organismes, comme le ministère des Finances, la Banque du Canada et le Surintendant des institutions financières, et la mise en place de mécanismes d'intervention par le gouvernement fédéral en situation normale et d'urgence. La Proposition sera complétée par une vaste réglementation à venir.

[469] Il est vrai que la Proposition est en grande partie un calque de la loi sur les valeurs mobilières de l'Alberta, que deux de ses finalités, la protection des investisseurs et le maintien d'un marché sain et efficace, se retrouvent dans les lois provinciales et que les moyens pour les atteindre sont similaires à ceux déjà en place.

[470] Cependant, sa deuxième finalité, « favoriser des marchés canadiens des capitaux justes, efficaces et compétitifs » est de plus grande envergure que celle qui pourrait être énoncée dans une loi provinciale puisque cette dernière est axée sur le marché des capitaux dans la province. La Proposition proclame aussi un désir de tenir compte des intérêts provinciaux et régionaux, un élément dont ne tient pas compte une autorité provinciale, soucieuse, à bon droit, de favoriser sa province, mais pas celle voisine.

[471] Nouveautés par rapport aux lois provinciales, la Proposition contient des dispositions sur les risques systémiques et la capacité d'intervention du gouvernement fédéral et de son ministre des Finances dont il m'apparaît important de reproduire le texte :

109 (3) Sur demande du régulateur en chef, le participant du marché lui fournit l'information pouvant être exigée en vue de la contribution à l'intégrité et à la stabilité des marchés financiers ou de	109 (3) On request by the Chief Regulator, a market participant must provide the Chief Regulator with the information that may be required for the purpose of contributing to the integrity

l'analyse en matière d'orientations concernant l'exécution de la présente loi ou la réglementation des valeurs mobilières en général.

228 [...]
(4) Malgré le paragraphe (1), la publication d'un avis n'est pas exigée dans les cas suivants : [...]

c) d'une part, l'Autorité est d'avis que le projet de règlement répond à un besoin urgent et que, sans celui-ci, les investisseurs ou l'intégrité ou la stabilité des marchés des capitaux risqueraient fortement de subir un préjudice important et, d'autre part, elle a obtenu l'agrément du ministre quant à la prise du règlement et à la non-publication de l'avis.

231(1) Le gouverneur en conseil peut, par décret, ordonner à l'Autorité d'entreprendre le processus prévu aux articles 228 à 230 afin de prendre, de modifier ou d'abroger un règlement en vertu de l'article 227, de la façon précisée au décret.

232 (1) Le gouverneur en conseil peut, par décret, ordonner à l'Autorité la prise, la modification ou l'abrogation, dès que possible et de la façon précisée au décret, d'un règlement au titre de l'article 227 s'il est d'avis que la mesure répond à un besoin urgent et que sans elle les investisseurs ou l'intégrité ou la stabilité des marchés des capitaux risqueraient fortement de subir un préjudice important.

and stability of financial markets or conducting policy analysis related to the administration of this Act or to securities regulation in general.

228 [...]
(4) Despite subsection (1), a notice is not required to be published in the following circumstances:

c) the Authority considers that there is an urgent need for the proposed regulation and that, without it, there is a substantial risk of material harm to investors or to the integrity or stability of capital markets, and the Authority has the Minister's consent to make the regulation and to not publish a notice.

231(1) The Governor in Council may make an order requiring the Authority to undertake the process set out in sections 228 to 230 in order to have the Authority make, amend or repeal a regulation under section 227, as provided in the order.

232 (1) The Governor in Council may make an order requiring the Authority to make, amend or repeal a regulation under section 227, as provided in the order, as soon as practicable, if the Governor in Council is of the opinion that there is an urgent need for such a measure and that, without it , there is a substantial risk of material harm to investors or to the integrity or stability of capital markets.

[472] Le Bureau de transition canadien en valeurs mobilières, instauré par les art. 295, 296 et 297 de la *Loi d'exécution du budget de 2009*, déclare dans le plan de transition du 12 juillet 2010 :

Approche de réglementation

L'ACRVM appliquera à la réglementation une approche fondée sur les risques et axée sur les résultats qui cernera les menaces pour les investisseurs de même que pour l'intégrité et la stabilité des marchés de capitaux, et y réagira. Elle s'engagera à faire en sorte que le coût de la réglementation soit proportionnel aux retombées escomptées et que la protection des investisseurs soit toujours au coeur de toutes ses activités de réglementation. Elle établira des normes nationales qui seront guidées par les besoins des investisseurs et des participants du marché de partout au Canada et de tous les secteurs du marché, et qui y seront sensibles.

[...]

Contribution efficace à l'intégrité et à la stabilité du système financier

Les événements récents démontrent que l'activité sur les marchés de capitaux peut engendrer des risques systémiques qui menacent la stabilité des systèmes financiers à l'échelle nationale et internationale. Même si les organismes provinciaux de réglementation ont une certaine connaissance des enjeux des risques systémiques du fait de leur présence au sein du groupe informel des responsables d'organismes1, le mandat de l'ACRVM de contribuer à l'intégrité et à la stabilité du système financier à titre d'intervenant du cadre canadien de

Regulatory Approach

The CSRA will take a risk-based, outcomes-focused approach to regulation, identifying and responding to threats to investors and the integrity and stability of capital markets. It will be committed to ensuring that the cost of regulation is commensurate with the intended benefits and that investor protection is at the core of all of its regulatory activities. It will set national standards that are informed by, and sensitive to, the needs of investors and market participants in all parts of Canada and all sectors of the market. (p.3)

[...]

An Effective Contribution to the Integrity and Stability of the Financial System

Recent events demonstrate that capital market activity can be a source of systemic risks that threaten the stability of financial systems nationally and internationally. While provincial regulators have had some exposure to systemic risk issues as part of the informal Heads of Agencies group, the CSRA's mandate to contribute to the integrity and stability of the financial system, as part of the Canadian financial regulatory framework, is new to securities regulation in Canada. (p.9)

> réglementation financière constitue un nouveau volet de la réglementation des valeurs mobilières au Canada.

[473] Manifestement, la Proposition est une législation générale concernant les valeurs mobilières au sens de l'arrêt *Multiple Access*. À la lumière de ce qui précède, je retiens que son caractère véritable est l'encadrement de tous les participants d'un marché devenu pancanadien, unique et intégré, caractérisé par des transactions essentiellement interprovinciales et internationales. Je rejoins ainsi la Cour d'appel albertaine qui, sous la plume du juge Slatter, écrit au par. 14 :

> [14] (...) The parties agree that the pith and substance of the proposed legislation is the regulation of the participants in the public capital markets in Canada, and transactions relating to the raising of capital.

[474] Les effets souhaités de la Proposition, si elle devient loi, sont divers : protection des investisseurs (information sporadique et continue, prévention des fraudes, compétence des intermédiaires, recours civils), transparence du marché des valeurs mobilières, uniformisation des règles, facilitation de l'accès aux capitaux, amélioration des sanctions et minimisation des risques systémiques.

[475] En réalité, la confiance des investisseurs est un élément important, voire indispensable, dans la poursuite de la finalité de la Proposition, soit le maintien au Canada d'un marché vigoureux des capitaux, lequel est requis pour assurer à des milliers d'entreprises canadiennes un accès à du financement autre que bancaire afin qu'elles continuent de contribuer à la prospérité du pays et de ses citoyens. Comme le souligne le Barreau du Québec dans son mémoire au par. 36, par la Proposition, le gouvernement fédéral cherche à accomplir des objectifs macroéconomiques pour l'ensemble du Canada, ce qui n'exclut pas des volets régionaux adaptés aux besoins locaux (voir art. 16 (1)b) de la Proposition)[29]. Si la Proposition est adoptée par le Parlement, le gouvernement du Canada se verra doté d'un outil de poids dans la gestion de la politique monétaire et économique du pays et se trouvera en mesure d'assurer la stabilité du marché des capitaux autrement que par des rencontres informelles de concertation avec les commissions provinciales actuelles.

[476] En résumé, la Proposition s'inscrit dans une politique économique favorable au maintien du marché des capitaux au Canada, un marché désormais intégré, unique et pancanadien, caractérisé par des transactions essentiellement extraprovinciales, et ce, par l'encadrement des participants et des transactions. Tel est son caractère véritable et il faut éviter de le confondre avec les moyens choisis pour le réaliser, lesquels ne

---

[29] La Proposition inclut un conseil des ministres regroupant toutes les provinces et territoires (art. 11 et 13) et des rapports à ces derniers et leur consultation (art. 12, 19(2), 21, 50(6), 61(3)). De plus, le Conseil d'administration de l'Autorité doit être représentatif des régions (art. 19(3)b)).

peuvent d'ailleurs que s'apparenter à ceux utilisés par les provinces et ailleurs dans le monde.

Deuxième étape :

[477] Existe-t-il une compétence sous l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle* permettant au Parlement d'adopter la Proposition, en totalité ou en partie? Pour répondre à cette question, dans l'interprétation de la portée des rubriques de compétence énumérées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle*, il faut retenir que celles-ci doivent être continuellement adaptées à de nouvelles réalités (*Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, précité, par. 30). En d'autres mots, l'interprétation doit être évolutive (*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, précité, par. 23).

[478] Cela dit, je passe aux possibles chefs de compétence du Parlement pour adopter, en totalité ou en partie, les 16 parties de la Proposition.

i) compétence sur le droit criminel :

[479] Il est indéniable que les dispositions que l'on trouve à la partie 10, section 6, de la Proposition sont de nature criminelle et relèvent de la compétence du Parlement sous 91(27). L'argument du Barreau du Québec que le reste de la Proposition étant invalide, rien ne survit, dont les dispositions criminelles, est sans fondement. D'ailleurs tant les procureurs de l'Alberta et du Québec que mes collègues du groupe des trois concèdent la validité de cette partie.

[480] J'ajoute qu'il en va de même de la partie interprétative de la partie 2 relative à l'Autorité canadienne de réglementation des valeurs mobilières (Autorité) dans la mesure où celle-ci se voit confier la mise en œuvre de l'application des dispositions criminelles et des pouvoirs qui lui sont confiés : enquêtes, saisies, poursuites, etc. (*Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, précité, par. 124). Je rappelle que le Parlement peut investir un agent fédéral du pouvoir de commencer des procédures criminelles, ce qui n'exclut pas la couronne provinciale qui peut poursuivre de plein droit (*P.G. (Can.) c. Transports Nationaux du Can., Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206).

ii) compétence sur le droit corporatif fédéral :

[481] Comme indiqué plus haut, la jurisprudence reconnaît depuis longtemps que la compétence sur le droit corporatif fédéral permet au Parlement d'encadrer tous les aspects essentiels au bon fonctionnement des sociétés de droit fédéral, y compris la distribution de leurs valeurs mobilières, les devoirs et responsabilités des dirigeants, les relations de la société avec ses actionnaires, l'information continue et les prospectus, la sollicitation de procurations, le droit de vote, les rachats forcés, la prise de contrôle, les transactions d'initiés, etc.

[482] La compétence du Parlement d'adopter les parties 6, 8, 9, 10, 12 et 13 de la Proposition, traitant essentiellement de questions de droit corporatif, à l'égard des entreprises constituées sous l'autorité du Parlement m'apparaît incontestable (*Multiple Access*, précité). Il s'ensuit que le Parlement pourrait mettre sur pied une agence et un tribunal spécialisé et leur conférer les budgets et pouvoirs requis (parties 2, 3, 4,11 et 14) pour faire respecter ces parties de la Proposition par les sociétés de droit fédéral.

[483] Comme le pouvoir de constituer des personnes morales, incluant des compagnies d'assurances et de fiducie, est partagé entre le Parlement et les Législatures et que d'importantes sociétés émettrices de valeurs mobilières sont régies par des lois fédérales (Air Canada, CP, CN, BCE, banques, certaines compagnies d'assurances et de fiducie, sociétés de communication, etc.), le Parlement pourrait réglementer de nombreux aspects des valeurs mobilières actuellement couverts par les lois provinciales, et ce, à l'égard des plus importants émetteurs canadiens en adoptant la Proposition. En cas de conflit, les règles fédérales prévaudraient.

[484] On peut cependant s'interroger sur les limites du pouvoir du Parlement de légiférer sur le droit corporatif fédéral. Certes, la Cour suprême déclare qu'il s'étend aux actionnaires, aux administrateurs, dirigeants et employés de ces sociétés (*Multiple Access*, précité, p. 176), mais cela peut-il englober le courtier, la maison de notation, la bourse et les organismes d'autoréglementation des intervenants?

[485] De toute façon, l'approche basée sur le chef de compétence du droit corporatif fédéral ne pourrait donner lieu qu'à une complexification additionnelle de la réglementation des valeurs mobilières, les transactions concernant les sociétés fédérales étant possiblement assujetties à des règles différentes de celles régies par les lois provinciales, alors que le marché des capitaux commande l'homogénéisation comme en font foi les efforts des diverses autorités provinciales pour harmoniser son encadrement.

iii) compétence sur les transactions extraprovinciales :

[486] Pour éviter cela, le gouvernement fédéral souhaite asseoir sa compétence sur la réglementation des échanges et du commerce (art. 91(2)), pour rendre la loi éventuelle applicable à l'ensemble des acteurs du marché canadien des capitaux.

[487] Avant de déterminer si les indices élaborés par la Cour suprême pour valider l'utilisation de cette compétence par le Parlement sont satisfaits, il faut vérifier s'il existe un fondement rationnel pour justifier l'intervention fédérale proposée ou s'il s'agit plutôt d'un prétexte (« *a coloured attempt* »). Dans les mots du juge en chef Laskin, s'exprimant en son nom et au nom des juges Judson, Spence et Dickson dans le *Renvoi : Loi anti-inflation,* [1976] 2 R.C.S. 373, p. 423 : « les éléments de preuve extrinsèque ne sont requis que pour convaincre la Cour que la loi contestée a un fondement rationnel dans le pouvoir législatif invoqué à l'appui de sa validité ». En l'espèce, à la lumière du contexte résumé plus haut, il est manifeste qu'il existe un

fondement rationnel, au sens de l'arrêt *Renvoi : Loi anti-inflation*, entre la Proposition et la prétention du gouvernement fédéral qu'elle se rattache à la compétence du Parlement de réglementer les échanges et le commerce.

[488] L'arrêt de principe interprétant la compétence sur la réglementation des échanges et du commerce est *General Motors,* précité. La Cour suprême écrit que la jurisprudence a reconnu deux volets à cette compétence : i) la réglementation des échanges et du commerce internationaux et interprovinciaux et ii) la réglementation des échanges et du commerce touchant le Canada dans son ensemble.

[489] Comme le souligne le Procureur général de l'Alberta (mémoire par. 95 et 96 et lors des plaidoiries), une loi fédérale qui se limiterait aux aspects interprovinciaux et internationaux du commerce des valeurs mobilières pourrait être validée sous le premier volet[30]. Mes collègues du groupe des trois occultent ce point, conscients sans doute qu'il met en péril leur thèse de l'exclusivité provinciale sur la réglementation des valeurs mobilières et l'absence d'un double aspect de la matière. Or, 95 % des émissions publiques, même les plus petites, ont une dimension extraprovinciale puisqu'elles impliquent la distribution de valeurs mobilières dans plusieurs provinces. Le Parlement pourrait donc rendre la Proposition, dans son ensemble, applicable à cette dimension des émissions publiques et à ceux qui y participent. Cela comprendrait les trois bourses et la société Services de dépôt et de compensation CDS (*CDS Clearing and Depository Services*) (Jean Leclair, « "Please, Draw Me a Field of Jurisdiction": Regulating Securities, Securing Federalism », (2010) 51 *S.C.L.R.* (2d), 555, p. 565-566), ou, au moins, leurs activités interprovinciales et internationales, soit la majorité de leurs opérations, de même que les participants impliqués.

[490] Si le Parlement adoptait cette approche, il en résulterait un régime applicable aux transactions qualifiées d'interprovinciales et internationales, en plus de celles des entreprises sous juridiction fédérale mentionnées plus haut. Le nouveau régime s'appliquerait à la très grande majorité des transactions en valeurs mobilières au Canada, sans cependant encadrer l'ensemble du marché des capitaux. En effet, les transactions strictement intraprovinciales n'impliquant pas une société de droit fédéral ne seraient pas couvertes par la Proposition, sauf pour les dispositions de droit criminel. Ce serait le cas d'une société minière de Colombie-Britannique qui n'émet des actions que dans cette province ou d'une société gazière albertaine qui ne procède qu'à une émission en Alberta.

[491] Sous une telle approche, beaucoup de temps devrait sans doute être consacré à la détermination de la nature de certaines transactions. Pour éviter cela, certains opposants proposent la mise en place d'une agence nationale ayant pour mandat d'appliquer à la fois la loi fédérale et les lois provinciales, un peu comme pour la commercialisation des poulets et des œufs. Ils ajoutent qu'une telle solution serait plus

---

[30] Les procureurs généraux de la Colombie-Britannique et de la Saskatchewan semblent partager ce point de vue dans leur mémoire en Cour suprême.

compatible avec un fédéralisme coopératif. C'est l'approche qu'endosse le juge en chef dans ses motifs.

[492] À ce jour, le gouvernement fédéral semble écarter cette option, préférant une loi fédérale d'application générale, y compris aux aspects intraprovinciaux du marché des valeurs mobilières, ce qui ne peut se justifier qu'en invoquant le deuxième volet de sa compétence sous 91(2), soit la réglementation des échanges et du commerce touchant le Canada dans son ensemble. Il s'agit d'un choix politique (*policy choice*) qui n'est aucunement déterminant sur le sort du renvoi, comme l'écrivait le juge en chef Laskin dans *Renvoi : Loi anti-inflation*, précité, à la p. 421 :

> Il n'y a pas de doute que la coopération fédérale-provinciale dans le sens suggéré aurait pu être essayée, mais il ne s'ensuit pas que la politique fédérale adoptée est vulnérable parce qu'on n'a pas tenté au préalable l'application d'un système coopératif. Le fédéralisme coopératif peut résulter d'une absence de pouvoir législatif fédéral, mais il ne peut être invoqué pour le contester. [je souligne]
>
> No doubt, federal-provincial co-operation along the lines suggested might have been attempted, but it does not follow that the federal policy that was adopted is vulnerable because a co-operative scheme on a legislative power basis was not tried first. Co-operative federalism may be consequential upon a lack of federal legislative power, but it is not a ground for denying it.

(Voir aussi le *Renvoi sur les armes à feu*).

[493] En l'espèce, le rôle des juges se limite donc à déterminer si l'option préférée par le gouvernement fédéral peut résulter en une législation constitutionnellement valide et non à se faire les promoteurs d'une approche politique différente de celle retenue à ce jour par le gouvernement du Canada.

iv) compétence sur la réglementation du commerce en général :

[494] Dans l'arrêt *General Motors,* précité, le juge en chef Dickson a mis l'accent sur la recherche d'une approche de principe qui établit un juste équilibre entre la compétence du Parlement sur les échanges et le commerce en général et la compétence des provinces sur la propriété et les droits civils. Il a formulé une série d'indices, sous forme de questions, pour déterminer « si une activité doit être réglementée par le Parlement plutôt que par les provinces » (*Kirkbi*, précité, par. 16). Ces questions ont été résumées par le juge LeBel dans l'arrêt *Kirkbi*, au par. 17 :

> i) La mesure législative contestée s'inscrit-elle dans un système général de réglementation?
>
> ii) Le système fait-il l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation?

> iii) La mesure législative porte-t-elle sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier?
>
> iv) La loi est-elle d'une nature telle que la Loi constitutionnelle n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter?
>
> v) L'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait-elle l'application de ce système dans d'autres parties du pays?

[495] Le juge en chef Dickson précise que ces indices « ne constituent pas une liste exhaustive » et que « la présence ou l'absence de l'un ou l'autre de ces critères n'est pas nécessairement concluante » (*General Motors*, p. 662-663; voir aussi *Kirkbi*, par. 17).

[496] La présence des deux premiers indices n'est pas en litige ici, comme le reconnaissent les mémoires des trois opposants, le Procureur général de l'Alberta (par. 111), le Procureur général du Québec (par. 75) et le Barreau du Québec (par. 58). Je suis d'accord. Si adoptée, la Proposition résultera en un système de réglementation complet du marché canadien des capitaux ayant pour objet d'éliminer les activités qui pourraient nuire à sa compétitivité, être néfastes aux entreprises en recherche de capitaux et susceptibles de causer des préjudices aux investisseurs, le tout sous la responsabilité d'un organisme unique de réglementation et de surveillance, l'Autorité. Je ne m'attarderai donc pas plus longtemps à la recherche de ces deux premiers indices.

[497] Je passe au troisième : la mesure législative porte-t-elle sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur ou produit en particulier? La Proposition ne porte pas sur une fourniture précise de biens ou de services, comme la fourniture de conseils en matière de placement, l'exploitation d'une bourse ou la vente d'actions par des sociétés minières, mais sur tous les aspects du marché des capitaux au Canada. Par la Proposition, si adoptée, le Parlement ne cherchera pas à réglementer une transaction locale, comme la vente d'une police d'assurance contre l'incendie à un souscripteur par une compagnie d'assurances de la province (*Parsons,* précité), ni une industrie particulière comme la fabrication de la bière (*Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914), ou encore diverses industries locales non reliées, mais tous les participants du marché pancanadien des capitaux, un marché si intégré qu'il a amené les provinces et territoires à harmoniser leur législation sur les valeurs mobilières. La Proposition ne se limite pas à l'encadrement de l'industrie des valeurs mobilières, soit, tel qu'indiqué précédemment à ma huitième remarque, les entreprises dont l'activité principale est le commerce des valeurs mobilières, mais s'étend aussi à des fournisseurs de services comme les bourses et les organismes de compensation et de détention de titres, des professionnels comme les comptables externes, aux sociétés émettrices (près de 4 000) et à leurs dirigeants, et aux fonds mutuels. C'est tout un secteur de l'économie canadienne qui est visé et pas le moindre.

[498] Le troisième indice est manifestement présent, à moins d'en faire une exigence telle qu'elle stérilise, *de facto* la compétence du Parlement sous le deuxième volet de 91(2), en matière d'échanges et du commerce en général, comme le proposent mes collègues qui tentent ainsi de faire revivre une ancienne interprétation du Conseil privé pourtant écartée par ce dernier, puis par la Cour suprême. Ils semblent alors oublier que ces indices n'ont pour but que de permettre de distinguer entre une question économique d'intérêt national plutôt que simplement une série de questions d'intérêt local (*Parsons*, précité, et *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, p. 268, cités avec approbation dans *Kirkbi*, au par.17). Refuser de reconnaître que le Parlement, s'il adoptait la Proposition, s'attaquerait alors à une question économique d'intérêt national ne peut s'expliquer que par une défense à tout crin, fort bien articulée par ailleurs, de leur thèse de l'exclusivité du contrôle des valeurs mobilières par les provinces.

[499] J'ajoute que la vente de produits d'assurance n'a rien de comparable à la vente d'actions sur le marché primaire ou secondaire. Un contrat d'assurance contre le risque d'incendie entre un assureur et un souscripteur est une transaction isolée, dont tous les termes sont définis dans le contrat, souvent réglementé, intervenu entre l'assureur et l'assuré. Il ne faut pas être surpris que le Conseil privé n'y ait vu rien d'autre qu'une affaire locale et relative aux droits civils dans la province (*Parsons*). Il est vrai qu'un assureur peut faire affaire à travers le pays et même le monde, mais il demeure que chaque contrat qu'il conclut avec un assuré est une transaction unique entre lui et l'assuré, sans nécessité d'impliquer un ou plusieurs tiers, comme la bourse, la compagnie émettrice, etc. De plus, la vente de polices d'assurance constitue un secteur bien isolé de l'économie, un secteur important certes, mais limité, contrairement à l'accès au marché des capitaux, qui demeure vital pour plus de 60 % des entreprises canadiennes, quel que soit leur domaine d'activités.

[500] Certains tentent aussi de nous convaincre que le commerce des valeurs mobilières est désormais une affaire strictement locale entre l'investisseur et un courtier opérant[31] dans la province, suivie d'autres transactions séparées et locales ailleurs. Au soutien de cette thèse, on fait valoir l'existence du système centralisé de dépôt des titres (CDS), situé à Toronto, où les détenteurs inscrits d'actions sont souvent les courtiers et non les investisseurs individuels[32]. Il s'ensuivrait que l'investisseur ne fait

---

[31] L'exigence pour le courtier de résider dans la province a été assouplie.

[32] Le rôle du *Central Depository system*, une entreprise située à Toronto, est ainsi défini sur son site web : « CDS is accountable for the safe custody and movement of depository-eligible domestic and international securities, accurate record-keeping, processing post-trade transactions, and collecting and distributing entitlements arising from securities deposited by customers. Securities may be held in book form (BEO – book-entry-only), non-certificated inventory (NCI), deferred certificated inventory (DCI) or certificate form. CDS manages the safekeeping of securities in both physical certificate and electronic form for its participants. Most CDS-eligible securities are in physical certificate form and are held by CDS or transfer agents and registered in CDS's nominee name. Once physical securities are deposited with CDS, CDS enters them in a ledger and they trade electronically. CDS's electronic system virtually eliminates the risk of securities being lost, damaged or stolen. More than 88,000

affaire qu'avec le représentant local de son courtier, lequel achète et vend à la demande du premier des valeurs qui demeurent en tout temps sous le contrôle du courtier ou celui du CDS qui a un lien juridique séparé avec le courtier. Avec égards, cette approche doit être rejetée, comme nous y invitent Robert Leckey and Eric Ward, *Taking Stock: Securities Matters and the Division of Powers*, (1999) 22 Dalh. L.J. 250, à la p. 272 :

> We suggest that analysis of the Canadian securities markets as simply a co-existence of seperate local industries is myopic.

En réalité, les titres se négocient à un prix déterminé sur une bourse, souvent située hors de la juridiction de l'investisseur, leur détention donne à l'investisseur un ensemble de droits (*a bundle of rights*) contre l'émetteur, souvent situé hors de la juridiction de l'investisseur, et même contre des tiers (par exemple, les vérificateurs ou dirigeants), et le courtier inscrit dans les registres de CDS n'est que le mandataire (*nominee*) du client, qui est en droit le propriétaire véritable des titres. Que pour des raisons de convenance, le titre soit dématérialisé n'empêche pas qu'il constitue un bien meuble intangible vendu ou acheté dans le cadre de transactions essentiellement extraprovinciales.

[501] Passons au quatrième indice. Les opposants à l'initiative fédérale et mes collègues font valoir que les commissions provinciales sont capables, agissant ensemble, de réglementer l'ensemble du marché canadien des capitaux et, par conséquent, qu'une intervention fédérale n'est pas valide. Ils ajoutent que la preuve est faite que les commissions provinciales sont capables d'agir conjointement, toutes, sauf celle de l'Ontario, ayant adhéré en 2004 à la politique pancanadienne en matière d'autorisation de prospectus dite du passeport unique.

[502] À mon avis, cet argument repose sur une fausse prémisse comme l'écrit le professeur Lee, précité, à la p. 104 :

> Consider the fourth criterion: provincial incapacity. The principle underlying the criterion is that there cannot be gaps in the distribution of powers. It follows that if it is established that the provinces lack the power to enact a law on a given subject-matter, then it should be the case that Parliament possesses the power to enact it. Thus, provincial incapacity is a "strong indication" of federal jurisdiction. However, the converse is not true. There is no constitututional principle against overlapping legislation - quite to the contrary. Therefore, one cannot reason from the premise that the provinces possess the power to enact a given law to the conclusion that Parliament does not. Provincial *capacity* is not an indication (strong or otherwise) of the absence of federal jurisdiction. [je souligne]

---

equity and debt security issues are eligible for deposit at CDS. Of these, 60 per cent are Canadian issues and 40 per cent foreign, mostly U.S. About 200 issues are interlisted on two or more exchanges ». http://www.cds.ca/cdsclearinghome.nsf/Pages/-EN-Depositorysystem?Open. Consulté le 16 mars 2011.

[503] De toute façon, même avec la plus grande bonne volonté, la compétence de chacun de ces organismes demeure provinciale, alors que le marché des capitaux est désormais interprovincial et international, qu'il n'existe qu'une bourse au Canada pour chacune des catégories de valeurs mobilières, que le nombre de participants principaux est limité et que leur contrôle est souvent situé dans une province qui n'a pas adhéré à la politique pancanadienne. Dans le cadre d'une distribution d'actions, l'émetteur peut être situé en Alberta, l'acheteur en Nouvelle-Écosse, l'agence de notation à Montréal, le titre inscrit à la bourse TSXV et l'intermédiaire peut être un service en ligne offert par un courtier dont le siège est à Toronto. Cinq organismes provinciaux pourraient justifier une intervention et les conflits de normes ou décisions demeurent possibles, alors qu'un régulateur national pourrait directement et de façon cohérente superviser tous les participants (la plupart d'entre eux sont d'ailleurs autorégulés par un organisme national et non par des associations locales). Seule une agence nationale peut avoir compétence simultanément sur tous les participants à une telle transaction, y compris enquêter sur tous les aspects de cette dernière sans demande d'assistance.

[504] La possibilité de fluctuation rapide du marché causée par un risque systémique ajoute une problématique économique impossible à régler par la concertation de plus d'une dizaine d'organismes répondant à autant de ministres des Finances. En réalité, la réglementation de tous les aspects d'un marché pancanadien intégré par treize organismes ne peut qu'être un processus complexe et inadapté à la gestion des risques systémiques en temps réel.

[505] De plus, la Proposition permet au gouverneur en conseil de donner des directives à l'Agence et ainsi, au besoin, au ministre des Finances de coordonner ses interventions avec les autres acteurs importants de la politique économique du pays, comme la Banque du Canada, le Bureau du surintendant des institutions financières, etc. Le ministre des Finances du Canada ne peut ordonner quoi que ce soit aux organismes provinciaux qui ne sont pas sous sa responsabilité ministérielle.

[506] Par ailleurs, seule une agence fédérale pourrait avoir accès à toutes les mesures coercitives disponibles, réglementaires, pénales et criminelles, utilisant celles les plus appropriées à chaque cas et ainsi éviter d'instituer, contre une même personne pour un même manquement, des recours parallèles, parfois dupliquant les efforts, comme dans l'affaire *Norbourg* où il y a eu des poursuites pénales par l'AMF et des poursuites criminelles par le ministère public.

[507] De même, dans le cas d'une sanction administrative, celle-ci s'appliquerait automatiquement partout au pays, un effet qu'une ordonnance d'une commission provinciale ne pourra jamais avoir (pour radier un courtier enregistré dans dix provinces, il faut dix décisions et il y a possibilité de dix contestations/appels).

[508] Finalement, les douze autorités de régulation canadiennes autres que la CVMO, malgré leur effort de collaboration et d'harmonisation, ne peuvent rendre des ordonnances contre la Bourse de Toronto, pourtant la plus importante du pays, la

troisième en Amérique du Nord et la huitième au monde. Seule la CVMO le peut. Évidemment, une agence fédérale n'aurait pas ce problème. Par la composition du conseil d'administration de l'Agence et, accessoirement, par le conseil des ministres, des représentants des autres régions du pays seraient impliqués pour la première fois dans la supervision de cet acteur ontarien, ce qui ne peut être fait autrement.

[509] En somme, la Proposition permettrait de réaliser plusieurs choses que les provinces, conjointement ou séparément, ne peuvent constitutionnellement accomplir. Le quatrième indice est manifestement présent.

[510] Il reste le cinquième : L'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait-elle l'application de ce système dans d'autres parties du pays?

[511] À mon avis, cet indice consiste à se demander si l'efficacité ou la viabilité du système proposé requiert une loi d'application uniforme à travers le pays, comme c'est le cas de la concurrence et des marques de commerce. En d'autres mots, puisque le marché des capitaux est désormais pancanadien et intégré, si on veut l'encadrer d'une manière viable juridiquement, faut-il une loi fédérale?

[512] En matière de valeurs mobilières, il est évident que le défaut d'avoir des normes similaires applicables aux participants et aux transactions dans certaines parties du pays pourrait compromettre l'application du régime voulu dans d'autres parties. Ainsi, la mobilité facile de certains émetteurs leur permet de migrer dans une province où le système ne s'appliquerait pas pour tirer avantage de dispositions moins onéreuses, par exemple, en matière de responsabilité des dirigeants ou de transactions d'initiés. Par leurs agissements, et ce, depuis plusieurs années, les provinces et les commissions reconnaissent un besoin pressant de normes uniformes dans l'ensemble du pays pour assurer le bon fonctionnement du marché canadien des capitaux et elles agissent en conséquence en adoptant des lois ou politiques communes sur plusieurs aspects des valeurs mobilières, comme, par exemple, la loi harmonisée sur la responsabilité civile des émetteurs ou la politique du passeport unique. En somme, la participation de l'ensemble des provinces et territoires est nécessaire pour assurer le bon fonctionnement du marché canadien des capitaux (même si l'Ontario n'a pas signé l'entente sur le passeport unique, les autres autorités acceptent le visa de la CVMO comme équivalent à un passeport émis sous la politique, conscientes qu'elles n'ont pas de fait la possibilité d'agir autrement).

[513] La viabilité du nouveau régime requerra elle aussi une application uniforme de ses normes à travers le pays.

[514] Or, la Proposition retient une formule d'adhésion (*opting in*) (art. 250) applicable à l'ensemble de ses dispositions, sauf celles relatives aux infractions criminelles (art. 251), aux ordonnances de communications (art. 252(1)) et à la protection des informateurs (art. 252(2)). Les opposants et mes collègues font alors ressortir que la

formule d'adhésion empêchera une application nationale; en d'autres mots, les provinces opposantes vont refuser d'adhérer et rendre ainsi impossible l'objectif d'uniformité du système proposé. Ils concèdent, par ailleurs, que le cinquième critère serait satisfait si le Parlement adoptait une loi qui s'appliquerait partout au Canada, sans négociation avec les provinces. Ces dernières pourraient ensuite abroger ou maintenir leur loi. Dans le deuxième cas, nous aurions un autre cas de double aspect : une loi fédérale adoptée en vertu du pouvoir fédéral sur les échanges et le commerce (91(2)) et une loi provinciale adoptée en vertu du pouvoir de réglementer les droits civils dans la province (92(13)). Les émetteurs devraient se conformer aux deux lois et, en cas de conflit, la loi fédérale prévaudrait.

[515] On peut résumer leur thèse comme suit : puisque le gouvernement fédéral propose de procéder par entente avec les provinces afin d'éviter la duplication pour les assujettis, le cinquième indice ne peut être présent.

[516] Avec égards pour mes collègues, la formule favorisée pour l'application graduelle de la Proposition m'apparaît non pertinente quant à la détermination de la validité de la Proposition sous l'art. 91(2) de la *Loi constitutionnelle*. Que le Parlement opte pour une application graduelle et négociée de la loi fédérale, plutôt que son application unilatérale par étapes, constitue, encore une fois, un choix politique (*policy choice*). Il ne revient pas aux tribunaux de se servir du cinquième critère pour contrôler un tel choix.

[517] Ce que les opposants en réalité mettent en doute, ce n'est pas que seule une loi nationale peut encadrer efficacement, juridiquement parlant, le marché canadien des capitaux (participants et transactions) dans sa réalité actuelle, mais le fait que la Proposition, si adoptée, ne sera possiblement pas d'application nationale. L'argument tient alors du degré d'efficacité, *de facto*, du système proposé.

[518] Or, d'un point de vue purement factuel, l'argument d'inefficacité du régime proposé n'est pas démontré. En effet, l'Ontario, province où se situe la plus grosse part du marché canadien, tant des émetteurs que des intermédiaires et des investisseurs[33], supporte l'initiative fédérale et promet un transfert à l'Agence d'une expertise importante. Il semble aussi que d'autres provinces, dont la Colombie-Britannique et la Saskatchewan, sont en faveur d'une agence unique fédérale, mais souhaitent des amendements à la Proposition. Entre-temps, ces provinces font partie des dix juridictions qui collaborent avec le Bureau de transition. Tout semble indiquer que si la loi votée par le Parlement accommodait certaines préoccupations politiques, sur lesquelles il ne revient pas aux tribunaux d'aviser, une grande majorité des provinces y adhéreraient.

---

[33] 48 % des entreprises inscrites au TSX sont ontariennes; les entreprises ontariennes représentent 43 % de la capitalisation des entreprises inscrites au TSX et au TSXV; les fonds communs de placement basés en Ontario représentent 81 % des actifs détenus de cette manière; 64 % des autres sont affiliés à des entreprises basées en Ontario.

[519] Pour les provinces fermement opposées à toute agence unique, comme l'Alberta et le Québec, les pressions pour une uniformisation des règles applicables au marché canadien des capitaux ne cesseront pas avec la venue d'une agence fédérale à laquelle adhéreraient sept ou huit provinces et les territoires, bien au contraire. Un refus d'adhérer pour l'instant ne signifie donc pas que tel sera le cas à moyen terme et que l'objectif énoncé au préambule de la Proposition et transpirant de sa partie 15, soit avoir une seule commission pour tout le pays, ne sera pas atteint à moyen terme. Il est plutôt à prévoir que toutes les provinces adhéreront volontairement ou, à tout le moins, adopteront des dispositions similaires au régime fédéral en matière de normes, de responsabilité et de prohibitions. Il en résultera un système de réglementation uniforme ou presque à l'ensemble du pays, même s'il s'avérait en pratique, sous certains aspects, moins efficace qu'anticipé.

[520] Chose certaine, la Proposition ne saurait être invalide constitutionnellement en raison de la menace d'un refus prolongé par une ou plusieurs provinces d'adhérer. Sinon on reconnaîtrait un droit de veto provincial sur l'exercice par le Parlement de sa compétence sous le deuxième volet de 91(2) de la *Loi constitutionnelle*.

[521] En passant, l'adhésion par une province à la Proposition, si adoptée par le Parlement, suivie d'une abrogation de sa loi sur les valeurs mobilières et l'abolition de sa commission, ne constituerait pas une délégation de pouvoir comme ce qui est arrivé en Australie où le parlement fédéral n'avait pas un chef de compétence équivalent à 91(2), mais plutôt la réalisation que la loi fédérale vise des finalités similaires, identiques ou supérieures à celles de la loi provinciale et qu'il n'y a plus de raison de la maintenir, ni sa commission. De la même manière, l'abaissement à 0,05 du taux d'alcoolémie interdit sous le *Code criminel* pourrait justifier les provinces d'abroger les dispositions de leurs lois sur la conduite automobile fixant un tel taux. Rien n'empêcherait une province dans le futur d'adopter une nouvelle loi, puisqu'il est bien établi en droit constitutionnel qu'une législature ne peut se lier pour toujours (François Morel et Herbert Marx, *Droit constitutionnel*, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, chap. 2, section 2), et, alors, les émetteurs devraient se conformer aux deux lois, et en cas de conflit, la loi fédérale prévaudrait comme c'est toujours la règle en matière de double aspect.

[522] Sur le tout, je suis d'avis que le cinquième indice est démontré. Subsidiairement, si la Cour suprême devait conclure qu'il ne l'est pas en raison du processus d'adhésion prévu, il suffirait au Parlement d'adopter une loi d'application obligatoire à travers le pays assortie d'une période de transition pour son entrée en vigueur, par régions ou autrement.

[523] Finalement, certains opposants soutiennent qu'une telle loi ne pourrait constitutionnellement réglementer les opérations strictement intraprovinciales, lesquelles ne représentent d'ailleurs qu'un faible pourcentage des transactions sur le marché canadien des capitaux.

[524] Avec respect, cette position, si elle s'appuie sur certaines anciennes décisions du Conseil privé, ne correspond pas à l'état actuel du droit et constitue une autre tentative de stériliser la compétence du Parlement sous le deuxième volet de 91(2). Une fois l'analyse concluante qu'une législation fédérale est valide sous le chef de la compétence de la réglementation du commerce en général, il est désormais bien établi que celle-ci peut encadrer toutes les transactions, y compris celles qualifiées d'intraprovinciales (*Caloil Inc. c. Procureur général du Canada*, [1971] R.C.S. 543; *General Motors*; *Kirkbi*). En fait, comme l'écrit Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed, vol. 1, à la p. 20-16, cela est logiquement la seule conclusion possible de l'existence du deuxième volet de la compétence sous 91(2) :

> It is important to notice that the general branch of the trade and commerce power authorizes the regulation of intraprovincial trade. Indeed, there would be no need for a general branch of trade and commerce if it did not exceed beyond interprovincial and international trade.

[525] Dans le même sens, les commentaires du juge Dickson dans *General Motors*, précité, p. 681, lorsqu'il rejette l'argument des avocats du Québec que la disposition sur les recours civils devait faire l'objet d'une interprétation atténuée pour exclure les infractions intraprovinciales (voir aussi : Robert Leckey and Eric Ward, précité, p. 273).

[526] Somme toute, l'application de la Proposition aux transactions strictement intraprovinciales constitue un cas d'empiétement accessoire sur la compétence provinciale en matière de transactions locales, lequel est aussi valide que celui des législations provinciales actuelles de valeurs mobilières sur les compétences fédérales en matière commerce extraprovincial et le droit corporatif fédéral.

* * * * *

[527] En conclusion, je suis d'avis que le Parlement peut validement adopter la Proposition afin de réglementer tous les participants du marché canadien des capitaux, un marché intégré et critique à l'économie du pays, dont les transactions sont essentiellement extraprovinciales, en vertu de sa compétence en matière d'échanges et de commerce en général (art. 91(2) *Loi constitutionnelle*).

Commentaires sur les titres 12 et 13

[528] Quoique cela n'était pas vraiment soulevé par les opposants, j'ai questionné les avocats à l'égard des titres 12 et 13 qui créent et encadrent des recours civils. Le titre 12 « responsabilité civile » contient 24 articles : art. 169 à 193, et le titre suivant, « responsabilité civile liée aux obligations d'information sur le marché secondaire », en contient 25 : art. 194 à 219. On y parle de prescription, de calcul des dommages, de moyens de défense, du droit d'appel, etc. De plus, les recours y décrits ne sont pas nouveaux, existant déjà en vertu de lois provinciales sur les valeurs mobilières (au

Québec, ce genre de recours est régi par une loi particulière harmonisée avec les autres provinces et non par le Code civil[34]). Ces recours continueraient d'ailleurs à s'exercer devant les tribunaux provinciaux et à être régis pour le reste par les règles provinciales de preuve, de procédures et de droit substantif supplétif. Clairement, on y traite de droit d'action de nature civile, ce qui relève en principe de la compétence provinciale sur les droits civils.

[529] Dans l'affaire *General Motors*, la nouvelle loi sur la concurrence ajoutait un recours civil en cas de violation. Ce nouveau recours, découlant nécessairement d'une condamnation pénale, devait être institué devant la Cour fédérale. L'art. 31.1 de cette loi énonçant un délai de prescription, les modalités de preuve de la condamnation pénale et le montant des dommages pouvant être accordé. Sa constitutionnalité était attaquée, indépendamment de celle de la loi. Au nom de la Cour suprême, le juge Dickson écrit à la p. 648 :

> La principale question que soulève ce pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23. L'article 31.1 établit un droit d'action de nature civile à l'égard de certaines infractions à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. C'est ce fait qui jette le doute sur la constitutionnalité de l'article : il appartient aux provinces d'établir un droit d'action de nature civile. La question essentielle que soulève ce pourvoi est de savoir si la constitutionnalité de l'art. 31.1 peut néanmoins être confirmée en raison de son rapport avec la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Pour répondre à cela, il faut examiner deux points : premièrement, la Loi est-elle valide en vertu de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce qui est conférée au par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Deuxièmement, l'art. 31.1 est-il si intimement lié à la Loi qu'il est lui aussi constitutionnel en vertu du par. 91(2)?
>
> The principal issue in this appeal is the constitutional validity of s. 31.1 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. Section 31.1 creates a civil cause of action for certain infractions of the *Combines Investigation Act*. It is this fact which makes the section constitutionally suspect: a civil cause of action is within the domain of the provinces to create. The essential question raised by this appeal is whether s. 31.1 can, nevertheless, be upheld as constitutionally valid by virtue of its relationship with the *Combines Investigation Act*. Answering this question requires addressing two issues: first, is the Act valid under the federal trade and commerce power, expressed in s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*; and second, is s. 31.1 integrated with the Act in such a way that it too is *intra vires* under s. 91(2).

[34] *Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2007, ch. 15.

[je souligne]

[530] En l'espèce, j'ai conclu que la Proposition est valide en vertu de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce en général. Quant au deuxième point, je suis d'avis que ces deux titres sont valides puisque le lien nécessaire, au sens de l'arrêt *General Motors*, existe entre eux et le régime proposé. Ces titres sont bien conçus comme partie intégrante du régime proposé. Les recours qu'ils créent servent simplement à renforcer les interdictions, obligations et sanctions énoncées à la Proposition. Ils n'ont de sens que par rapport aux autres dispositions de la Proposition et n'ont pas de contenu indépendant. Ils permettent des recours de nature privée par les investisseurs uniquement en cas de violation de la loi et ne créent pas un droit général d'action. L'empiétement de ces dispositions réparatrices sur la compétence provinciale est minime. Pris ensemble ou séparément, les recours de nature civile, administrative ou criminelle ont un effet dissuasif contre la violation des obligations et prohibitions prescrites par la loi proposée. Les deux titres permettent de conjuguer les actions de l'Autorité et les initiatives privées en vue d'inciter au respect de la loi.

[531] De plus, dans la mesure où ces recours découlent de la relation entre l'investisseur/actionnaire et la société ou ses dirigeants, ils constituent du droit corporatif fédéral dans le cas des sociétés de droit fédéral et sont, de ce fait, valides (*Multiple Access* et *Reference re Constitutionality of validity of s. 110 of the Dominion Companies Act*, précités).

[532] Je termine en soulignant que laisser aux provinces ce genre de recours pourrait compromettre l'efficacité du régime proposé et encourager le *forum shopping* par les émetteurs ou dirigeants moins soucieux de satisfaire leurs obligations. C'est d'ailleurs un des motifs qui ont amené les provinces à harmoniser leur loi respective pour mettre en place des recours similaires.

La *Loi d'exécution du budget de 2009*

[533] Les art. 295 et 296 de la *Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, ch. 2, ne font que permettre au ministre des Finances du Canada de conclure des arrangements financiers et des accords avec les provinces.

[534] Quant à l'art. 297, il édicte la *Loi sur le Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières*, dont l'art. 3 constitue le Bureau de transition, un organisme qui sera dissout en 2012 ou 2013 (art. 17 de la loi). La mission du Bureau est « de concourir à l'établissement d'un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières et à la constitution d'une autorité administrative canadienne » (art. 10 de la loi). Quant à ses attributions, elles sont ainsi précisées aux art. 11 à 13 de la loi : élaborer un plan de transition, consulter et informer. Aucune compétence réglementaire ne lui est attribuée.

[535] A mon avis, la constitution d'un tel organisme n'est qu'une des manifestations du pouvoir de dépenser du fédéral, comme l'est manifestement l'art. 295 de la *Loi d'exécution du budget de 2009*. Quant à l'art. 296, il ne fait qu'habiliter le ministre des Finances à conclure, au nom du gouvernement du Canada, des accords avec les provinces.

[536] La validité des art. 295, 296 et 297 de la *Loi d'exécution du budget de 2009* ne m'apparaît aucunement douteuse. D'ailleurs, le Procureur général de l'Alberta ne la conteste plus et celui du Québec n'insiste pas.

[537] Malgré cela, la majorité conclut en l'invalidité de l'art. 297. Cela signifie rien de moins qu'une déclaration d'invalidité de la *Loi sur le Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières,* dans son ensemble. Faut-il alors que le Bureau de transition cesse immédiatement ses opérations, congédie son personnel et plie bagage? Que le Procureur général du Canada demande d'urgence une demande de sauvegarde à la Cour suprême du Canada?

Remarques finales

[538] Pour reprendre une expression du milieu, nous ne sommes pas en présence d'une *prise de contrôle hostile* d'une compétence provinciale par le fédéral comme le plaident certaines parties, mais plutôt de la conséquence juridique d'une transformation graduelle, mais radicale, de la réalité concrète du marché des capitaux, marché devenu pancanadien, intégré et vital pour des milliers d'entreprises diverses, caractérisé essentiellement par des transactions interprovinciales et internationales.

[539] Avec égards pour mes collègues, leur analyse revient à affirmer que la Constitution fige dans le temps la compétence sur une matière ou un domaine d'activités, indépendamment de toute évolution organique ou opérationnelle subséquente. Selon eux, puisque les tribunaux ont historiquement reconnu aux provinces la compétence de réglementer le commerce des valeurs mobilières, il s'ensuit que la réglementation par une loi générale de tous les aspects du marché canadien des capitaux ne peut désormais être faite par le Parlement.

[540] La permanence de l'assujettissement est certes le cas lorsque l'entreprise ou l'activité est un sujet confié nommément en exclusivité à un ordre de gouvernement par *la Loi constitutionnelle*, comme le service postal ou les hôpitaux, mais non à l'égard d'une matière dont elle ne traite pas spécifiquement. Dans ce dernier cas, la réglementation pour être valide doit se rattacher à un chef de compétence confiée à un ou l'autre des ordres de gouvernement à l'égard des activités réelles de l'entreprise. Plus les activités associées à une matière ou un domaine d'activités non énuméré spécifiquement à la *Loi constitutionnelle* seront étendues, plus la possibilité qu'une myriade de compétences soient mises en cause pourra se réaliser.

[541] La *Loi constitutionnelle* reconnaît à son art. 92(10) a) que la réalité opérationnelle d'une entreprise est un aspect critique pour déterminer à quelle compétence elle se rattache. Ainsi, une compagnie de chemin de fer local ou provincial est régie par la Législature de la province concernée, alors que la compagnie opérant un chemin de fer interprovincial est régie par le Parlement (*Montreal (City) v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333). Cela signifie aussi qu'une modification de la nature des activités d'une entreprise peut entraîner un changement quant au rattachement à un chef de compétence. L'entreprise locale de transport dont les activités s'étendent avec le temps à l'extérieur des limites de la province devient régie par le Parlement (*Ontario (Attorney General) v. Winner*, [1954] A.C. 541). Par contre, l'entreprise de transport interprovincial et international qui réorganise ses opérations pour se concentrer sur la logistique du transport, ce dernier étant sous-contracté à des tiers, deviendra une entreprise non pas de transport mais d'expédition de marchandises régie par la province où est situé son bureau (*Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, [2009] 3 R.C.S. 407, 2009 CSC 53).

[542] Le même principe s'applique à l'égard des entreprises autres que celles mentionnées à 92 (10), notre droit constitutionnel admettant que la transformation ou réorganisation d'une entreprise ou d'un secteur d'activités peut résulter en un assujettissement à un nouveau chef de compétence, et ce, dans un sens ou dans l'autre. Ainsi, la réorganisation d'une entreprise fédérale de télécommunications qui entraîne le délestage de certains services, comme celui de l'assistance annuaire, pour le confier à des tiers, fait en sorte que les relations de travail dans ce secteur cessent d'être régies par le Parlement pour devenir sous contrôle provincial. L'aéroport international qui engage des salariés pour faire l'entretien et la maintenance de ses édifices verra ces derniers assujettis au *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985) ch. L-2. Par contre, si la direction de l'aéroport choisit de sous-contracter sporadiquement cette activité, les employés y affectés seront assujettis au code provincial du travail applicable au lieu du travail (*Construction Montcalm inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754). Il en va de même de l'entreprise locale de sirop d'érable qui décide de vendre ses produits à l'ensemble du pays. Elle devra désormais respecter les normes fédérales en matière de langue d'affichage et de contenu des produits; en somme, sa nouvelle réalité opérationnelle l'assujettira à des chefs de compétence fédérale qui ne pouvaient s'appliquer auparavant en raison de la nature strictement locale ou intraprovinciale de ses activités.

[543] Dans aucun des cas mentionnés aux paragraphes précédents, il n'y a un transfert de compétence législative entre les ordres de gouvernement et encore moins une perte d'un chef de compétence, mais uniquement la reconnaissance que la transformation de la réalité opérationnelle de l'entreprise l'assujettit à de nouvelles règles qui peuvent résulter, comme en l'espèce, en des cas de double aspect. Cela n'entraîne évidemment aucune instabilité constitutionnelle et n'implique aucune réinterprétation des compétences conférées aux deux ordres de gouvernement. Je ne vois pas pourquoi il en irait autrement du marché des capitaux.

Conclusion

[544] En résumé, puisque le caractère véritable de la Proposition est l'encadrement de tous les participants du marché des capitaux, un marché pancanadien et intégré, caractérisé par des transactions essentiellement extraprovinciales et internationales, critique au financement de milliers d'entreprises œuvrant dans tous les secteurs de l'économie du pays, le tout sous la supervision d'une agence nationale, je suis d'avis que le Parlement peut l'adopter validement en vertu de sa compétence sous l'art. 91(2) de la *Loi constitutionnelle*.

[545] Pour ces motifs, je réponds donc non à la question soumise.

PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.