

Droit public

Le téléphone et la Constitution : l'affaire *Alberta Government Telephones*

François Chevette

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

Les hasards de la contestation judiciaire de nature constitutionnelle sont étranges. Une banale affaire de prostitution peut se muer en un dossier constitutionnel porté jusqu'en Cour suprême, alors même que la question de savoir qui, d'Ottawa ou des provinces, a compétence sur le téléphone est demeurée sans réponse certaine pendant près d'un siècle. Et ce n'est pas que les occasions de déclencher un litige constitutionnel à ce dernier sujet aient pu faire défaut. Par les moyens qu'on verra, les autorités, fédérales et provinciales, réglementent le réseau téléphonique depuis bien longtemps, parfois dans des climats de grande tension. Combien il aurait été facile de contester la compétence des unes ou des autres pour ce faire !

Autre remarque préliminaire : le droit constitutionnel est généralement considéré comme un droit tout fait de nuances. L'observation elle-même mérite d'être nuancée. En effet, la souplesse du raisonnement ne se reflète pas toujours dans les conclusions des jugements, il s'en faut, et sans même que ce soit le fait des juges. Dans une bonne mesure, l'affaire qu'on s'apprête à analyser paraît illustrer cela. Le droit constitutionnel canadien au chapitre du partage des

compétences, qui prend généralement appui sur un texte ancien, est-il vraiment apte à solutionner les conflits où les données technologiques — et leur résultante économique — ont l'importance qu'elles avaient dans l'affaire que voici ?

En Alberta, et cela depuis toujours, le téléphone est une affaire largement gouvernementale ; c'est aussi le cas au Manitoba et en Saskatchewan. *Alberta Government Telephones* — ou plus précisément la « Commission des services téléphoniques du gouvernement de l'Alberta » —, qui possède et gère le réseau téléphonique albertain, est un organisme public, que sa loi constitutive érige en « mandataire de la Couronne du chef de l'Alberta »¹. Elle se trouve, à tout le moins théoriquement, soumise au pouvoir réglementaire de l'*Alberta Public Utilities Board*.

En 1982, Télécommunications CN-CP s'adressa au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (ci-après « CRTC ») afin que celui-ci émette diverses ordonnances ayant pour effet de permettre au requérant d'utiliser, moyennant compensation, certaines installations de

1. *Alberta Government Telephones Act*, R.S.A. 1980, c. A-23, art. 42(1). Cette loi date de 1958 (S.A. 1958, c. 85). La première loi albertaine sur la question remonte à 1908. *An Act respecting Government Telephone and Telegraph Systems*, S.A. 1908, c. 14.

Alberta Government Telephones (ci-après « AGT »), le tout en vue de faciliter les échanges entre ses systèmes et ceux d'AGT. Cette demande s'autorisait de certaines dispositions de la loi fédérale sur les chemins de fer², les liens entre ceux-ci et l'ancien télégraphe expliquant sans doute que cette loi régisse aujourd'hui les télécommunications modernes. Bien évidemment, il fallait, pour que la requête soit recevable, qu'AGT soit de quelque façon soumise à la juridiction de cet organisme fédéral qu'est le CRTC, à la fois constitutionnellement et législativement si l'on peut dire. AGT prétendit qu'elle échappait à cette juridiction, et ce à l'un et à l'autre de ces deux niveaux.

Constitutionnellement, AGT se qualifia comme une entreprise de nature simplement locale, au sens de l'alinéa introductif de l'article 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*³, et sur laquelle la province a une compétence exclusive, et non comme une entreprise « reliant la province à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province », ce dernier type d'entreprise étant de compétence fédérale exclusive par l'effet combiné des articles 92(10) alinéa a) et 91(29)

de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À titre subsidiaire, AGT alléguait échapper législativement à la juridiction du CRTC, au motif que, mandataire de la Couronne, la loi fédérale pertinente devait la viser expressément pour qu'elle y soit assujettie. Comme ce n'était pas le cas, elle bénéficiait, concluait-elle, de l'immunité, statutaire et de *Common Law*⁴, de la Couronne face aux lois, et se trouvait par conséquent à échapper à l'emprise de la loi fédérale.

L'affaire fut jugée d'abord par le juge Reed, de la division de première instance de la Cour fédérale⁵, ensuite par le juge Pratte — avec l'appui des juges Heald et Urie — de la division d'appel de cette même Cour⁶, enfin par la Cour suprême⁷, le juge en chef Dickson rendant jugement pour lui-même et cinq de ses collègues, encore que sur un point l'un de ceux-ci, le juge Wilson, ait exprimé un avis dissident.

Nous nous pencherons successivement sur la notion d'entreprise interreliante et sur celle d'immunité interjuridictionnelle, ces deux notions ayant été au cœur de l'argumentation soumise et des trois jugements rendus dans la présente affaire.

2. *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2, maintenant S.R.C. 1985, c. R-3.

3. 1867, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3. On parlera tout simplement ci-après de « la Constitution ».

4. L'article 16 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. I-23 (maintenant art. 17, S.R.C. 1985, c. I-21 qui se lit : « Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur ses droits et prérogatives ») se lisait ainsi : « Nul texte législatif de quelque façon que ce soit ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet à l'égard de Sa Majesté ou sur les droits et prérogatives de Sa Majesté, sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue ». Cette formulation vient de S.C. 1967-68, c. 7. Auparavant, l'article se lisait comme suit : « Nulle prescription ou disposition d'une loi n'atteint de quelque façon les droits de Sa Majesté, de ses héritiers ou de ses successeurs, à moins qu'il n'y soit formellement stipulé que Sa Majesté y est soumise ». Sur l'immunité statutaire et de *Common Law*, voir notamment : Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1985, pp. 218 à 221.

5. *Alberta Government Telephones c. CRTC*, [1985] 2 C.F. 472.

6. *CNCP c. Alberta Government Telephones*, [1986] 2 C.F. 179.

7. *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, [1989] 2 R.C.S. 225.

La notion d'entreprise interreliante

L'argumentation d'AGT peut être résumée fort simplement de la façon suivante. Comme ses installations de télécommunication et sa clientèle sont en Alberta — à l'exception d'une enclave en Saskatchewan, la ville de Lloydminster, qu'elle dessert —, le caractère véritable de son activité est local ou intraprovincial. Et ce n'était pas la simple interconnexion de son réseau aux frontières albertaines avec la Saskatchewan, la Colombie-Britannique, les Territoires du Nord-Ouest et l'État du Montana, grâce à l'émission de micro-ondes à partir de tours, qui, à son dire, pouvait y changer quelque chose. Après tout, la Cour suprême n'a-t-elle pas décidé, il n'y a pas si longtemps, qu'étaient des ouvrages locaux, un chemin de fer⁸ et des lignes de transmission d'électricité⁹, qu'on projetait de construire et de relier ensuite, le premier avec un chemin de fer américain et pour le transport international du charbon, les secondes avec les lignes de transmission d'une autre province? *A fortiori* AGT était-elle à tous égards une entreprise albertaine, œuvrant uniquement en Alberta et au profit des résidents de cette province. Et si l'usage devait avoir en la matière quelque pertinence, AGT nous rappellerait sans doute que, dans l'ensemble du pays, ce sont traditionnellement les provinces qui réglementent les entreprises de téléphone, à

quelques notables exceptions près, en particulier Bell Canada (pour l'Ontario et le Québec) et British Columbia Telephone Company, deux compagnies ayant fait l'objet d'une déclaration d'avantage général de la part du Parlement central¹⁰. Et AGT aurait sans doute aussi le goût d'ajouter: « [W]hen you have a telecommunications system among the world's best you should not "mess" with the regulatory framework which has put it there »¹¹.

On a beaucoup discuté de la question de savoir lequel, du droit ou du fait, va le premier ou au contraire traîne le pas derrière l'autre. Mais une évidence nous est révélée par la présente affaire: le droit et le fait sont bien loin de toujours concorder.

La cause d'AGT, faut-il le dire, était difficile, voire mauvaise. Et le résultat de l'affaire au point de vue constitutionnel, résultat auquel on en arrive à l'instant, fut assez peu surprenant. S'il est vrai que les États-Unis se sont d'abord soudés ensemble par réaction à une métropole opprimante, il ne l'est pas moins que la fédération canadienne a eu dès le départ, et beaucoup plus prosaïquement, grand souci pour les chemins de fer et les canaux. En son article 92(10), notre Constitution donne donc au Parlement central pleine et exclusive compétence sur « chemins de fer, canaux, télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la

8. *Kootenay and Elk R. Co. c. Canadien Pacifique*, [1974] R.C.S. 955.

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

10. Art. 92(10) alinéa c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sur le pouvoir déclaratoire fédéral, voir notamment François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, pp. 922 à 924.

11. Commentaire fait souvent et que formule ainsi Richard A. BRAIT dans son étude « The Constitutional Jurisdiction to Regulate the Provision of Telephone Services in Canada », (1981) 13 *Ottawa L. Rev.* 53, 60.

province ». Disposition de portée éminemment physique et géographique, si l'on peut dire, et qui n'a aucun correspondant chez nos voisins américains, elle tranche, comme au couteau et sans subtilité, dans le territoire. Une structure physique ou une organisation¹² de fourniture de services est-elle interreliante, elle relève d'Ottawa. Dix juges ont eu à décider si AGT était de cette nature. Ils ont tous répondu affirmativement et l'ont tous déclarée être de compétence fédérale. Pourquoi ?

C'est d'abord que l'article 92(10) alinéa a) doit s'interpréter comme il se lit, c'est-à-dire comme portant sur l'entreprise interreliante elle-même — qui n'a même pas besoin de s'étendre au-delà de la province — et sur tout ce qui s'y passe, et non pas seulement sur certaines de ses utilisations fonctionnelles particulières. Par exemple, il a été décidé dans le fameux arrêt *Winner*¹³ qu'un service d'autobus reliant l'État du Maine à la Nouvelle-Écosse relevait du pouvoir central, et ce, même quant à l'activité de transport intraprovincial de passagers qu'il exerçait sur son parcours à l'intérieur du Nouveau-Brunswick. En ce sens, et en raison de la nature assez singulière de la compétence dont il s'agit, il était difficile pour AGT de se prétendre

entreprise locale du fait qu'elle n'avait de clients, d'abonnés et d'équipement qu'en Alberta. Bien plutôt la question était-elle de savoir ce que faisait AGT, d'un point de vue fonctionnel et organisationnel et dans le cadre de ses activités normales et régulières.

Pour en décider, les juges¹⁴ ont pris en compte trois facteurs : l'équipement, les services et l'organisation.

On a évoqué plus haut les interconnexions d'AGT par micro-ondes aux frontières albertaines. Des câbles souterrains sont aussi utilisés, ainsi que des liaisons par satellite à partir de stations terrestres, en collaboration avec Télésat Canada. AGT, en plus de transmettre à l'extérieur de la province les signaux des téléphones de ses abonnés et d'acheminer à ceux-ci les messages venant aussi de l'extérieur, sert de relais pour les transmissions en provenance et à destination de l'extérieur. Il est donc peu douteux que l'exigence de l'interrelation ait été en l'occurrence satisfaite. Mais les juges ont aussi pris en compte le facteur des services. Et, comme on le devine, il ne fut guère difficile d'établir qu'AGT offrait, sur une base importante et régulière, des services dits de base — appels locaux, interurbains, interprovinciaux et internationaux — et

12. On convient généralement que le concept d'« ouvrages » de l'article 92(10) réfère à quelque chose de matériel, un chemin de fer ou un pipe-line par exemple. Quant à l'« entreprise », ce [Traduction] « n'est pas une chose matérielle, mais une organisation dans laquelle, cela va de soi, on utilise des choses matérielles ». *In re la réglementation et le contrôle de la radiocommunication au Canada*, [1932] A.C. 304, 315.

13. [Traduction] *Procureur général de l'Ontario c. Winner*, [1954] A.C. 541.

14. Nous n'entendons pas limiter ici nos commentaires au seul jugement de la Cour suprême. Certes, et spécialement en matière constitutionnelle, ce sont surtout les décisions de celle-ci qui sont lues et commentées. Mais il suffit de se pencher avec attention sur une affaire comme la présente pour constater combien la qualité du travail des autres cours — en particulier ici l'excellent jugement du juge Reed — peut faciliter la tâche du tribunal de dernière instance.

des services autres que de base, c'est-à-dire une variété de services de télé-informatique (téléimprimeur, téléscripteur, et autres), le tout avec en chaque cas une tarification particulière et appropriée.

Plus intéressante est l'analyse faite par les juges de cette organisation pancanadienne dont AGT est partie. Le Réseau téléphonique transcanadien (« RTT »), aujourd'hui Télécom Canada, est un organisme sans personnalité juridique, créé en 1931 et qui comprend maintenant dix membres¹⁵, trois seulement ayant été à ce jour régis par le CRTC¹⁶ et les autres l'ayant été par les provinces où ils opéraient. Ce consortium, à structure flexible, opère par l'intermédiaire d'un conseil d'administration où siège chacun de ses membres et par l'intermédiaire de comités spécialisés. Il gère notamment deux importants accords conclus entre ses membres. Un accord de représentation lui permet de traiter, au nom de ceux-ci, avec des tiers (par exemple Téléglobe Canada, entreprise de télécommunications outre-mer); et un complexe accord de raccordement l'amène à statuer, entre autres questions, sur les tarifs, leur perception et leur partage¹⁷, ce qui fait de Télécom Canada la chambre de compensation de la téléphonie canadienne. Il peut paraître surprenant qu'un arrangement aux termes duquel par exemple un tarif donné doit être approuvé à l'unanimité par Télécom Canada, puis par l'autorité fédérale ou

provinciale compétente, selon la compagnie dont il s'agit, ait pu fonctionner commodément. Mais il semble que ce fut le cas.

Qu'ont retenu de tout cela les juges dans la présente affaire? Combinant le facteur de l'équipement, des services et de la participation d'AGT à Télécom Canada, ils ont conclu — et comment faire autrement? — qu'AGT était une entreprise de télécommunications de compétence fédérale. De même que le fédéralisme ne résout pas toujours bien les conflits, il ne favorise pas toujours non plus la continuation de la bonne entente. Une coopération interprovinciale *de facto* peut engendrer sa propre destruction *de jure*. Le présent cas est, de cela, une bonne illustration.

Ajoutons tout de suite que, sur la question constitutionnelle dont il s'agit ici, aucun des trois jugements dans la présente affaire ne fait montre d'une faille sur laquelle on puisse mettre une insistance particulière. En l'état actuel du droit, il était correct de s'enquérir de ce que faisait, sur le plan pratique et fonctionnel, AGT. Il était correct aussi de ne guère accorder d'importance à l'absence de personnalité morale de Télécom Canada, produit d'une collaboration de fait de ses membres. La structure corporative a généralement peu à voir avec la notion d'entreprise interreliante. Plusieurs entités corporatives peuvent ne composer qu'une seule entreprise,

15. Alberta Government Telephones, British Columbia Telephone Company, Saskatchewan Telecommunications, Manitoba Telephone System, Bell Canada, New Brunswick Telephone Company Limited, Maritimes Telegraph and Telephone Company Limited, Island Telephone Company Limited, Newfoundland Telephone Company, Télésat Canada.

16. British Columbia Telephone Company, Bell Canada, Télésat Canada.

17. Sauf pour les appels intraprovinciaux et les appels entre provinces adjacentes.

ou une seule, se décomposer en plusieurs¹⁸, tout dépendant de ce qui est fait et de la façon dont on le fait. Mais, si souple qu'on soit en tout cela, l'argument d'AGT selon lequel c'est elle qui, en tant que membre, agissait dans le cadre de Télécom Canada, ce dernier n'étant que son porte-voix, n'avait aucune force particulière. Tout au plus servait-il à montrer qu'AGT était un véritable télécommunicateur extraprovincial, membre d'un consortium poursuivant le même objectif.

Et les deux arrêts sur les chemins de fer et les lignes de transmission d'électricité qu'on a cités plus haut¹⁹ ne servaient à la vérité guère mieux la cause d'AGT. Dans les deux cas, il s'agissait de construire et d'interrelier²⁰, d'où compétence provinciale à cet effet. Mais aussi dans les deux cas, la Cour suprême avait explicitement préservé l'existence de la compétence fédérale sur l'utilisation ultérieure des

réseaux, ce qui est au fond ce qui importe. Après tout, il faut bien que les choses commencent quelque part, quitte à ce qu'on puisse se réserver le droit de superviser par la suite²¹!

Mais la question qui vient immédiatement à l'esprit est la suivante : est-ce AGT dans la totalité de ses activités qui est de compétence fédérale, ou l'Alberta conserve-t-elle un droit de regard sur le volet intraprovincial de son entreprise? Sur ce point, le juge en chef Dickson écrit :

Permettez-moi de dire au départ qu'aucune partie ni aucun intervenant n'ont tenté en l'espèce de faire valoir l'existence d'une compétence partagée où les aspects intraprovinciaux ou locaux des opérations de l'AGT relèveraient de la province alors que les aspects interprovinciaux et internationaux relèveraient du Parlement. C'est une question de tout ou rien.

18. Une entreprise de débardage ou d'arrimage distincte des compagnies de transport maritime qu'elle dessert pourra former avec elles une seule entreprise fédérale (*Reference re Validity of the Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529, 536, 569 et 574), alors qu'un chemin de fer et un hôtel seront des entreprises distinctes, même si le second est la propriété du premier (*C.P.R. c. A.G. for B.C.*, [1950] A.C. 122). Ce n'est pas dire toutefois que les relations corporatives et financières n'ont absolument aucune pertinence pour déterminer si l'on est en présence ou non d'une entreprise fédérale unique. Voir : Colin H. McNAIRN, « Transportation, Communication and the Constitution : The Scope of Federal Jurisdiction », (1969) 47 *R. du B. can.* 355, 375-381.

19. *Supra*, notes 8 et 9.

20. Dans l'affaire *Kootenay*, précitée, note 8, on s'était objecté, sans succès, à ce qu'une compagnie construise un chemin de fer destiné à être interreliant parce qu'elle était d'incorporation provinciale et qu'elle ne pouvait avoir, prétendait-on, que des activités de compétence provinciale. Aussi sans succès, on avait nié, dans l'affaire *Fulton*, précitée, note 9, à une régie publique albertaine, la *Energy Conservation Board*, le pouvoir d'autoriser la construction et l'interconnexion de lignes de transmission d'électricité, au motif ici encore que la question était de compétence fédérale. Les raisons que le juge en chef Laskin, dans cette dernière affaire, a soumises à l'appui de la compétence provinciale ne sont pas toujours convaincantes. Sa conclusion paraît toutefois bien fondée, vu qu'on n'en était qu'à l'étape de l'installation des lignes ; et un auteur a suggéré un parallèle entre cet arrêt et *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754. Voir : K. LYSYK, « Developments in Constitutional Law : The 1980-81 Term », (1982) 3 *S.C. Law Rev.* 65, 87.

21. Sur la question de savoir si la compétence fédérale sur l'entreprise ou l'ouvrage interreliant peut s'exercer avant qu'il n'existe, voir : C.H. McNAIRN, *loc. cit.*, note 18, pp. 362 à 365.

*Il ressort clairement de la jurisprudence que si un ouvrage ou une entreprise relève de l'al. 92(10)a, la province perd compétence à son égard et le Parlement fédéral exerce une compétence exclusive.*²²

Ce serait aller vite en besogne, si la divisibilité des activités d'AGT avait été plaidée, ce qui ne fut pas le cas, et probablement pour de bonnes raisons. Car en effet, conclure que, sur une entreprise fédérale, Ottawa exerce une compétence fédérale exclusive laisse absolument intacte la difficulté de déterminer ce qu'est une entreprise fédérale. Mais la remarque du juge en chef Dickson indique bien qu'à l'image de la compétence fédérale qu'ils avaient à interpréter, lui-même et ses cinq collègues avaient assez peu d'inclination pour les nuances et les divisions.

Des auteurs²³ ont pourtant soutenu que les services téléphoniques intraprovinciaux formaient une entreprise distincte, mettant l'insistance sur le fait qu'à la différence des systèmes de câblodistribution déjà examinés par la Cour suprême²⁴, et qui ne faisaient qu'acheminer les messages captés par une antenne de télévision, un service intraprovincial de téléphone n'est pas, par définition, un simple conduit pour des communications extraprovinciales. Selon eux, le caractère local de pareil service, attesté par les particularités

de ses besoins, de ses tarifs et de sa facturation, était clair et le faisait relever de la province. Par contre, le juge Reed observe dans la présente affaire :

*Les mêmes appareils, lignes et réseaux micro-ondes téléphoniques servent à des fins locales, interprovinciales et mêmes internationales. Il est clair que de nombreux employés d'AGT travaillent à fournir un service autant extra-provincial qu'intraprovincial, sans distinction.*²⁵

Et un peu plus loin :

*AGT offre à ses abonnés des services de télécommunications locaux, interprovinciaux et internationaux. Ses installations matérielles servent à fournir ces trois services, sans distinction — ils sont totalement intégrés. D'ailleurs on ne pourrait séparer le local de ce qui ne l'est pas sans émasculer l'entreprise qu'est AGT dans son état actuel.*²⁶

Il est clair qu'on en est tout simplement revenu à ce qu'écrivait Lord Macnaghten il y a 84 ans dans *Toronto Corporation c. Bell Canada* :

[Traduction] L'entreprise de Bell Canada n'était pas plus un ensemble d'affaires distinctes que l'entreprise d'une compagnie de télégraphe qui possède une ligne de longue distance en même temps qu'un service

22. *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, précité note 7, 256 et 257.

23. Voir notamment : William R. LEDERMAN, « Telecommunications and the Federal Constitution of Canada », dans H. Edward ENGLISH (dir.), *Telecommunications for Canada : An Interface of Business and Government*, Toronto, Methuen, 1973, p. 339, aux pages 373 et 374 ; R.A. BRAIT, *loc. cit.*, note 11, 71.

24. *Capital Cities Communications Inc. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141 ; *Régie des services publics c. Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191.

25. *Alberta Government Telephones c. CRTC*, précité, note 5, 479.

26. *Id.*, 484.

local, ou que l'entreprise de chemins de fer qui peut avoir un fort trafic suburbain et des centaines de milles de voie ferrée communiquant avec des localités éloignées.²⁷

Mais ce fut, on en conviendra, après une longue période de flottement, ce qui seul est de nature à expliquer qu'un juriste aussi avisé que le juge Pigeon ait pu écrire, dans son opinion, par ailleurs dissidente, dans l'arrêt *Dionne* :

À l'exception du réseau de la Compagnie de Téléphone Bell qui a été constituée en entreprise interprovinciale et que le Parlement a déclarée être à l'avantage général du Canada, les compagnies de téléphone relèvent en général de la compétence provinciale.²⁸

S'il ne laisse guère de place à la distinction entre l'entreprise locale et l'entreprise extraprovinciale de téléphone d'AGT, le présent arrêt, sans nul doute applicable à toutes les compagnies membres de Télécom et opérant comme AGT, aurait-il pour effet de préserver la compétence provinciale sur les autres compagnies — Québec Téléphone ou Edmonton Telephones par exemple — qui sont à la fois liées et reliées aux premières,

par des accords et des raccordements ? Bien que l'arrêt ne donne aucune indication directe à ce sujet, cela est douteux. La participation d'AGT à Télécom Canada n'a constitué dans la présente affaire qu'un indice parmi d'autres, encore que fort important. En matière d'entreprise interreliante, le critère de l'entité corporative est beaucoup moins important que celui de l'intégration fonctionnelle. De même qu'il serait difficile de prétendre que le contrôle financier exercé par Bell Canada sur certaines compagnies des Maritimes en fait à lui seul des entreprises fédérales, il serait difficile aussi de voir un résidu d'activités, relevant des provinces, dans celles qu'exercent les compagnies de téléphone non membres de Télécom Canada²⁹. « C'est une question de tout ou rien », comme l'écrivait le juge en chef Dickson à propos, il est vrai, d'une autre question, mais fort ressemblante à celle-ci.

C'est l'évolution technologique et sa résultante économique, soit une compétition accrue et à accroître, qui sont à l'origine de cette affaire, sinon de cet arrêt ! Le système « *one company — one regulator* », vénéré et depuis toujours préféré à l'autre (le système

27. *Toronto Corporation c. Bell Canada*, [1905] A.C. 52, 59. C'était à ce jour la seule décision constitutionnelle de haute instance concernant le téléphone.

28. *Régie des services publics c. Dionne*, précité, note 24, 203.

29. Sur le contrôle de Bell Canada sur certaines compagnies des Maritimes, voir notamment : R.A. BRAIT, *loc. cit.*, note 11, 75 et suiv. On notera que dans une affaire qu'a tranchée la Cour suprême en même temps que la présente et qui concernait aussi AGT, (*infra*, note 48), le Conseil canadien des relations du travail a conclu, d'une part qu'AGT était une entreprise fédérale même sans égard à sa participation à Télécom Canada, d'autre part que le simple fait d'acheminer des appels extra-provinciaux n'était pas suffisant pour la rendre de compétence fédérale. Elle l'est à l'une ou l'autre des conditions suivantes : [traduction] « (1) elle fait elle-même les raccordements entre les provinces ; (2) elle fait partie d'une entreprise plus large qui est extra-provinciale ». Voir : *Alberta Government Telephones and Int'l Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 348*, (1987) 13 C.C.R.B.R. n.s. 313, 327 et 328.

« two-tiered »), qui prévaut aux États-Unis, est maintenu, sous réserve d'un changement du « one regulator » allant dans le sens de l'uniformité fédérale. Se trouvent cependant clairement remises en cause cette forme d'attachement de plusieurs provinces à leurs compagnies de téléphone et cette croyance que chacune de ces compagnies n'opérerait bien qu'en ayant son territoire, forme de monopole géographique³⁰. Un peu comme l'hydro-électricité, la téléphonie a des racines provinciales profondes et elle « parle » aux sentiments en certains coins du pays. Dès lors, il est amusant de constater que dans son arrêt, bien sûr pour une raison technique qu'on a évoquée au début et à laquelle on revient, la Cour suprême a ainsi conclu : AGT est de compétence fédérale mais, dirigeants fédéraux, n'y touchez pas sans confesser d'abord publiquement et par écrit vos intentions !

La notion d'immunité interjuridictionnelle

L'applicabilité des lois provinciales au gouvernement fédéral et l'applicabilité des lois fédérales aux gouvernements provinciaux sont deux questions parmi les plus difficiles du droit constitutionnel canadien. Sur la première, qui aurait tant besoin d'éclaircissements, rien n'est évidemment dit dans cette affaire. « Je tiens à souligner

[note le juge en chef Dickson] qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce d'analyser le bien-fondé d'une supposée théorie de l'immunité constitutionnelle de la Couronne fédérale. »³¹ Sur la deuxième, on élabore cependant beaucoup.

N'insistons pas plus qu'il ne faut sur le point de savoir si la loi fédérale d'interprétation³², qui, reprenant en gros le principe de Common Law, consacre l'immunité de la Couronne face aux lois, bénéficie aux gouvernements provinciaux aussi bien qu'au gouvernement fédéral ; question à laquelle le juge en chef Dickson a donné une réponse affirmative. Attardons-nous plutôt aux conditions auxquelles l'immunité sera écartée, soit par l'action du législateur, soit par le comportement de son titulaire.

Le 19 octobre 1989, à peine plus de deux mois après le jugement de la Cour suprême dans la présente affaire et en réponse à ce jugement, un projet de loi fut déposé au Parlement, projet qui prévoit que :

*Les dispositions de la présente loi [Loi sur les chemins de fer] applicables aux compagnies lient Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province en tant qu'elles régissent leurs réseaux, lignes et opérations télégraphiques ou téléphoniques.*³³

C'est l'exemple d'une levée de l'immunité par dérogation expresse. Mais, selon le juge en chef Dickson, la dérogation expresse n'est pas la seule

30. Richard SCHULTZ, « Partners in a Game Without Masters : Reconstructing the Telecommunications Regulatory System », dans *Telecommunications Regulation and the Constitution*, l'Institut de recherches politiques, 1982, p. 41, à la page 47.

31. *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, précité, note 7, 286.

32. Précitée, note 4.

33. *Loi modifiant la Loi sur les chemins de fer (télécommunications)*, Projet de loi C-41 (1^{re} lecture), 2^e session, 34^e législature (Can.).

façon d'écarter l'immunité, aux termes de la *Loi d'interprétation*³⁴. Une intention claire de lier la Couronne, découlant du texte même de la loi ou de sa privation d'effet si la Couronne n'est pas liée, peut aussi avoir ce résultat. Cet assouplissement, par rapport à ce qu'avaient semblé suggérer des arrêts antérieurs³⁵, paraît sage dans un cadre intrafédéral ou intraprovincial³⁶. Mais l'immunité interjuridictionnelle doit-elle toujours être analysée de la même façon que l'immunité intrajuridictionnelle ? N'aurait-il pas été préférable d'exiger que, pour qu'une loi fédérale soit applicable aux provinces et à leurs mandataires, elle soit explicite sur ce point ? Comme on vient de le voir, le projet de loi fédérale prend cette précaution. Quoi qu'il en soit, tous les juges dans cette affaire ont conclu que la loi fédérale ne liait pas la province, ni d'une façon ni de l'autre. Son inapplicabilité à AGT ne la privait évidemment pas d'effet. Quant à l'argument selon lequel le fait que la loi fédérale précise qu'elle n'autorise pas d'user des terres de la Couronne et qu'elle ne s'applique pas aux chemins de fer de l'État démontre qu'elle est autrement applicable à la Couronne et à AGT, il mise sur une interprétation souple du cri-

tère de la claire intention, pour dire le moins.

C'est non seulement la loi qui peut écarter l'immunité de la Couronne ; depuis toujours, le comportement de son titulaire peut aussi avoir cet effet. Et sur ce point, la présente affaire est d'un intérêt singulier.

AGT, créature provinciale, œuvre aujourd'hui en domaine fédéral. Telle est la conclusion de la première partie du jugement. Si Radio-Canada, mandataire de la Couronne fédérale, a pu perdre son immunité en excédant son mandat par le fait de diffuser un film obscène³⁷, comment AGT pourrait-elle conserver cette immunité, alors même qu'elle a commis l'excès de pouvoir par excellence, celui d'ordre constitutionnel ? Cet argument, qu'assez curieusement le juge Reed a confessé ne pas comprendre³⁸, fut retenu par le juge Pratte, avec l'appui de ses deux collègues³⁹. Pour sa part, la Cour suprême s'est appliquée à démontrer qu'AGT, en exerçant les activités qui sont les siennes et qu'on a décrites précédemment, n'avait aucunement excédé les pouvoirs que lui donnait sa loi constitutive et qu'elle conservait par conséquent son immunité face à la *Loi sur les chemins de fer*. Et le juge

34. Précitée, note 4.

35. *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61, 75 ; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, 558. On y donnait à entendre que l'immunité ne pouvait être levée que par un seul moyen : une mention expresse dans la loi à l'effet qu'elle liait la Couronne.

36. P.W. HOGG, *op. cit.*, note 4, p. 234. L'auteur fait remarquer que, si la technique de la mention expresse était la seule façon d'écarter l'immunité, des lois adoptées spécialement pour contrôler le gouvernement lui seraient inapplicables, faute de cette mention formelle. Pour une bonne application du critère de la claire intention ou de la déduction nécessaire : *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568.

37. *Radio-Canada c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 339.

38. *Alberta Government Telephones c. CRTC*, précité, note 5, 499.

39. *CNCP Telecommunications c. Alberta Government Telephones*, précité, note 6, 194.

en chef Dickson d'ajouter une brève remarque qui revient à dire qu'une solution contraire ferait disparaître la notion même d'immunité interjuridictionnelle⁴⁰. Ce point de vue, qui nous paraît bien fondé, reconnaît qu'il n'y a pas de limite, dictée par le partage des compétences, aux pouvoirs dont une province peut investir un de ses mandataires ou une corporation de sa création, publique ou privée. Une constitution ne comportant pas le degré de précision d'une charte corporative, la position contraire serait génératrice d'une incertitude inacceptable quant à ce qu'une telle corporation peut ou ne peut pas faire, par voie d'accord ou autrement, et elle obligerait à de ridicules fictions, comme celle qui a consisté à dire qu'un chemin de fer international était un ouvrage local du fait que les rails s'arrêtaient à un quart de pouce de la frontière⁴¹.

On ne se surprendra pas de ce que la Cour suprême ait aussi refusé de conclure qu'AGT avait perdu son immunité pour s'être livrée à des activités prétendument commerciales. Ne distinguons pas là où la loi fédérale d'interprétation ne distingue pas, nous dit la Cour. Un service public comme le téléphone, offert et réglementé par une province, ne se prête pas à une classification bien claire en termes de *iure imperii* et de *iure gestionis*. Il a

été sage de ne pas s'aventurer sur ce terrain.

Mais un troisième motif, classique et d'un maniement délicat, fut invoqué au soutien de la thèse de la perte d'immunité : l'exception dite de renonciation. AGT avait-elle à ce point tiré avantage de la législation fédérale pour qu'on puisse conclure qu'elle s'y était implicitement assujettie ? Fonder son recours en responsabilité sur un régime provincial donné de responsabilité civile pourra signifier pour la Couronne fédérale qu'elle doit en supporter aussi les inconvénients, que ce soit quant au montant des dommages ou au partage de la faute⁴². Prendre entente avec une compagnie ferroviaire fédérale aux fins d'user de son réseau et de son personnel pour opérer un train de banlieue pourra signifier qu'une province devient de ce fait soumise aux tarifs de la commission fédérale des transports, spécialement si l'autorisation de celle-ci est requise pour que la compagnie fédérale réduise ses services en conséquence de l'initiative de la province⁴³. Mais le simple fait pour AGT d'être membre de Télécom Canada et d'être partie à des accords soumis à l'approbation du CRTC par ceux des membres de Télécom contrôlés par ce dernier organisme entraîne-t-il une acceptation implicite d'AGT d'être pareillement contrôlée ?

40. « Si le seul exercice d'une activité dans un domaine de compétence fédérale suffisait à empêcher le mandataire d'invoquer son immunité, l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* deviendrait lettre morte vis-à-vis de la Couronne du chef d'une province ». *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, précité note 7, 293.

41. Voir : *Kootenay and Elk R. Co. c. Canadien Pacifique*, précité, note 8, 960.

42. *Toronto Transportation Commission c. The King*, [1949] R.C.S. 510 ; *R. c. Murray*, [1967] R.C.S. 309.

43. *The Queen (Ontario) c. Board of Transport Commissioners*, [1968] R.C.S. 118. Cet arrêt, et les deux qui sont cités à la note précédente, sont analysés dans le jugement de la Cour suprême.

La majorité en Cour suprême a souscrit à la réponse négative que le juge Reed, de la Cour fédérale, a donnée à cette question. Tous les juges ont reconnu l'existence de l'exception de renonciation, appelée aussi exception des avantages et obligations. Mais le bénéfice qu'AGT a retiré de sa participation au système a paru à la majorité trop diffus et sans lien suffisant avec la juridiction du CRTC pour qu'on en infère une acceptation tacite de celle-ci de la part d'AGT. Dans un passage repris avec approbation par le juge en chef du Canada, le juge Reed observe que CN-CP n'est pas membre du consortium Télécom. Elle ajoute que, s'il l'avait été et que sa demande avait eu quelque rapport avec un accord auquel AGT eut été partie, le résultat aurait pu être différent. En ce cas, en effet, il aurait été possible de considérer CN-CP et AGT comme des contractants : AGT prendrait avantage du contrat approuvé quant à son partenaire par le CRTC et pourrait être considérée comme ayant accepté, à titre d'obligation corrélative, la compétence de ce dernier et ses conséquences. Mais pour la majorité, déduire des bénéfices retirés par AGT de son adhésion au système une acceptation de la compétence du CRTC n'était pas chose possible.

Comme tendrait à le montrer l'avis dissident du juge Wilson sur ce point, l'ambiguïté paraît résulter d'une part, de ce qu'il faut faire en tant que mandataire de la Couronne pour être considéré comme bénéficiaire d'un texte de loi, d'autre part du statut même de Télécom Canada. Pour le juge Wilson, le fait que la *Loi sur les chemins de fer* a bien servi AGT paraît suffisant, alors que la majorité rappelle plutôt qu'AGT n'a jamais rien requis de l'autorité fédérale⁴⁴, « n'a rien fait qui soit semblable à l'achat d'une action qui comporte un lien précis avec le régime de la *L.S.C.C.* »⁴⁵. Mais le juge Wilson écrit aussi :

*Simplement dit, j'estime que, comme AGT a choisi de recevoir les avantages découlant de sa participation à un réseau national de télécommunications réglementé par le CRTC, elle doit également accepter les obligations qu'entraîne cette participation.*⁴⁶

N'est-ce pas donner au présent jugement une forme de rétroactivité étrange que de voir dans Télécom Canada « un réseau national de télécommunications réglementé par le CRTC » ? Le juge en chef Dickson n'a-t-il pas été plus proche de la vérité historique en rappelant qu'« AGT a

44. À une exception près. Comme le rapporte le juge Reed, *supra*, note 5, 497, en 1981 tous les membres de Télécom Canada, y compris AGT, ont signé une requête présentée au Cabinet fédéral pour que celui-ci renverse une décision du CRTC ; ce qui fut fait.

45. *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, précité note 7, 290. C'est une allusion à l'important arrêt *Sparling c. Caisse de dépôt et placement*, [1988] 2 R.C.S. 1015, que citent le juge en chef et le juge Wilson. Le juge La Forest, rendant jugement pour la Cour, y a décidé que la Caisse de dépôt et placement, mandataire du gouvernement du Québec, en achetant une certaine quantité d'actions d'une compagnie fédérale, était devenue un initié au sens de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* et à ce titre devait faire rapport.

46. *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, précité note 7, 302.

décidé de se joindre à l'accord du RTT (Télécom) dont certains membres sont régis par le fédéral »⁴⁷ ?

*
* *

Sous l'un et l'autre des deux aspects de cette affaire qui viennent d'être analysés, les divers jugements auxquels elle a donné lieu sont en général solidement motivés. S'il y a un manque de nuance à propos de la notion d'entreprise interreliante, c'est moins aux juges qu'aux parties et à la Constitution même qu'on le doit. Comme on l'a vu, personne n'a plaidé en faveur de la divisibilité des activités intra et extraprovinciales d'AGT, chacun en faisant une question de tout ou rien. Plus qu'à toute autre chose, on a donc tenu au fameux principe « *one company — one regulator* ». Et comment s'y soustraire, quand les mêmes employés sont affectés aux deux genres d'activités et que l'autorité pour régler techniquement et écono-

miquement l'entreprise se partage de la même façon que celle pour régler ses relations de travail⁴⁸ ?

Quant à la notion d'immunité interjuridictionnelle, la présente affaire nous fournit quelques élucidations intéressantes, en particulier sur les activités fédérales des corporations provinciales et sur l'exception dite de renonciation. Mais on n'oubliera pas que tout se résout en fin de compte par l'usage d'un simple mot de passe dans la législation fédérale. « Non-obstant » est un mot magique qui soustrait à l'emprise constitutionnelle. Il fut question ici d'un autre mot magique, d'effet contraire, qui ramène les provinces sous celle-ci. Employé dans une loi provinciale, ce mot de passe aura-t-il le même effet sur le gouvernement central ? On ne sait pas encore. Car il n'était « pas nécessaire en l'espèce d'analyser le bien-fondé d'une supposée théorie de l'immunité constitutionnelle de la Couronne fédérale »⁴⁹ face aux lois des provinces.

47. *Id.*, 288 (nous avons souligné).

48. En même temps qu'elle rendait sa décision dans la présente affaire, la Cour suprême en rendit une autre, où elle a conclu que, vu qu'AGT était une entreprise fédérale, le Conseil canadien des relations de travail était l'organisme compétent pour statuer sur la requête en accréditation de certains employés d'AGT. Comme dans la présente affaire, encore qu'à l'unanimité cette fois, la Cour a aussi décidé que, puisque le Code canadien ne visait pas clairement la Couronne provinciale, il n'était pas applicable à AGT. Voir : *FIOE c. Alberta Government Telephones*, [1989] 2 R.C.S. 318.

49. *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, précité note 7, 286.