

Mémoire présenté au Comité sénatorial permanent des transports et des communications
Projet de loi S-245

Mémoire de Dwight Newman – Professeur de droit et titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur les droits des Autochtones en droit constitutionnel et international et Munk Senior Fellow de l’Institut Macdonald-Laurier (à titre personnel)

À joindre aux observations orales du 8 mai 2018

Le présent mémoire a pour objet de fournir des renseignements complémentaires et des références relativement aux observations que je vais formuler devant le Comité le 8 mai 2018. Il a été rédigé à très court délai compte tenu de l’invitation que le Comité m’a adressée pour que je prenne la parole sur une question urgente et il vise à aider le Comité dans le cadre de son étude du projet de loi S-245. Je serai heureux de tenter de répondre à toute question complémentaire des membres du Comité et de leur fournir tout renseignement complémentaire après l’audience dans la mesure de mes capacités et de mes connaissances.

Contexte/compétences

Je compare à titre individuel, fort cependant d’une longue expérience en tant que professeur de droit œuvrant dans des champs de compétence pertinents, notamment les suivants :

- le droit constitutionnel en général (j’ai cosigné un traité de 1 000 pages en droit constitutionnel intitulé *The Law of the Canadian Constitution* (LexisNexis, 1^{re} éd. 2013, 2^e éd. 2017);
- des recherches spécifiques sur des questions de compétence sur le développement des ressources naturelles et les infrastructures (j’ai rédigé à ce sujet en 2013 un ouvrage intitulé *Natural Resource Jurisdiction in Canada* (LexisNexis, 2013) et j’ai également entrepris la rédaction de mon prochain livre intitulé *Mining Law of Canada* (LexisNexis, mai 2018));
- des travaux sur les droits des Autochtones et plus précisément sur l’interaction entre les droits des Autochtones et les enjeux soulevés par les ressources (j’ai publié à ce propos deux ouvrages sur la doctrine de l’obligation de consulter qui ont été cités dans des dizaines de jugements et à plusieurs reprises par la Cour suprême du Canada, et j’enseigne chaque année un cours sur les droits des Autochtones et le développement des ressources à l’échelle internationale);
- je suis membre du Comité de mise en œuvre des droits des peuples autochtones de l’Association de droit international (ADI), où je siège avec un nombre restreint

d'experts internationaux chargés d'examiner la situation des droits des peuples autochtones en droit international.

Outre ce contexte général, je réfléchis sur la situation du pipeline Trans Mountain depuis quelques semaines. En plus d'aider divers journalistes à examiner les diverses facettes de la question, j'ai publié plusieurs articles sur la question :

- Dwight Newman, « Constitutionality is key in Trans Mountain fight, and B.C. is on the wrong side », *Toronto Sun*, 8 février 2018, consultable en ligne à l'adresse suivante : <http://torontosun.com/opinion/columnists/guest-column-constitutionality-is-key-in-trans-mountain-fight-and-b-c-is-on-the-wrong-side>
- Dwight Newman, « How to Create Pipelines Certainty – The Legal Options », *Inside Policy* (Macdonald-Laurier Institute), 12 avril 2018, consultable en ligne à l'adresse suivante : <https://www.macdonaldlaurier.ca/create-pipelines-certainty-legal-options-dwight-newman-inside-policy/>
- Dwight Newman, *Pipelines and the Constitution: Canadian Dreams and Canadian Nightmares* (Institut Macdonald-Laurier, avril 2018), consultable en ligne à l'adresse suivante : https://macdonaldlaurier.ca/files/pdf/MLICommentary_April2018_Newman_FWeb.pdf

Introduction sur le contexte et les objectifs du projet de loi S-245

Le projet de loi S-245 invoquerait le pouvoir déclaratoire fédéral prévu à l'alinéa 92(10)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour le projet de pipeline Trans Mountain. Pour ce faire, le projet de loi énonce que « le projet de pipeline Trans Mountain et les ouvrages connexes sont déclarés d'intérêt général pour le Canada » (art. 4). Cette déclaration vise à mettre en œuvre la décision par laquelle le gouvernement fédéral a déjà approuvé le projet de pipeline Trans Mountain, compte tenu de questions ayant trait au partage des compétences fédérales et provinciales.

Dans le présent mémoire, je vais d'abord tenter d'expliquer comment la Constitution permet de prendre une telle mesure et l'importance que revêt ce pouvoir déclaratoire pour mieux encadrer l'intervention fédérale et pour assurer une plus grande certitude juridique au projet de pipeline Trans Mountain et, de façon plus large, pour favoriser un climat plus sûr en ce qui concerne les investissements dans les projets d'infrastructure au Canada en général. En second lieu, je vais proposer certains amendements qui pourraient être apportés au projet de loi pour le rendre plus efficace afin de faciliter la mise en œuvre de la décision fédérale d'approuver le projet de pipeline Trans Mountain.

J'aborde ces questions dans les deux sections qui suivent. Il convient toutefois de rappeler d'abord certains faits. Le projet de pipeline Trans Mountain a évidemment fait l'objet d'une attention médiatique considérable, particulièrement au cours des dernières semaines. Beaucoup ont constaté qu'un affrontement très grave entre gouvernements a fait surgir des doutes importants sur la capacité du Canada de mener à bien un projet qui a été légalement approuvé, dans lequel un promoteur a déjà investi un milliard de dollars et qui promet des dizaines de

milliards de dollars en retombées économiques pour le Canada. De façon plus générale, de nombreuses personnes ont souligné que ce climat d'incertitude a remis sérieusement en doute les investissements futurs dans les infrastructures et le développement économique du Canada.

Si j'ai bien compris ses objectifs, le projet de loi S-245 vise à s'attaquer aux incertitudes juridiques entourant le projet Trans Mountain. À l'instar de toute autre loi invoquant le pouvoir déclaratoire énoncé à l'alinéa 92(10)c), le projet de loi S-245 ne vise qu'un seul projet. Cette orientation minimise les répercussions que ce projet de loi pourrait avoir sur le plan constitutionnel dans d'autres contextes où les gouvernements ont de façon générale réussi, au Canada, à s'entendre dans un esprit de collaboration¹.

Tous les juristes raisonnables qui se sont exprimés sur le sujet s'entendent pour dire qu'il existe une compétence fédérale fondamentale sur l'approbation et la construction des pipelines interprovinciaux et que cette compétence repose sur l'alinéa 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien qu'une province ait toujours le pouvoir de réglementer de façon limitée les questions locales, certains ont tenté d'avancer l'idée qu'une province peut aller beaucoup plus loin pour réglementer le transport de certaines matières par un pipeline et pour décider s'il sert ses objectifs. Cette proposition ne va pas dans le sens de la jurisprudence dominante. D'ailleurs, le gouvernement fédéral a le pouvoir légal d'agir même sans le projet de loi S-245². On continue toutefois à laisser planer une certaine incertitude à ce propos et d'autres mesures législatives fédérales peuvent contribuer à supprimer tout doute. En particulier, une nouvelle loi fédérale peut préciser dans les termes les plus nets que le gouvernement fédéral a pris des décisions sur les pipelines qui ont préséance – ce qui constitue une forme de priorité légale – sur toute mesure réglementaire provinciale qui pourrait en empêcher la réalisation.

Soyons clairs : le projet de loi S-245 aborde la question du partage des compétences fédérales et provinciales. Comme je l'ai souligné dans mes publications et dans les articles que j'ai rédigés sur le projet Trans Mountain, d'importants enjeux concernant les droits des Autochtones liés au pipeline ont été portés devant les tribunaux dans des causes qui ont été portées l'automne dernier devant la Cour d'appel fédérale (une série de causes regroupées avec celle de Tsleil-Waututh en octobre 2017) et devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique (l'affaire portée par les Squamish qui a été entendue en novembre 2017). Ces affaires seront tranchées par les tribunaux conformément à l'obligation de consulter qui fait partie du droit canadien aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les étapes suivantes du projet sont évidemment soumises à ces droits légalement reconnus, ainsi qu'à toutes les répercussions découlant de ces droits à la suite des jugements qui seront rendus.

La doctrine de l'obligation de consulter qui s'applique au Canada définit le degré de consultation exigé selon une série de situations (qui varient considérablement, étant donné que les situations dans lesquelles elle existe se présentent des centaines de milliers de fois par

¹ Par exemple, une déclaration faite en vertu de l'al. 92(10)c) concernant le pipeline Trans Mountain n'a aucune incidence dans d'autres contextes, notamment quant à la compétence du gouvernement québécois, et elle constitue plutôt une réponse adaptée sur mesure à une situation particulière (voir Dwight Newman, *Pipelines and the Constitution: Canadian Dreams and Canadian Nightmares* (Institut Macdonald-Laurier, avril 2018).

² J'ai traité à fond de cette question dans mes diverses publications portant sur des sujets connexes.

année)³. Malgré les affirmations contraires de certains, ces exigences ne s'étendent pas à l'obligation légale actuelle du « consentement préalable, libre et éclairé » qui existe en droit canadien⁴. La loi oblige à consulter. C'est aux tribunaux qu'il revient de déterminer si cette exigence a été respectée dans le cas qui nous occupe.

À mon avis, le projet de loi S-245 a donc pour objet de mettre en œuvre une approbation fédérale déjà donnée ainsi que la compétence fédérale par le biais de mesures législatives spéciales dans un contexte où certains cherchent à créer de l'incertitude au sujet de l'efficacité de l'approbation fédérale. Le projet de loi S-245 concerne la mise en œuvre d'une décision fédérale, sous réserve évidemment des enjeux relatifs aux droits des Autochtones qui sont plaidés devant les tribunaux.

Possibilité de recourir au pouvoir déclaratoire prévu par la Constitution pour le projet de loi S-245 et importance de ce pouvoir déclaratoire

L'alinéa 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au gouvernement fédéral un pouvoir général sur le transport et les communications interprovinciales (et internationales, ce qui devrait être interprété comme englobant le transport et les communications interprovinciales dans le reste du présent document). Il est de jurisprudence constante que ce pouvoir englobe les pipelines interprovinciaux. Il est également de jurisprudence constante que les projets visés par cet article bénéficient d'une solide protection constitutionnelle contre toute ingérence de la part des provinces⁵.

L'alinéa 92(10)c) est une disposition inusitée qui permet au gouvernement fédéral d'élargir ou de renforcer ses pouvoirs sur des projets spécifiques. Pour ce faire, le gouvernement fédéral peut déclarer qu'un projet est « à l'avantage général du Canada »⁶.

Ce pouvoir déclaratoire a été utilisé des centaines de fois. Il est encore invoqué régulièrement pour la réglementation nucléaire. Bien que la plupart des déclarations aient été faites à une époque antérieure à l'essor des grandes infrastructures, les auteurs indiquent clairement qu'il s'agit d'une disposition spéciale que le gouvernement fédéral peut utiliser pour un projet particulier lorsqu'il le juge à propos. Le recours à cette disposition est assujéti à très peu de contraintes légales, dès lors qu'il repose sur l'opinion de bonne foi selon laquelle un projet (un ouvrage) est « à l'avantage général du Canada ».

Il y a eu, dernièrement, quelques universitaires qui ont été contactés par les médias et qui ont déclarés sous l'impulsion du moment que libellé de l'al. 92(10)c) ne s'appliquait qu'aux ouvrages

³ Voir Dwight Newman, « The Section 35 Duty to Consult », in Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (Oxford, Oxford University Press, 2017).

⁴ J'examine cette question dans le chapitre sur le droit international de mon deuxième ouvrage sur l'obligation de consultation intitulée *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples* (Purich/UBC Press, 2014).

⁵ J'analyse une partie de la jurisprudence – et je réfute certaines des opinions contraires qui ont cours – dans l'article suivant : Dwight Newman, *Pipelines and the Constitution: Canadian Dreams and Canadian Nightmares* (Institut Macdonald-Laurier, avril 2018),

⁶ Pour de plus amples détails, voir mon analyse du pouvoir déclaratoire dans Dwight Newman, *Natural Resource Jurisdiction in Canada* (Toronto, LexisNexis, 2013).

« situés à l'intérieur d'une province » et ne s'appliqueraient donc pas aux projets interprovinciaux. Bien qu'une lecture superficielle de cet article puisse amener quelqu'un à accepter cette idée, cette affirmation est inexacte, compte tenu de l'application de longue date de cet article. Je n'ai pas l'intention de proposer une analyse complète de la question, étant donné que j'ai déjà cité quelques exemples de cas dans lesquels cet article a été invoqué, mais j'ai retenu de nombreux cas où cet article avait été invoqué pour des ponts ou des canaux interprovinciaux ou internationaux ou encore pour des chemins de fer ou des réseaux ferroviaires (parmi d'autres types d'ouvrages)⁷. Les universitaires ont tort d'affirmer qu'il existe une limite au recours à l'al. 92(10)c) alors qu'il n'en existe pas. Le Parlement fédéral peut y recourir assez librement selon les décisions qu'il prend.

Soyons clairs : par le passé, le gouvernement fédéral a recouru à de nombreuses reprises à l'al. 92(10)c) pour adopter ce qu'on appelle « des lois privées », c'est-à-dire des lois relatives à des décisions spéciales portant sur des personnes, des organismes ou des sujets précis plutôt que pour adopter des lois relatives à l'ordre public en général. Recourir à l'al. 92(10)c) dans ce contexte n'est pas inusité, c'est plutôt la norme. D'ailleurs, le Sénat joue habituellement un rôle très actif dans l'élaboration de ce type de loi, dont il prend l'initiative ou dont il fait l'étude attentivement pour faire gagner du temps à la Chambre des communes. Ainsi, alors que des projets de loi sur de grandes questions d'ordre public sont plus souvent présentés à la Chambre des communes, il convient tout à fait que le Sénat prenne l'initiative de mesures législatives visant à mettre en œuvre les pouvoirs fédéraux sur des projets d'intérêt national⁸.

Une des conséquences, sur le plan constitutionnel, d'une déclaration effectuée en vertu de l'al. 92(10)c) est que quelque chose qui, jusque-là, était assujéti à la compétence provinciale, est déclaré relever désormais de la compétence fédérale. Dans le cadre d'un projet qui est déjà un projet interprovincial en vertu de l'al. 92(10)a), ce type de déclaration semble renforcer la compétence fédérale. Ce type de déclaration comporte donc un aspect symbolique. Il indique clairement que le gouvernement fédéral tente de mettre en œuvre sa compétence. On peut par ailleurs soutenir que ce type de déclaration a également pour effet juridique de renforcer l'exclusivité de la compétence fédérale sur le projet en question. La jurisprudence relative à l'al. 92(10)c) confirme l'interprétation selon laquelle un projet assujéti à l'al. 92(10)c) relève d'une compétence fédérale plus

⁷ Par exemple, voir *Loi concernant la « Niagara Lower Arch Bridge Act »*, L.C. 1956, ch 64; *Loi sur les chemins de fer nationaux du Canada*, L.C. 1955, ch 29; *Loi constituant en corporation la « Prescott & Ogdensburg Bridge Co. »*, L.C. 1946, ch 77; *Loi constituant en corporation la « Sarnia-Port Huron Vehicular Tunnel Co. Act »*, S.C. 1932-33, ch 59; *Loi constituant en corporation la « Lake of the Woods International Bridge Co. »*, S.C. 1932, ch 59; *Loi constituant en corporation la « Cornwall Bridge Co. »*, S.C. 1930, c. 55; *Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Co. »*, S.C. 1921, ch 57; *Loi de 1921 pour le contrôle du lac des Bois*, S.C. 1921, ch 38; *Acte constituant en corporation la Compagnie Montreal Ottawa and Georgian Bay Canal*, S.C. 1894, ch 103; *Acte constituant en corporation la Great Northern Railway Co.*, S.C. 1892, ch 40; *Acte pour incorporer la Compagnie du Pont de la Grande Île de Niagara*, S.C. 1887 (50-51 Vict.), ch 96; *Acte du Pont international du St-Laurent*, 1892, S.C. 1892 (35 Vict.), ch 90. Il ne s'agit pas d'un échantillon complet, mais seulement du résultat d'une consultation rapide de différentes époques où le pouvoir déclaratoire a été invoqué pour illustrer des cas où le gouvernement fédéral a recouru au pouvoir déclaratoire au fil des décennies pour bien démontrer son usage constant au fil des ans.

⁸ Sur le rôle historiquement important joué par le Sénat à l'égard des lois privées à une époque où le pouvoir déclaratoire était souvent invoqué, voir F.A. Kunz, *The Modern Senate of Canada, 1925-1963* (Toronto, University of Toronto Press, 1965), aux pages 207 à 211.

spécifiquement exclusive⁹. Cette interprétation vaut sans doute par elle-même et peut contribuer à confirmer l'idée que la primauté fédérale exclut diverses formes d'ingérence provinciale à l'égard du projet.

Renforcer le projet de loi S-245 : Amendements possibles fondés sur les recours antérieurs à l'al. 92(10)c

Bien que le projet de loi S-245 dans sa rédaction actuelle puisse déjà servir de base à une nouvelle intervention fédérale, il serait possible de prendre des mesures immédiates pour renforcer son effet juridique.

Dans certains cas où le Parlement fédéral a recouru à l'al. 92(10)c), on constate qu'une mesure législative prévoit un code de réglementation complet sur un sujet déterminé, par exemple dans le cas du recours systématique à cet alinéa en matière de réglementation nucléaire.

Dans d'autres cas, des déclarations spécifiques ont été faites dans la loi elle-même. Par exemple, dans de nombreuses lois sur les chemins de fer dans lesquels l'al. 92(10)c) a été invoqué, on trouve des articles autorisant expressément la réalisation par la compagnie ferroviaire de certains ouvrages le long d'un parcours particulier.

Dans d'autres cas, on trouve d'autres types de dispositions facilitant la mise en œuvre de la compétence et des décisions fédérales. Certaines des lois portant sur les canaux, les ponts et les chemins de fer renferment d'autres types de dispositions créant des pouvoirs de réglementation pour faciliter la mise en œuvre de ce pouvoir ou créant des infractions visant à protéger les travaux contre toute ingérence.

Dans certains des articles que j'ai écrits sur le projet Trans Mountain, j'ai suggéré ce que j'ai appelé l'adoption d'un « code de projet juridique » comme moyen pour le gouvernement fédéral d'agir à l'avenir s'il souhaite procéder à la construction du pipeline Trans Mountain avec toutes les garanties juridiques possibles¹⁰. Je ne propose pas de prévoir dans la loi tous les détails d'un projet qui a déjà fait l'objet d'études poussées et de conditions détaillées. Il s'agit plutôt de bien préciser que le gouvernement fédéral « régleme déjà ce domaine » et est en mesure de prendre des décisions sur les enjeux locaux susceptibles de surgir le long du tracé du pipeline au fur et à mesure des besoins (j'ai suggéré que l'on offre aux provinces et aux municipalités la possibilité de soumettre des renseignements avec l'entière collaboration des comités consultatifs autochtones dans le cadre du projet).

S'inspirant d'autres lois dans lesquelles l'al. 92(10)c) a été invoqué, je conclurai simplement que, si le Comité souhaite que le projet de loi S-245 ait davantage que des effets symboliques, il pourrait inclure certaines ou la totalité des dispositions suivantes (sous réserve toutefois de la

⁹ Voir, spécialement, l'arrêt (*Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*), [1993] 3 R.C.S. 327.

¹⁰ Voir Dwight Newman, « How to Create Pipelines Certainty – The Legal Options », *Inside Policy* (Institut Macdonald-Laurier), 12 avril 2018; Dwight Newman, *Pipelines and the Constitution: Canadian Dreams and Canadian Nightmares* (Institut Macdonald-Laurier, avril 2018).

recommandation de faire examiner et ajuster ces dispositions par des experts en rédaction législative qui connaissent bien les principes de rédaction bilingue contemporains) :

Autorisation de la construction et de l'exploitation

5 Le promoteur du projet désigné par le décret C.P. 2016-1069 du 29 novembre 2016 peut construire et exploiter le projet d'expansion du pipeline Trans Mountain conformément à l'approbation accordée aux termes du décret C.P. 2016-1069 du 29 novembre 2016.

Règlements

5a) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures nécessaires, souhaitables ou opportunes pour veiller à ce que les ouvrages susmentionnés soient construits, entretenus, améliorés, réparés et exploités de manière à assurer en tout temps l'avantage général du Canada.

b) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures nécessaires, souhaitables ou opportunes pour faciliter la construction des ouvrages susmentionnés, et notamment prendre des règlements créant des infractions interdisant toute mesure qui entraverait la construction de ces ouvrages.

c) Le gouverneur en conseil peut, aux termes des règlements susmentionnés, prescrire des amendes et des peines d'emprisonnement, ou les deux, pour toute infraction aux règlements en question, à condition que les peines ainsi prescrites ne dépassent pas 100 000 \$ et six mois d'emprisonnement pour une infraction quelconque.

d) Les règlements pris par le gouverneur en conseil en application de la présente loi sont publiés dans la *Gazette du Canada* et, à compter de la date de leur publication, ont force de loi comme s'ils étaient édictés par la présente loi.