

1-1-1979

La Compétence Fédérale sur la Radiodiffusion et la Télédistribution: Capital Cities Communications Inc. et al. v. C.R.T.C.

René Pépin

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/dlj>



Part of the [Constitutional Law Commons](#)



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-No Derivative Works 4.0 International License](#).

Recommended Citation

René Pépin, "La Compétence Fédérale sur la Radiodiffusion et la Télédistribution: Capital Cities Communications Inc. et al. v. C.R.T.C.", Comment, (1979) 5:1 DLJ 181.

This Commentary is brought to you for free and open access by the Journals at Schulich Law Scholars. It has been accepted for inclusion in Dalhousie Law Journal by an authorized editor of Schulich Law Scholars. For more information, please contact hannah.steeves@dal.ca.

René Pepin*

La Compétence Fédérale sur
la Radiodiffusion et la
Télédistribution: *Capital Cities
Communications Inc. et al. v.
C.R.T.C.*

Le 30 novembre 1977 la Cour suprême du Canada rendit 2 décisions¹ fondamentales concernant la compétence des Parlements fédéral et provinciaux de légiférer en matière de radiodiffusion et de télédistribution², *i.e.* de télévision par câble. Elle mettait ainsi un terme à un débat juridique qui origine au début des années '30. Le tribunal a jugé par une majorité de 6 contre 3 que la compétence fédérale en la matière était exclusive.

La Cour était certes très consciente de l'importance de la question posée et de l'impact de sa décision. Il suffit pour s'en convaincre de constater que 6 Solliciteurs généraux étaient intervenants. Ceux du Canada et de la Saskatchewan soutenaient la position fédérale³, représentée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (C.R.T.C.); ceux du Québec, de l'Ontario, de la Colombie-Britannique et de l'Alberta épousèrent la position contraire. De plus le jugement majoritaire fut rendu, dans les deux arrêts, par nul autre que le juge en chef de la cour, Bora Laskin, spécialiste renommé des questions constitutionnelles. Certains pourraient vouloir établir un rapprochement entre ces décisions et celle concernant la loi anti-inflation⁴, en ce que la décision majoritaire est rendue par les juges d'expression anglophone et la minoritaire est celle des trois juges du Québec.⁵

*R. Pepin, Faculté de Droit, Université de Sherbrooke

1. *Capital Cities Communication Inc. et al. v. C.R.T.C. et al., La Régie des services publics et al. v. François Dionne et al.*

2. Selon la Régie de la langue française du Québec ce terme constitue la traduction adéquate des mots anglais "cablevision" et "cabledistribution". Les termes "câblodiffusion" et "câblodistribution" seraient des anglicismes.

3. On peut se demander pourquoi le Solliciteur général du Manitoba n'est pas aussi intervenu car le 10 novembre 1976 la Province du Manitoba avait conclu une entente avec le gouvernement fédéral en matière de télévision par câble. Le premier point de l'accord spécifiait qu'elle reconnaissait la juridiction fédérale en ce domaine.

4. *In re la validité de la loi anti-inflation* [1976] 2 R.C.S. 373

5. Soit les juges Pigeon, Beetz et de Grandpré. Notons cependant que dans l'affaire de la loi anti-inflation le juge Pigeon n'était pas dissident.

Peut-on y déceler un indice à l'effet que s'affrontent au sein de la Cour suprême deux conceptions radicalement opposées du fédéralisme canadien? Cela mérite d'être examiné de plus près.

La première décision opposait au C.R.T.C. trois entreprises de radiodiffusion établies aux Etats-Unis, près de Buffalo, dont Capital Cities Communications. Elle concerne le droit des entreprises canadiennes de télévision par câble d'éliminer les messages publicitaires contenus dans les émissions américaines qu'elles retransmettent. Cette question provient d'un énoncé de politique rendu public par le C.R.T.C. en juillet 1971. L'organisme de réglementation s'était rendu compte que les entreprises de télédistribution, en offrant aux abonnés des émissions américaines, contribuaient à inonder le public canadien de la culture de ce pays, ce qu'il juge répréhensible. L'un des mécanismes imaginés pour contrer ce phénomène fut ainsi énoncé:

Le Conseil permettra aux exploitants de câbles de supprimer la valeur commerciale des signaux de stations qui ne détiennent pas de licence de diffusion au Canada.⁶

Cela avait pour effet d'éliminer la valeur commerciale des émissions ainsi visées; les commanditaires américains n'auraient plus avantage à payer le coût de telles émissions destinées principalement, en l'occurrence, au marché canadien.

En 1973 la Compagnie Rogers Cable T.V. Ltd. commença à se plier à cette politique. Capital Cities Communications et les deux autres entreprises appelantes intentèrent des poursuites afin de faire cesser cette pratique. Sur ce, Rogers demanda au C.R.T.C. une modification à la teneur de son permis afin qu'il y soit clairement spécifié qu'elle était obligée de se conformer à l'énoncé de politique. Le C.R.T.C. accéda à cette demande, malgré les protestations de Capital Cities Communications, qui était intervenue à l'audition de la requête. L'affaire fut ensuite portée devant la Cour fédérale, division d'appel, en vertu de l'article 26 de la *Loi sur la radiodiffusion*.⁷ Ce tribunal rejeta à l'unanimité la demande présentée, au motif, notamment, que le Parlement fédéral avait juridiction complète sur la radiodiffusion et la télédistribution et que les requérantes n'avaient aucun droit de propriété sur leurs signaux électromagnétiques une fois la frontière traversée.

La Cour suprême devait, pour trancher le litige soumis, répondre

6. C.R.T.C. Énoncé de politique sur la télévision par câble; 16 juillet 1971.

7. S.R.C. 1970, c. B-11

essentiellement à deux questions. L'une relève du droit administratif. C'est celle de savoir si la loi fédérale sur la radiodiffusion conférait au C.R.T.C. le pouvoir de réglementer la télédistribution, et, si oui, si le type de réglementation choisi y était autorisé, i.e. l'énoncé de politique plutôt qu'un règlement en bonne et due forme, comme le permet l'article 16 (1) (b) de la loi. Mais avant même d'aborder cette question il fallait auparavant décider de la compétence constitutionnelle de légiférer sur la radiodiffusion et la télédistribution. C'est uniquement cet aspect du différend qui retiendra notre attention.

Le juge Laskin ouvre son propos sur la question constitutionnelle en exposant l'argument des compagnies appelantes, soutenues, entre autre, par le Solliciteur général du Québec. On voulait faire reconnaître par la Cour que la juridiction sur les entreprises de télédistribution devrait être scindée. Le Parlement fédéral se verrait reconnaître la compétence législative sur la radiodiffusion, au sens classique de ce terme, ce qui engloberait, en l'occurrence, seulement la réception des signaux électromagnétiques par l'antenne de la compagnie (appelée "tête de ligne"). Notons immédiatement que la juridiction fédérale était reconnue même si les signaux reçus avaient leur origine à l'intérieur du territoire de la province. Cependant le processus de la transmission subséquente de ces signaux par câble co-axial devait relever de la compétence législative des provinces, pourvu que les abonnés soient tous résidents de la province dans laquelle l'entreprise de télévision par câble est située.

On peut se demander pourquoi les provinces avaient admis la compétence fédérale sur la radiodiffusion. Cela tient à notre avis à la décision rendue en 1932 par le Comité judiciaire du Conseil privé dans *In Re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*.⁸ Le Conseil avait répondu affirmativement à la question suivante:

Has the Parliament of Canada jurisdiction to regulate and control radiocommunication, including the transmission and reception of pictures and sounds . . . by means of Hertizian wave, and including the right to determine the character, use and location of apparatus employed?

La *ratio* de ce jugement nous apparaît être à l'effet que les entreprises de radiodiffusion sont visées par l'article 92 (10) (a) de

8. [1932] A.C. 304, III O.L.M. 18

L'A.A.N.B. 1867, en ce qu'elles relient les provinces l'une à l'autre, et que la radiodiffusion en tant que service est visée par le terme "télégraphe" employé dans ce même article, terme qui doit donc être interprété largement.⁹ En examinant ce motif on peut être surpris à première vue de voir que les provinces n'ont pas plaidé qu'une entreprise captant des signaux de télévision émis dans la province et les retransmettant dans ses limites est un "ouvrage ou entreprise d'une nature locale" au sens de l'article 92 (10) et donc sous leur compétence.

C'est peut-être qu'on a jugé que la décision du Conseil privé portait essentiellement sur la radiodiffusion, i.e. sur la transmission et la réception d'ondes électromagnétiques. On a voulu montrer qu'on acceptait cette décision, mais que le cas soumis était différent: les entreprises de télévision par câble, lorsqu'elles retransmettent des émissions à leurs abonnés, n'utilisent pas d'ondes électromagnétiques se propageant librement dans l'air. Ainsi il paraissait plus avantageux de prétendre non pas que les compagnies défenderesses opèrent une entreprise de réception (par opposition à l'émission) de signaux électromagnétiques ayant un caractère intraprovincial mais que la transmission des signaux par câbles ne constitue pas de la radiodiffusion au sens conventionnel de ce terme. Le Conseil privé avait d'ailleurs rejeté un argument cherchant à établir une distinction entre les appareils émetteurs et récepteurs. A son avis ces deux éléments étaient intimement liés et constituaient une seule et même entreprise.

Le juge Laskin accepta complètement le verdict du Conseil privé:

. . . The *Radio* case was correctly decided under the terms of ss. 91 and 92 (10) (a).¹⁰

Les entreprises de radiodiffusion sont donc fondamentalement des entreprises "reliant la province à une autre ou à d'autres, ou s'étendant au-delà des frontières de la province."¹¹ La seule question qu'il restait à décider était de savoir si le jugement du Conseil privé devait aussi s'étendre à cette partie de la télédistribution qui ne véhicule pas d'ondes électromagnétiques

9. (1932) A.C. 315-6, III O.L.M. 28. A remarquer qu'à cette époque la télévision commerciale n'existait pas, et la télédistribution encore moins. Ces deux phénomènes allaient apparaître simultanément au Canada au début des années '50.

10. Lorsqu'il parle de l'article 91 il vise non pas la clause de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement, mais seulement le dernier paragraphe énuméré de cet article, référant directement à 92(10) (a).

11. Texte français (traduction de M. Ollivier) de l'article 92(10) (a).

dans l'espace aérien.

Cette interrogation fut tranchée dans l'affirmative. Le juge en chef décida que du point de vue constitutionnel il n'y avait pas lieu de distinguer entre la réception et la distribution des signaux. Il s'agit là de deux opérations d'une même entreprise s'étendant, en l'occurrence, au-delà des limites d'une province. Il est juridiquement impertinent de constater que l'émission, la réception et la transmission puissent relever de compagnies distinctes. Il s'agit en fait d'une seule et même activité, d'une seule et même entreprise. L'argument avancé au soutien de cette prétention est double. D'une part le bon sens exige que l'entreprise soit considérée comme un tout. Il suffit pour s'en convaincre de songer qu'aucune entreprise d'émission, de réception ou de transmission de signaux ne peut exister indépendamment des autres. D'autre part il n'y a pas lieu d'accorder de signification particulière au fait que les entreprises de télédiffusion par câble ne transmettent pas des ondes hertziennes dans l'atmosphère. Elles ne font qu'utiliser une technologie nouvelle. Ce qu'une entreprise de télédistribution fait essentiellement est de la radiodiffusion, rien de plus:

The system depends upon a telecast for its operation, and is no more than a conduit for signals from the telecast . . . to paying subscribers.

En d'autres termes:

. . . I do not see how legislative competence ceases in respect of those signals merely because the undertaking which receives them and sends them on to its local subscribers does so through a different technology . . .

Cet argument basé sur l'article 92(10) (a) réglait le cas soumis, savoir celui d'une entreprise transmettant des signaux provenant de l'extérieur des frontières de la province, dans ce cas-ci des Etats-Unis. Mais, dira-t-on, cela n'est pas suffisant pour régler définitivement le litige. Même en admettant que les entreprises de télévision par câble ont en principe un caractère interprovincial,¹² que se passe-t-il de celle qui capte des signaux d'origine intraprovinciale et dont tous les abonnés résident dans la même province? Il n'y a plus alors d' "élément d'interprovincialité" dans cette situation. Le juge Laskin ne répond pas ici directement à cet

12. Le juge Laskin écrit en parlant des entreprises de télédistribution: "The systems are clearly undertakings which reach out beyond the province . . ." et ". . . the entire undertaking relates to and is dependent upon extra-provincial signals."

argument, mais dans la seconde décision rendue le même jour, *La Régie des services publics et al. v. François Dionne et al.* il sentit le besoin d'expliquer clairement sa position. Il le fit en disant que le critère déterminant au point de vue constitutionnel était celui de la nature du service fourni:

The fundamental question is not whether the service involved in cable distribution is limited to intraprovincial subscribers or that it is operated by a local concern but rather what the service consists of.

Il faut donc considérer non pas le moyen utilisé pour fournir un service, mais la nature du service lui-même. Les entreprises de télédistribution fournissent un service de radiodiffusion, jugé de compétence fédérale. Cette position paraît encore critiquable car on peut dire que le seul argument avancé pour soutenir que la radiodiffusion doit relever de la compétence législative du Parlement central est qu'elle est de façon inhérente un phénomène interprovincial ou international. En ce sens on ne répond pas à la question soumise. On affirme que la radiodiffusion en tant que service est de compétence fédérale, mais sans dire vraiment pourquoi: on ne peut dire que l'article 92(10) (a) va jouer dans le cas d'une entreprise recevant des signaux d'origine intraprovinciale. On ne trouve pas non plus dans la décision majoritaire de référence à la clause de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement. Sur quoi baser la compétence fédérale alors?

Nous croyons que ce que le juge Laskin a voulu dire est que la télédistribution doit relever de la compétence fédérale parce qu'elle est le plus souvent un phénomène interprovincial. Le fait que dans des instances isolées des entreprises reçoivent des signaux à origine intraprovinciale ne change rien. Dans ces cas il faut appliquer la maxime *accessorium sequitur principale*.

Il rejeta enfin la prétention selon laquelle il fallait distinguer entre le contenant et le contenu des messages radiodiffusés. Selon cet argument le Parlement fédéral n'aurait compétence que sur le "contenant" des communications, i.e. la détermination des fréquences électromagnétiques disponibles dans une région donnée, et leur allocation. Les provinces auraient juridiction sur tout le reste. Trois motifs sont avancés. L'accepter serait d'abord illogique:

. . . If . . . there is no authority to regulate content, it is difficult to understand how there can be a constitutional basis for federal licensing of receiving sets in a Province . . .

Ce serait aussi empêcher le Parlement central d'adopter une

législation complète (*comprehensive*) sur l'ensemble du sujet. Cela serait enfin contraire au principe de l'exclusivité du partage des compétences législatives: le contrôle sur les appareils physiques doit logiquement emporter celui sur l'ensemble du service.¹³

Le jugement minoritaire concernant la question constitutionnelle ne se trouve pas dans l'affaire *Capital Cities*. Dans cette instance le juge Pigeon, en son nom et celui de messieurs Beetz et de Grandpré, ne considéra que la question relevant du droit administratif. C'est la décision *La Régie des services publics et al. v. François Dionne et al.* qui doit retenir notre attention. Elle contient le jugement de la Cour suprême sur ce qu'on appela communément "la guerre du câble à Rimouski". Le fond du problème tient à ce que les télédistributeurs québécois avaient l'habitude de demander un permis tant à la Régie des services publics qu'au C.R.T.C., dans le but de ménager les susceptibilités et d'éviter des poursuites judiciaires. Dans la mesure où la teneur des permis accordés par les organismes de réglementation était identique, on éliminait toute difficulté. Mais l'inévitable devait se produire dans le litige opposant Raymond d'Auteuil et François Dionne. Un télédistributeur se trouva face à des obligations contradictoires, de sorte qu'il fallut recourir aux tribunaux pour trancher le débat. La question posée à la Cour était la suivante: l'article 23 de la *Loi de la Régie des services publics*¹⁴ est-il *ultra vires* en ce qu'il s'applique aux entreprises de télédistribution? Cette disposition oblige les entreprises de télédistribution situées au Québec à détenir un permis de l'organisme public de réglementation.

La décision du juge Pigeon, tout comme celle du juge Laskin, ne cherche pas à limiter le débat en interprétant étroitement la portée de la question posée. Elle attaque de front la question de la compétence législative sur la radiodiffusion et la télédistribution. Elle nous semble basée sur deux considérations.

Le juge Pigeon déclare d'abord accepter la décision du Conseil privé accordant compétence fédérale exclusive sur la "radiocommunication". Ce terme ne viserait rien de plus que la transmission et la réception d'ondes électromagnétiques se propageant librement

13. Pour être complet, il faut ajouter que le juge Laskin reprit à son compte des arguments avancés par le Solliciteur général de la Saskatchewan à l'effet que le Parlement fédéral voyait sa compétence renforcée par son pouvoir de réglementer le commerce interprovincial et les importations, tel qu'établi dans *Caloil v. A. G. of Canada*, [1971] S.C.R. 543

14. S.R.Q. 1964, c. 229

dans l'air. La question à trancher était de savoir si le cas soumis est assimilable à la situation examinée en 1932 ou doit s'en distinguer. Il estime qu'il s'agit d'une situation bien différente.

La première constatation avancée au soutien de cette affirmation est qu'il y a lieu de faire une distinction fondamentale entre le pouvoir de légiférer sur une activité donnée et le contrôle des entreprises oeuvrant dans ce secteur. Ainsi, ce n'est pas parce que l'article 91 (10) déclare que le sujet "navigation" est de compétence fédérale qu'il faut conclure que toutes les entreprises faisant de la navigation sont toujours soumises à toutes les lois fédérales. De même, en admettant que le Parlement fédéral a contrôle sur la radiodiffusion, il ne s'ensuit certes pas que toutes les entreprises de taxi ou de camionnage et tous les corps de police utilisant la radio dans le cadre de leurs opérations doivent tomber dans son champ de compétence.

Le second volet de l'argumentation du juge Pigeon provient d'une lecture littérale des termes de l'article 92 (10) de l'A.A.N.B. A son avis toutes les entreprises de nature locale tombent en principe sous contrôle provincial. Même les entreprises de transport et communications sont visées par cette règle. Ce n'est que par exception, mentionnée au paragraphe (a), que le Parlement fédéral acquiert compétence sur ces entreprises, *i.e.* lorsque'elles ont un caractère interprovincial ou international.

On en arrive dans le cas soumis à la situation suivante. Les entreprises de télédistribution sont essentiellement des entreprises à caractère local, puisque tous les fils ou câbles utilisés pour transmettre les émissions sont situés à l'intérieur des limites territoriales de la province.¹⁵ Elles ne seraient soumises aux lois fédérales que pour la partie de leurs activités faisant appel à la radiodiffusion, *i.e.* la réception des ondes électromagnétiques à la tête de ligne du système. Si l'avis du juge Pigeon avait été majoritaire il aurait donc fallu que les entreprises de télédiffusion par câble sollicitent deux permis. L'un, fédéral, aurait porté, à tout le moins, sur la conformité de l'appareillage utilisé avec les normes techniques énoncées dans la *Loi sur la radio*.¹⁶ L'organisme fédéral de contrôle aurait pu aussi poser certaines conditions avant d'accorder le permis sollicité, sans qu'il soit possible d'en déterminer très précisément les limites:

15. Elles seraient assimilables aux "télégraphes" de l'article 92(10) (a), mais sans avoir de caractère interprovincial.

16. S.R.C. 1970, c. R-1

All those communications are undoubtedly subject to the federal licensing power and there is no specific limit to the possible extent of the conditions that may be appended to the licences.

L'organisme provincial décernerait un permis visant toutes les autres questions: le territoire accordé en exclusivité, la structure juridique de l'entreprise de télédistribution, la qualité du service à fournir . . .

Il semble bien que le juge Pigeon ait eu l'avantage de lire l'opinion du juge Laskin car une bonne part de sa décision sert à expliciter et à renforcer ce qu'il vient d'expliquer mais surtout dire pourquoi il rejette certains arguments de son collègue.

Ainsi à la prétention à l'effet que la télévision par câble n'est qu'une extension d'une entreprise ou d'un service de radiodiffusion, il répond que ce qui différencie la télédistribution de la radiodiffusion est que dans le premier cas la transmission des messages se fait par poteaux et fils étant tous en principe sous la compétence législative des provinces. C'est ce qui distingue le présent cas de celui jugé en 1932. A son avis le Conseil privé aurait décidé d'accorder au Parlement central la compétence sur la radiodiffusion parce qu'il est de la nature même des ondes électromagnétiques de ne pas connaître de frontières: elles se propagent librement dans l'air. Leur portée est limitée seulement par la puissance du signal émetteur.

Le juge Laskin avait aussi affirmé que le sens commun exigeait qu'on ne fasse pas de distinction entre le contenant et le contenu des communications ni entre l'aspect réception et transmission des messages par les entreprises de télévision par câble. A ceci on répond très justement que ce qui est demandé à la cour n'est pas de décider ce qui est plus administrativement commode mais ce que la constitution dit sur un sujet donné, et rien de plus. Un partage des pouvoirs législatifs constitue l'essence même d'un régime fédératif, de sorte qu'il faut inévitablement s'attendre à ce que plusieurs sujets soient scindés à ce niveau. Si on en arrive parfois à des situations absolument inextricables, il appartiendra aux Parlements de les modifier dans l'intérêt public, et non aux magistrats.

Le juge Pigeon termine son opinion en faisant lui aussi appel au principe de l'exclusivité du partage. Il l'utilise pour rappeler que lorsqu'un niveau de Parlement se fait reconnaître compétence législative sur un sujet, il peut légiférer sur tous les aspects de ce sujet, même si en ce faisant il peut contrecarrer l'exercice d'une compétence attribuée à un autre Parlement. En l'occurrence ceci

signifie que les provinces auraient pu accorder autant de permis de télédistribution que bon leur semble, et assigner les territoires à desservir à leur gré, même si cela risquait de rendre inefficace la politique fédérale d'attribution des permis de radio et de télévision.

Que penser de cette décision de la Cour suprême? Peut-on dire que les opinions majoritaire et minoritaire procèdent de conceptions opposées du fédéralisme? Nous ne le croyons pas. Il s'agit de deux avis qui s'attachent de très près au texte constitutionnel, sans faire appel à des notions juridiques ou philosophiques radicalement différentes. Il reste évidemment que les juges nous font voir qu'ils ne s'entendent pas sur la qualification constitutionnelle des faits ayant donné naissance au litige. Sans vouloir analyser en détail toutes les questions soulevées dans leurs motifs, nous allons tenter d'identifier les points sur lesquels il y a désaccord.

A notre avis la question qui oppose peut-être le plus directement les juges Laskin et Pigeon est la suivante. Le juge Laskin estime que les entreprises de télédistribution sont essentiellement des entreprises faisant de la radiodiffusion. Elles ne font qu'utiliser un procédé relativement moderne pour acheminer les émissions jusqu'à leur auditoire. Pour son collègue au contraire il s'agit d'entreprises locales, au sens de l'article 92(10), qui, dans le cadre de leurs activités, ont recours à la radiodiffusion, *i.e.* en captant les émissions par l'antenne située à la "tête de ligne". Seul cet aspect de l'entreprise relève de l'autorité fédérale. Le fait d'acheminer des émissions par câble coaxial apparaît ici déterminant. Comme elles ne font pas de diffusion d'émissions au moyen d'ondes qui par nature ne connaissent pas de frontières, il n'y a plus de raison de ne pas appliquer le principe général selon lequel toutes les entreprises, même de transport et de communications, relèveraient de l'autorité provinciale.

Ces deux arguments sont à première vue tout aussi plausibles, et il serait téméraire de vouloir identifier le plus convaincant. Ce qui nous apparaît au moins certain est qu'au point de vue constitutionnel il faut toujours distinguer nettement entre le pouvoir d'incorporer une compagnie et celui de réglementer une activité. La doctrine¹⁷

17. Cf. *inter alia* W. R. Lederman, "Telecommunications and the Federal Constitution of Canada" in H.E. English, *Telecommunications for Canada: an Interface of Business and Government* (Toronto: Methuen, 1973)

est unanime à déclarer que ces éléments ne vont pas nécessairement de pair. S'il est vrai que les provinces ne peuvent incorporer que des compagnies désirant oeuvrer dans une sphère d'activité prévue à l'article 92, l'inverse ne l'est pas: le Parlement central peut incorporer de telles compagnies pourvu qu'elles déclarent vouloir faire affaires dans plus d'une province.¹⁸ Cela n'est peut-être pas logique mais il faut reconnaître qu'il en est ainsi puisque le pouvoir d'incorporer les compagnies fait spécifiquement l'objet d'un partage de pouvoirs dans l'A.A.N.B.¹⁹ C'est au niveau de la réglementation des domaines d'activité dans lesquels les compagnies opèrent que les juges Laskin et Pigeon diffèrent radicalement d'avis. Le contrôle législatif d'une activité emporte-t-il celui de l'entreprise?

Le juge Laskin, bien que très peu loquace sur cette question, semble considérer que oui. Il écrit:

Program content regulation is inseparable from regulating the undertaking through which the programmes are received.²⁰

Son collègue ne partage pas cet avis et il le dit franchement au début de ses motifs:

It is important at the outset to observe that federal jurisdiction over some activities or operations does not necessarily mean that any undertaking involved in such activities or operations automatically comes under federal jurisdiction.²¹

Un autre point de désaccord concerne l'analogie pouvant être établie entre les entreprises de téléphone et de télédistribution. Selon l'opinion minoritaire toutes les entreprises téléphoniques sont

18. Yves Ouellette, *La constitution et la réglementation des corporations* (Faculté de Droit, Université de Montréal, 1965) at 10-11, 34

19. La compétence provinciale se trouve à 92(11); la compétence fédérale, à 91(15), mais surtout dans le principe de l'exhaustivité du partage et le pouvoir résiduaire du Parlement central.

20. A la fin de son opinion, sur la question constitutionnelle dans l'affaire *Capital Cities*.

21. C'est certes là une question difficile sur laquelle la jurisprudence a eu relativement peu l'occasion de se prononcer. En 1907 le Conseil privé jugea dans *Grand Trunk Ry. v. A.G. of Canada*, ((1907) A.C. 65) que le Parlement fédéral pouvait légiférer sur la responsabilité civile des compagnies de chemin de fer en vertu notamment de la théorie des pouvoirs ancillaires. Par contre en 1920 dans *Workmen's Compensation Board v. C.P.R.*, ((1920) A.C. 184) on estima valide une loi provinciale sur les accidents de travail de personnes employées par une compagnie ferroviaire au motif que la province réglementait des droits civils des employés découlant de leurs contrats d'emploi. Comment concilier ces deux décisions?

en principe soumises aux autorités provinciales.²² Bell Canada constitue certes une exception importante à la règle, mais seulement parce qu'il s'agit d'une compagnie pan-canadienne déclarée en 1882 être à l'avantage général du Canada. Et de la même façon qu'il a été dit par la jurisprudence que les réseaux téléphoniques sont assimilables aux réseaux télégraphiques, les câbles coaxiaux doivent être considérés comme inclus dans le mot "télégraphe":

. . . The Privy Council had no difficulty in coming to the conclusion that telephone lines should be considered as telegraph lines for constitutional purpose. It seems to me that the same should be said of coaxial cable lines as of telephone lines.

De plus, si l'on considère l'organisation matérielle des réseaux de câble, on réalise qu'ils utilisent les poteaux appartenant à des entreprises dites d'utilité publique relevant de la compétence provinciale. Ces entreprises sont même souvent propriétaires des câbles, et les compagnies de télédistribution ne sont que des locataires. Ce qui fait dire au juge Pigeon:

. . . From a physical point of view, with respect to the material set-up which is the essential feature of a cable system, the provincial aspect is by far predominant.

L'opinion majoritaire exprime un point de vue contraire en soutenant que les entreprises de télédiffusion par câble font partie d'un ensemble, puisqu'elles ne peuvent exister de façon autonome, à l'opposée des compagnies de téléphone:

The suggested analogy with a local telephone system fails on the facts because the very technology employed by the cable distribution enterprises in the present case establishes clearly their reliance on T.V. signals They rely on broadcasting stations and their operations are merely a link in a chain which extends to subscribers . . .

Il semble aussi y avoir opposition entre les juges majoritaires et minoritaires sur l'application du principe de l'exclusivité du partage des pouvoirs législatifs. Le juge Laskin laisse entendre que ce principe attribue à un Parlement une compétence législative sur des sujets considérés globalement, ayant un caractère d'unicité. Son collègue semble aller plus loin et ne pas craindre de le faire jouer à l'intérieur d'un sujet déjà identifié, même si cela peut amener des difficultés pratiques. Si on estime que les avis des magistrats

22. Le juge Pigeon écrit: ". . . telephone companies generally come under provincial jurisdiction".

révèlent une philosophie du fédéralisme différente, c'est ici qu'on doit fonder cette prétention.

Somme toute, nous sommes en présence de deux opinions fort défendables, mais pouvant toutes deux prêter le flanc à la critique. Le jugement majoritaire semble reposer presque exclusivement sur l'article 92(10) (a). On sentit cependant le besoin d'ajouter que le contrôle fédéral s'étend non pas seulement à l'entreprise mais au service fourni lui-même, i.e. au sujet "radiodiffusion", englobant ainsi les entreprises intraprovinciales. Mais aucun motif n'est clairement fourni au soutien de cette dernière affirmation. Et dire qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre le "contenant" et le "contenu" des communications parce que ce serait moins commode laisse le lecteur sur son appétit . . .

L'opinion minoritaire n'est pas non plus sans surprendre. Ainsi l'un des arguments principaux trace une analogie entre les entreprises de télédistribution et de téléphone. On affirme de ces dernières que:

. . . telephone companies generally come under provincial jurisdiction.

On aurait bien aimé que le juge Pigeon nous fournisse ici des références car cette proposition va à l'encontre de ce qu'enseigne la doctrine récente. Ainsi David Mullan²³ analysa cette question en 1973 en étudiant la seule grande décision sur le sujet: *City of Toronto v. Bell Canada*.²⁴ Le Conseil privé y jugea que la compagnie défenderesse n'avait pas à obtenir la permission de la ville de Toronto avant de commencer à y poser ses poteaux et fils car elle était soumise exclusivement à la législation fédérale, en vertu de l'article 92(10) (a). Elle avait aussi été déclarée être un ouvrage à l'avantage général du Canada. Sur la question de ce qu'il advient d'une entreprise téléphonique intraprovinciale dont le réseau est relié à celui d'autres compagnies opérant dans une autre province il dit:

. . . the use of the lines of nationally connecting telephone services by a provincial telephone system gives that system a federal aspect.²⁵

23. D. Mullan and R. Beaman, "The Constitutional Implications of the Regulation of Telecommunications" (1973), 1 Queen's L.J. 67.

24. (1905) A.C. 52.

25. *Supra*, note 23, p. 78. L'auteur base cette conclusion sur l'existence du R.T.T., i.e. le réseau téléphonique trans-canadien, reliant à peu près toutes les entreprises téléphoniques.

Et plus loin:

. . . a strong argument for federal control of all telephone systems can also be made on the base of the "Peace, Order and Good Government" clause in sec. 91 of the B.N.A. Act.²⁶

L'opinion du juge Pigeon semble de plus s'écarter de ce qui fut décidé par le Conseil privé en 1954 dans l'affaire *Winner*.²⁷ Le défendeur opérait un service d'autobus faisant le transport de passagers entre Boston et la Nouvelle-Ecosse, en passant par le Nouveau-Brunswick. La question posée au tribunal était la suivante: la province du Nouveau-Brunswick peut-elle interdire à M. Winner de laisser des passagers en provenance des Etats-Unis descendre à un terminus situé dans la province, et vice versa, ou peut-elle à tout le moins lui interdire de prendre des passagers d'un endroit situé à l'intérieur de la province et de les transporter à une destination se trouvant aussi dans la province?

Le Conseil privé rejeta cette double prétention en notant d'abord que les provinces n'avaient pas juridiction sur les entreprises mentionnées à l'article 92(10) (a) qui s'étendaient à plus d'une province. On avait soutenu que le Parlement central avait compétence législative sur les entreprises y mentionnées (les lignes de navires, les chemins de fer, les télégraphes . . .) dans le seul cas où leurs opérations étaient limitées à une province:

It is argued that . . . on its true construction the section (92 (10)) must mean "other than *local* works and undertakings as are within those exceptions". Their Lordship's Board does not so read the subsection. In their opinion "other than such" merely mean such works and such undertakings as are within the categories thereafter set out.²⁸

Quant à l'argument à l'effet que M. Winner devait se plier à la législation provinciale pour le transport intraprovincial de clients, il ne pouvait être accepté que si l'on pouvait dire que le défendeur opérait en réalité deux entreprises. Or la preuve ne démontrait rien de tel:

Their Lordships, however, cannot see any evidence of such a dual enterprise. . . . it was the same undertaking which was engaged in both activities.²⁹

Il ne fallait pas non plus se demander si une partie de l'entreprise

26. *Id.*, p. 78.

27. *A.G. for Ontario v Israel Winner*, [1954] A.C. 541; III OLM 775

28. *Id.*, [1954] A.C. 574; III OLM 809

29. *Id.*, [1954] A.C. 580; III OLM 816

pouvait en être détachée parce que non essentielle. Il fallait simplement se demander si l'entreprise était véritablement une. L'affaire *City of Toronto v. Bell Telephone* fut mentionnée pour refuser la distinction entre l'aspect intraprovincial et interprovincial d'une activité commerciale.

D'autre part l'argument du juge Pigeon à l'effet que le contrôle d'une activité n'emporte pas celui sur les entreprises s'y adonnant apparaît aussi critiquable en l'occurrence. Il donne des compagnies de camionnage et de taxi en exemple d'entreprises utilisant la radiodiffusion dans le cadre de leurs activités. Mais la grande différence entre ces entreprises et celles de télédistribution est que ces dernières utilisent la radiodiffusion à tout instant. C'est une condition *sine qua non* de leur existence. Dans la mesure où l'on admet avec le juge Laskin qu'elles sont une extension des entreprises de radiodiffusion on voit mal comment le contrôle de l'activité "radiodiffusion" peut être facilement séparé de celui des entreprises dont l'activité essentielle est la radiodiffusion, sous une forme ou sous une autre.

Disons enfin que ces décisions de la Cour suprême en matière de radiodiffusion et télédistribution étonnent aussi non pas tant par ce qu'on y lit mais par ce qui s'y trouve pas.

Ainsi ne voit-on aucune référence dans la décision du juge Pigeon à des arguments soulevés en 1931 par les juges minoritaires dans l'arrêt de la Cour suprême sur la radiodiffusion.³⁰ Le tribunal y avait décidé à trois contre deux que le sujet était de compétence fédérale, pour des motifs qui allaient être repris en partie par le Conseil privé. On lit sous la plume des juges Rinfret et Lamont des arguments qui à première vue auraient pu servir dans *Capital Cities*. Monsieur le juge Rinfret était d'opinion que les appareils émetteurs et récepteurs d'ondes électromagnétiques étaient des objets de propriété "d'une nature locale", au sens de l'article 92 de l'A.A.N.B., et qu'ils constituaient des "travaux" visés par l'article 92(10).³¹ De plus "la personne qui opère un appareil émetteur ou la personne qui opère un récepteur exerce un droit civil dans la province". A l'objection à l'effet que la question posée porte non pas tant sur les appareils eux-mêmes mais sur la communication s'établissant entre les deux, il répond que la radiodiffusion constitue essentiellement un service et non pas un objet tangible, seule chose

30. [1931] S.C.R. 541

31. *Id.*, p. 556

visée selon le Conseil privé par l'article 92(10) (a).³² Le juge Lamont estime également que les appareils récepteurs sont des "ouvrages locaux", ou, à tout le moins, des "matières d'une nature purement locale ou privée dans la province."³³ Pourquoi n'a-t-on pas jugé utile de reprendre ces arguments? On peut imaginer que c'est parce qu'ils n'ont pas été acceptés par le Conseil privé, ne traitent que de la radiodiffusion, et sont surtout fondés sur une distinction entre les appareils émetteurs et récepteurs, que les juges trouvent maintenant incorrecte.

Mais l'omission la plus frappante est celle de toute référence à la théorie des dimensions nationales. Il semble pourtant que le cas soumis constituait l'occasion toute désignée pour l'invoquer. Il aurait été facile de dire que la radiodiffusion est aujourd'hui un sujet très important, non prévu aux articles 91 et 92, et concernant l'ensemble du pays. On ne trouve aucune mention de ce genre dans l'opinion majoritaire. Pourquoi? Il serait téméraire de penser apporter une réponse claire à cette question. Une chose est néanmoins certaine. Dans le référé sur la validité de la loi anti-inflation,³⁴ dernier cas où la cour eut la possibilité d'examiner cette théorie, le juge Beetz, rédigeant l'opinion minoritaire, avait montré qu'un recours immodéré à cette théorie signifierait à brève échéance la mort du fédéralisme canadien:

It is not difficult to speculate as to where this line of reasoning would lead: a fundamental feature of the constitution, its federal nature, the distribution of powers between Parliament and the provincial Legislatures would disappear not gradually but rapidly.³⁵

A son avis, si on devait considérer que tous les sujets de législation importants, comme la lutte à la pollution, à l'inflation, au chômage, les relations de travail, les assurances, etc., devaient relever du Parlement central à cause de cette importance, ou parce qu'une province ne peut seule y légiférer de façon efficace, les pouvoirs législatifs qui leur resteraient n'auraient plus d'importance réelle.

Les professeurs François Chevrette et Herbert Marx ont écrit³⁶ au

32. *Id.*, p. 558. La décision du Conseil privé est celle de *City of Montreal v. Montreal Street Ry.*, [1912] A.C. 333

33. *Id.*, p. 568

34. [1976] 2 R.C.S. 373

35. *Id.*, p. 445

36. *Comment — Anti-Inflation Act — Constitutionality — National Emergency*,

lendemain de cette décision que la théorie des dimensions nationales y avait été rejetée (*dismissed*). Ils estiment qu'elle a été beaucoup plus discutée qu'appliquée par les tribunaux. Elle ne constitua la *ratio* de décisions que dans quelques instances jugées par le Conseil Privé, comme dans l'affaire *Russell* et *Canada Temperance*.³⁷ Cependant ils reconnurent que les considérations du juge Beetz sur la théorie des dimensions nationales font partie des motifs de sa décision mais que celles du juge Ritchie ne sont données qu'en *obiter*.³⁸ La façon dont la Cour suprême traite la question de la radiodiffusion semble bien donner raison à la position prise par les professeurs Chevette et Marx. Mais il nous semble que si l'opinion majoritaire n'a rien dit sur le sujet c'est peut-être simplement qu'il était possible de trancher le débat sur une base plus étroite et ainsi éviter précisément de se faire reprocher de référer trop fréquemment à une théorie qui risque de vider le fédéralisme de son sens.

Quoi qu'il en soit, le débat est maintenant clos: la radiodiffusion et la télédistribution sont déclarées être de la compétence législative exclusive du Parlement central. Le juge Laskin fait cependant une réserve à ce sujet. Il y a une question qu'il dit expressément ne pas considérer. Cette réserve doit lui paraître importante car il ne l'exprime pas moins de quatre fois. Au début de son exposé sur l'aspect constitutionnel du problème dans *Capital Cities* il dit:

I leave to one side . . . the determination of regulatory authority over programmes carried by such systems which are of their own origination and which are transmitted to their subscribers in the province of such origination''³⁹

On réfère ici aux émissions qui sont produites par le télédistribeur lui-même, par opposition à celles reçues des stations de radio et de télévision et retransmises. Cette phrase est ambiguë car on ne sait s'il vise les entreprises qui se limiteraient à diffuser leurs propres émissions ou celles qui retransmettent en plus les

Peace, Order and Good Government Buried (1976), 54 Can. B. Rev. 732 at 734-37

37. *Id.*, p. 736

38. Le juge Beetz écrit une opinion en son nom et celui de son collègue de Grandpré. Le juge Ritchie se rangea du côté de la majorité, mais écrit un avis distinct en son nom et celui de MM. Martland et Pigeon, dans lequel il se déclara d'accord avec les propos de Beetz sur la théorie des dimensions nationales.

39. A la toute fin de cette section il dira: "I have already pointed out that programmes of local origination are not involved in the facts on which the constitutional issue under review has been raised". Et plus loin encore: "The present case, I should emphasize, is not concerned with closed circuit systems independent of broadcasting as defined in the Act".

émissions des stations de télévision. Si ce second membre de l'alternative devait prévaloir, il s'agirait d'une réserve très importante, car on s'attend à ce que d'ici quelques années toutes les entreprises de télédistribution utiliseront le canal qu'elles doivent déjà à l'heure actuelle réserver aux émissions dites "locales". Mais dans l'affaire de *La Régie des services publics* il est plus clair:

I should emphasize that this is not a case where the cable distribution enterprises limit their operations to programmes locally produced by them for transmission over their lines to their local subscribers.

Le verbe "limit" ne permet plus guère de doute: ne sont visées que les entreprises qui ne feraient que diffuser leurs propres émissions. On peut penser ici à un organisme gouvernemental fabriquant des émissions éducatives acheminées à certaines écoles, ou même à tous les abonnés d'une entreprise donnée.

C'est donc au niveau de la négociation politique qu'il faut désormais faire porter ses efforts si on veut en arriver à une entente satisfaisante pour toutes les parties en cause. A notre avis c'est là que le débat aurait dû être confiné en premier lieu.